



Esser
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn N. I., G. Höhe 27, F.,

- Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Orth, Kluth,
Grafenberger Allee 125, 40237 Düsseldorf,

g e g e n

die Deutsche B.- und A.bank eG, vertreten durch die Mitglieder des
Vorstands I. Q., Dr. U. T. und C. T., S.-P.-N.-Str. 6, E.,

- Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte DS PPR & Partner,
Königsallee 70, 40212 Düsseldorf,

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 03.02.2012
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Barth als Vorsitzen-
den sowie den ehrenamtlichen Richter Mülleneisen und den ehrenamtlichen
Richter Thielen

für R e c h t erkannt:

- I. **Auf die Berufungen des Klägers und der Beklagten wird das Teil-
Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 01.07.2011 – AZ: 13 Ca
7800/10 – teilweise abgeändert und zum Zwecke der Klarstellung
insgesamt wie folgt neu gefasst:**
 1. **Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Tantieme für
das Geschäftsjahr 2010 in Höhe von 136.012,80 € brutto zuzüg-
lich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basis-
zinssatz seit dem 15. April 2011 zu zahlen.**

2. Die Klage wird hinsichtlich der Anträge zu 1), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10) sowie des über den ausgerichteten Betrag hinausgehenden Antrags zu 11) abgewiesen.
 3. Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte 32.066,03 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.07.2011 zu zahlen.
- II. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
 - III. Die Entscheidung über die Kosten erster Instanz bleibt dem Schluss-Urteil vorbehalten. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger zu 53% und die Beklagte zu 47% zu tragen.
 - IV. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen und für den Kläger nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten im Wesentlichen über die Wirksamkeit zweier fristloser Kündigungen, Vergütungsansprüche für die Monate Dezember 2010 bis Februar 2011 und einen Anspruch auf eine Tantiemzahlung für das Jahr 2010.

Die Beklagte ist eine Bank, die sich auf Finanzdienstleistungen für Apotheker, Ärzte und andere Heilberufe spezialisiert hat. Der am 15.06.1966 geborene und verheiratete Kläger ist seit dem 01.09.1986 bei der Beklagten beschäftigt. Seit dem 01.06.2007 ist er als Vertriebsleiter im Dezernat „Vertrieb Privatkunden“ für die Region Süd zuständig. Zuletzt erhielt er ein monatliches Bruttoentgelt in Höhe von 13.100,- € zuzüglich eines 13. Gehalts in gleicher Höhe, eine Jahres-tantieme sowie einen Dienst-Pkw, der jährlich mit einem geldwerten Vorteil von 8.196,- € versteuert worden ist.

Neben dem Kläger gibt es einen weiteren Vertriebsleiter für die Region Nord, Herrn H.. Der Kläger war zunächst dem Leiter VPK – Herrn E. – und seit dem

Jahr 2010 unmittelbar dem Vorstand unterstellt. Dem Kläger waren wiederum die insgesamt 21 Filialleiter der Region Süd fachlich und disziplinarisch unterstellt, die ihrerseits die Vorgesetzten der Filialmitarbeiter waren.

Von den insgesamt 2.397 Arbeitnehmern der Beklagten (Stand: 30.09.2010) gehörten 1.336 zum Filialbetrieb und davon wiederum ca. 660 Mitarbeiter zu der vom Kläger geleiteten Region Süd.

Die Beklagte arbeitete mit der M./N.-Unternehmensgruppe zusammen, indem sie Kunden Kapitalanlage-Immobilien der N. GmbH vermittelte und hierfür eine Provision erhielt. Über die Beklagte finanzierten ihre Kunden die Kapitalanlage-Immobilien. Muttergesellschaft der N. GmbH ist die M. Wohnbau GmbH, die für die Sanierung der Immobilien-Objekte zuständig war.

Der Kläger ließ im Jahr 2010 gemeinsam mit seinem Nachbarn S. für das gemeinsame Doppelhaus eine neue Terrasse errichten. Durchgeführt wurden die Arbeiten von dem unter der Firma B. handelnden B. D.. Der Kontakt mit diesem Bauunternehmer kam durch Vermittlung eines Geschäftsführers der M. Wohnbau GmbH, G. T., zustande. Bezüglich der Finanzierung kam es per e-mail zu folgender Absprache zwischen T. und D. (Anlage B 24):

Am 28.06.2010 um 16.04 Uhr schrieb D. an T.:

*„Hallo Herr T.,
wie vorab tel. besprochen erhalten Sie in der Anlage die Auftragsbestätigung über „externe Bauleitungsaufgaben“ für das BV N. mit der Bitte um Weiterleitung in Ihrem Hause.*

Das Angebot für I. wurde vereinbarungsgemäß auf 13.000,- € brutto umgeschrieben.“

T. antwortete am 29.06. um 01.55 Uhr:

„Wir hatten doch 19,5 vereinbart oder?“

Daraufhin erwiderte D.:

*„Hallo Herr T.,
19.500,- ist leider nicht möglich! (siehe auch Kalkulation).
In Anbetracht unserer guten Zusammenarbeit kann ich Ihnen als
Gesamtpaket 25.000,- brutto anbieten => **beide Terrassen!**
13 I.; 12 M.*

*Ansonsten würde ich in diesem Fall draufzahlen.
...“*

Am 29.06.2010 um 14.09 Uhr schrieb T.:

*„Besten Dank, aber so hatte ich das nicht gemeint, bitte 6,5 Terrasse
plus 18,5 M. n..
...“*

D. antwortete am 29.06.2010 um 16.38 Uhr:

*„Ich hoffe, jetzt ist es so richtig?
I. 6,5!“*

Daraufhin erwiderte T. am 30.06. um 15.38 Uhr:

„ja genau, 6,5 I. und der Rest passt so.“

Die B. stellte den Eheleuten S. für die Neugestaltung der Terrasse zwei Rechnungen über jeweils 6.545,- €. Die erste Rechnung datiert vom 06.08.2010, die zweite Rechnung vom 29.09.2010. Die letztgenannte Rechnung enthält eine andere Steuernummer als sämtliche anderen Rechnungen, welche die B. an die Eheleute I. und S. übersandt hat. Beide Rechnungen über den Betrag von 6.545,- € enthalten den Satz „Nach Fertigstellung der Holzterrasse berechnen wir Ihnen gem. der Beauftragung vom 16.06.2010“. Auf die Rechnung vom 29.09.2010 überwies E. S. am 14.10.2010 € 6.545,-. Weiterhin erfolgte unter dem Datum des 28.10.2010 eine an den Kläger und seine Ehefrau gerichtete Rechnung über 4.760,- €, mit der Überschrift „Neugestaltung Terrasse Nachtrag“ und der Angabe „Für die zusätzlichen Leistungen an der neu gestalteten

Terrasse berechnen wir Ihnen“. Wegen der Einzelheiten der vorgenannten Rechnungen wird auf die mit der Klage übersandten Kopien, Bl. 33, 35 und 37 d.A., verwiesen.

Während des Terrassenbaus entschlossen sich die Eheleute I. und S., eine umfangreiche Beleuchtung installieren zu lassen. B. D. erstellte ein Angebot über 22.610,- €, in welchem tabellarisch die einzelnen Beleuchtungskörper inkl. Leuchtmittel nebst Anzahl und Preisen sowie die Kosten für die Arbeitsleistungen aufgeführt waren. Über dieser Tabelle wurde fettgedruckt aufgeführt:

*„Bauvorhaben: Q. str. 66, in O., N.
Beleuchtungskörper incl. Montage“*

Dieses Angebot übersandte D. am 27.07.2010 um 15.52 Uhr per e-mail mit dem Betreff „Lampen O.“ an T.. Dieser leitete die e-mail einschließlich des Anhangs „Angebot Lampen O..pdf“ an seine Sekretärin weiter mit folgendem Zusatz: „Bitte mit meinem Absender an die Privat E-Mail von I. (müsste auf meinem Rechner sein, irgendwas mit t-online) mit der Frage, was er von den Lampen für O. hält?“. Auf die Anlage B 22, Bl. 209 – 210 d.A., wird bezüglich des e-mail-Verkehrs Bezug genommen.

In der Folge gaben I. und S. die Beleuchtungsanlage in Auftrag. Unter dem Datum des 03.08.2010 stellte B. D. der Firma M. eine Rechnung über 22.600,- €, die von Herrn T. freigegeben und anschließend von der M. beglichen wurde.

Aufgrund der Anzeige eines Geschäftsführers der M. GmbH, K. I., der geschäftliche Unregelmäßigkeiten seiner Geschäftsführerkollegen vermutete, nahm die Generalstaatsanwaltschaft Dresden im Jahr 2010 Ermittlungen auf, die sich auch gegen Beschäftigte der Beklagten, u.a. den Kläger richtete. Die Ermittlungen betreffen im Wesentlichen die Zusammenarbeit mit der M./N.- Unternehmensgruppe. Wie einem Durchsuchungsbeschluss von Oktober 2010 zu entnehmen ist, erfolgten die Ermittlungen jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt wegen einer möglichen Untreue, Steuerhinterziehung, Bestechlichkeit im geschäft-

lichen Verkehr u.a. Im Rahmen dieses Ermittlungsverfahrens wurden am 20.10.2010 sowohl beim Kläger als auch der Beklagten Hausdurchsuchungen durchgeführt. Daraufhin stellte die Beklagte den Kläger am 21.10.2010 von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung frei.

Kurz darauf erfuhr die Beklagte aufgrund interner Recherchen, dass einige ihrer Mitarbeiter, darunter das Vorstandsmitglied T. N., Immobilien von der M.-Unternehmensgruppe erworben hatten. Am 25.10.2010 erhielt die Beklagte von Rechtsanwalt Dr. X., dem Bevollmächtigten des Anzeigenerstatters K. I., Kopien von Rechnungen, die B. D. der M. GmbH für ein Bauprojekt der M. GmbH, dem „N.-Projekt“ in O., gestellt hatte. Mit diesen Rechnungen – wegen deren Einzelheiten auf die Anlagen B 5 – B 8, Bl. 160 – 163 d.A. verwiesen wird, sollten nach damaliger Auskunft von Dr. X. in Wirklichkeit Leistungen im Rahmen eines Bauvorhabens des Vorstandsmitglieds der Beklagten T. N. beglichen werden. Die Rechnungsbeträge sind von der M. GmbH gezahlt worden, obwohl ihnen keine Bauleistungen für das Projekt N. O. zugrunde lagen.

Daraufhin hörte die Beklagte zunächst am Abend des 25.10.2010 und sodann im Rahmen einer Aufsichtsratssitzung am 01.11.2010 T. N. an. Dieser behauptete, nach Auskunft von Herrn D. bezögen sich lediglich zwei der vorgenannten Rechnungen auf sein Bauvorhaben. Diese Quersubventionierung sei ohne sein Wissen erfolgt. Ihm lägen aber Dokumente vor, die belegen würden, dass der Kläger sich den privaten Bau einer Terrasse habe subventionieren lassen.

Unter dem Datum des 28.10.2010 erteilte D. der M. GmbH auf Anraten eines von ihm konsultierten Rechtsanwalts Gutschriften für verschiedene Rechnungen mit der Begründung, diese seien „auf Ihren Zuruf hin, offenbar irrtümlich, erstellt“ (Anlage B 23, Bl. 212 – 218 d.A.). Unter demselben Datum stellte er dem Kläger und seiner Ehefrau 11.305,- € in Rechnung. Auch die Eheleute S. erhielten eine Rechnung über diesen Betrag. Diese enthielt jedoch das Datum des 20.09.2010 und eine Rechnungsnummer, die identisch ist mit der Rechnung vom 29.09.2010 über den Betrag von 6.545,- € für die „Neugestaltung Terrasse“.

Mit Schreiben vom 03.11.2010 wandte sich die Beklagte an ihre Mitarbeiter und versprach, keine Schadenersatzansprüche geltend zu machen und Arbeitsverhältnisse nicht einseitig zu lösen, soweit Mitarbeiter die Beklagte bis zum 01.12.2010 freiwillig und wahrheitsgemäß nach ihrem Wissen vollständig über mögliche strafrechtlich relevante Verstöße informierten.

Unter dem Datum des 23.11.2010 hörte die Beklagte den Kläger schriftlich zu angeblich bestehenden Verdachtsmomenten an. Wegen der Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichte Kopie dieses Schreibens, Bl. 22 – 24 d.A., verwiesen. Der Kläger äußerte sich mit anwaltlichem Schreiben vom 29.11.2010, Bl. 25 – 31 d.A. Er stritt jede Kenntnis einer Quersubventionierung ab.

Mit einem auf den 30.11.2010 datierten Anhörungsformular hörte die Beklagte den Sprecherausschuss für leitende Angestellte an, welcher der Kündigung schriftlich unter demselben Datum durch Unterschriften auf diesem Formular zustimmte. Auf die Anlage B 18, Bl. 203 d.A., wird insoweit Bezug genommen. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit einem dem Kläger am 02.12.2010 zugegangenen Schreiben vom selben Tage fristlos und hilfsweise fristgerecht. Auf Nachfrage teilte sie ihm unter dem 03.12.2010 mit, es handle sich um eine Verdachtskündigung. Mit seiner der Beklagten am 17.12.2010 zugestellten Klage hat der Kläger u.a. die Unwirksamkeit dieser Kündigung geltend gemacht.

Am 02.02.2011 wurde der Beklagten von der Generalstaatsanwaltschaft Dresden Teileinsicht in die Ermittlungsakten gewährt. Den Ermittlungsakten ließ sich u.a. der Inhalt einer Beschuldigtenvernehmung des Herrn N. am 16.11.2010 und die Zeugenvernehmung des Herrn D. entnehmen. Wegen der Einzelheiten dieser Aussagen wird auf die Zitate im Schriftsatz der Beklagten vom 16.02.2011, Bl. 131 – 138 und Bl. 141 – 150 d.A., verwiesen. Des Weiteren erlangte die Beklagte durch die Einsichtnahme Kenntnis von dem e-mail-Verkehr zwischen T. und D. gemäß den Anlagen B 22 und B 24 und zwei von N. erstell-

ten und D. unterschriebenen Gesprächsprotokollen, datierend vom 26.10. und 30.10.2010, Bl. 20 und 21 d.A.

Mit einem an den Sprecherausschuss der leitenden Angestellten gerichteten, auf den 11.02.2011 datierten Formular leitete die Beklagte eine Anhörung über eine vorgesehene außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger sowie eine „Mitteilung über beabsichtigtes Nachschieben neu bekannt gewordener Informationen zur Rechtfertigung der Kündigung vom 02.12.2010“ ein. Der Sprecherausschuss erteilte auf diesem Formular ebenfalls unter dem Datum des 11.02.2011 seine Zustimmung. Auf die Anlage B 28, Bl. 264 d.A., wird Bezug genommen. Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 14.02.2011 erneut fristlos und hilfsweise fristgerecht gekündigt hatte, machte der Kläger mit einer am 08.03.2011 zugestellten Klageerweiterung deren Unwirksamkeit geltend.

Eine erneute außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung vom 15.03.2011 ist Gegenstand eines weiteren Rechtsstreits vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf mit dem Aktenzeichen 5 Ca 2000/11.

Am 22.03.2011 hat auch G. T. eine Aussage bei der Staatsanwaltschaft getätigt. Wegen des Inhalts dieser Aussage wird auf Seite 10 des Schriftsatzes des Klägers vom 04.05.2011 (Bl. 373 d.A.) verwiesen.

Anders als andere Arbeitnehmer in führenden Positionen erhielt der Kläger im Jahr 2010 keine als „Tantieme“ bezeichnete Sonderzahlung. Der Anstellungsvertrag vom 06.06.2007 enthält hinsichtlich eines Tantiemeanspruchs unter „§ 3 Vergütung“ folgende Regelung:

„Die Position des Arbeitnehmers ist dem Gehaltsband 6 der Tantiemeordnung der Deutschen B.- und A.bank zugeordnet. Auf der Basis seiner individuellen Einstufung wird auch die Tantiemzahlung im Sinne der „Tantiemeordnung“ festgelegt Die feste Tantieme wird auf EUR 25.000,- p.r.t. und die variable Tantieme auf EUR 55.000,- brutto p.r.t. festgesetzt. Die Tantiemebeträge werden anteilig gemäß Datum der Vertragsänderung gewährt.“

Gemäß der Präambel zur Tantiemeordnung der Beklagten in der Fassung vom 01.01.2006 wird den leitenden Angestellten eine Tantieme nach Maßgabe der Bestimmungen der Tantiemeordnung gewährt. In der Tantiemeordnung werden eine sog. „feste Tantieme“, eine „variable Tantieme“ und ein „Unternehmensbonus“ geregelt. Die feste Tantieme „kommt zur Auszahlung, wenn das Teilbetriebsergebnis vor Risikovorsorge 200 Mio € überschreitet.“ Die Auszahlung und Höhe der variablen Tantieme ist gemäß § 4 der Tantiemeordnung von sog. Zielerreichungsgraden (ZEG) abhängig. Die für den Kläger einschlägige Tabelle sieht bei einem ZEG von „121-130% (max) einen Tantiemefaktor von 1,75 -2,2 (max)“ vor, wobei insoweit pro zusätzlichem Prozent Zielerreichungsgrad eine Steigerung von 0,045 erfolgt. Der Unternehmensbonus wird in „Abhängigkeit von der Erreichung von Unternehmenszielen und der Bandzugehörigkeit der Mitarbeiter“ gezahlt. Für Mitarbeiter der höchsten Stufe – Band 6 – sieht die Regelung bei Erreichung des Unternehmensziels „≥ 102%“ einen Anspruch in Höhe von 26.500,- € vor. Weiter enthält die Tantiemeordnung folgende Regelungen:

„§ 8 Anteiliger Anspruch

Besteht das Anstellungsverhältnis im betreffenden Geschäftsjahr nicht volle 12 Monate, werden die Tantiemezahlungen zeitanteilig gekürzt. Dasselbe gilt für Zeiträume, in denen kein Anspruch auf laufende Gehaltszahlung bestanden hat. Scheidet ein Mitarbeiter im laufenden Geschäftsjahr aus einem von ihm zu vertretenden Grunde (außer Krankheit oder Pensionierung) aus der Bank aus, besteht kein Anspruch auf zeitanteilige Zahlung.

§ 9 Sonstige Regelungen

- 1. Die Bank behält sich vor, diese Tantiemeordnung mit Wirkung für das jeweils nächste volle Geschäftsjahr aufzuheben oder abzuändern.*
...“

Wegen weiterer Einzelheiten der Tantiemeordnung wird auf die Anlage BK 5 (Bl. 518 – 523 d.A.) Bezug genommen.

Die Beklagte traf im Jahr 2010 mit dem Sprecherausschuss der leitenden Angestellten die Vereinbarung, dass für die Berechnung der individuellen Tantieme 2010 ein Korridor zwischen Faktor 0,8 (Untergrenze) und Faktor 1,5 (Obergrenze) festgelegt werde. Eine entsprechende Verlautbarung erfolgte in einer Sitzung der leitenden Angestellten am 18.06.2010.

Der Kläger hat sich bezüglich der beiden streitgegenständlichen außerordentlichen Kündigungen jeweils auf das Fehlen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs.1 BGB sowie die Nichteinhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs.2 BGB berufen. Er habe sich nichts zuschulden kommen lassen. Es lägen auch keine für eine Verdachtskündigung ausreichenden Verdachtsmomente vor. Zudem sei er vor Ausspruch der Kündigungen nicht ordnungsgemäß angehört worden. Jedenfalls seien die außerordentlichen Kündigungen unverhältnismäßig. Eine etwaige Pflichtverletzung hätte abgemahnt werden können, die Interessenabwägung hätte angesichts seiner fast 25-jährigen Betriebszugehörigkeit zu seinen Gunsten ausfallen müssen. Außerdem falle er unter die Amnestieregelung vom 03.11.2010, denn er habe im Vorfeld der Kündigung wahrheitsgemäß alle ihm bekannten Tatsachen zu allen fraglichen Vorgängen offengelegt. Zudem hat er die Auffassung vertreten, die Kündigung sei gemäß § 102 Abs.1 BetrVG wegen der fehlenden Anhörung des Betriebsrats unwirksam. Die Beklagte habe nicht den Sprecherausschuss, sondern den Betriebsrat beteiligen müssen, da er kein leitender Angestellter sei. So habe er keine Vollmacht zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern gehabt. Er sei auch kein sonstiger leitender Angestellter gewesen. Zumindest aber sei eine etwaige Eigenschaft als leitender Angestellter mit seiner Freistellung erloschen. Hierzu hat der Kläger behauptet, der Vorstandsvorsitzende Q. habe schon am 28.10.2010 erklärt, der Kläger komme niemals wieder in die Bank zurück. Schließlich hat der Kläger auch die ordnungsgemäße Beteiligung des Sprecherausschusses bestritten.

Bezüglich eines Tantieme- bzw. Bonusanspruchs hat der Kläger vorgetragen, er habe die Voraussetzungen gemäß der Tantiemeordnung erfüllt.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristlose Kündigung vom 02.12.2010 endet;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung vom 02. Dezember 2010 mit Ablauf des 30. Juni 2011 endet;
3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristlose Kündigung vom 14. Februar 2011 endet;
4. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung vom 14. Februar 2011 mit Ablauf des 30. September 2011 endet;
5. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 02. Dezember 2010 hinaus fortbesteht;
6. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Bedingungen als Vertriebsleiter Vertrieb Privatkunden nach Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen;
7. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit einem der Anträge zu 1. – 5. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Bedingungen ab dem der Beendigung folgenden Tag wieder einzustellen;
8. die Beklagte zu verurteilen, an ihn brutto 11.148,59 € als Gehalt für den Monat Dezember 2010 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszins seit dem 15.12.2010 zu zahlen;
9. die Beklagte zu verurteilen, an ihn brutto 11.081,30 € als Gehalt für den Monat Januar 2011 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszins seit dem 15. Januar 2011 zu zahlen;
10. die Beklagte zu verurteilen, an ihn brutto 11.081,30 € als Gehalt für den Monat Februar 2011 nebst 5 % Zinsen über dem Basiszins seit dem 15. Februar 2011 zu zahlen;
11. die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Tantieme entsprechend der Tantiemeordnung der Beklagten für das Geschäftsjahr 2010/2011, mindestens jedoch brutto

148.000,00 € zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, die fristlose Kündigung vom 02.12.2010 sei wegen des Verdachts schwerwiegender schuldhafter Vertragspflichtverletzungen des Klägers begründet. Der Verdacht habe sich zum einen darauf bezogen, dass der Kläger Herr N. einen Immobilienerwerb weit unter Marktbedingungen vermittelt habe, zum anderen, dass der Kläger sich wissentlich Arbeiten an seiner privaten Terrasse durch die M. Wohnbau GmbH habe bezahlen lassen. Dieser Verdacht sei aufgrund der Bekundungen des Herrn N. sowie der vier fingierten Rechnungen, die von der M. Wohnbau GmbH beglichen worden waren, begründet gewesen.

Zudem hat die Beklagte vorgetragen, sie schiebe als weiteren Kündigungsgrund nach, dass die Kündigung auch auf nachgewiesene Pflichtverletzungen gestützt werde. Aufgrund der Erkenntnisse, die der staatsanwaltlichen Ermittlungsakte zu entnehmen seien, stehe fest, dass der Kläger die Pflichtverletzungen tatsächlich begangen habe. Auf die nachweisbaren Pflichtverletzungen werde auch die vorsorglich ausgesprochene außerordentliche Kündigung vom 14.02.2011 gestützt.

Bezüglich der Einhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs.2 BGB hat die Beklagte behauptet, sie habe erstmalig aufgrund der Anhörung des Herrn N. durch den Aufsichtsrat Kenntnis von den streitgegenständlichen Vorwürfen erlangt. Anschließend habe sie versucht, den Sachverhalt weiter aufzuklären. Der Rechtsanwalt des Herrn N. habe erklärt, eine schriftliche Bestätigung, dass ein erheblicher Teil der Quersubventionierung dem Kläger zugutekomme, werde erst später der Staatsanwaltschaft und der Beklagten zur Verfügung gestellt.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe das Anhörungsschreiben bezüglich der ersten Kündigung nebst Anlagen am 30.11.2010 dem Sprecherausschuss übergeben, der noch am selben Tag zugestimmt habe. Die Anhörung bezüglich

der zweiten Kündigung sowie des Nachschiebens von Gründen sei dem Sprecherausschuss am 11.02.2011 zugegangen. An diesem Tag sei auch die Zustimmung erfolgt.

Sie hat die Ansicht vertreten, eine Beteiligung des Betriebsrats sei nicht erforderlich gewesen. Der Kläger sei leitender Angestellter gewesen. Hierfür sprächen die Vermutungen des § 5 Abs.4 S.1 Nr.1 und Nr.3 BetrVG. Auch nach seiner Freistellung habe der Kläger sein Amt als Mitglied des Sprecherausschusses weiter ausgeübt.

Bezüglich der Tantieme für das Jahr 2010 hat die Beklagte die Ansicht vertreten, der Anspruch stehe dem Kläger gemäß § 8 Satz 3 der Tantiemeordnung nicht zu, da das Arbeitsverhältnis aufgrund seines Verschuldens vor dem Ende des Jahres 2010 geendet habe.

Der Kläger hat wie folgt erwidert:

Ihm seien die Abreden zwischen G. T. und B. D. sowie die Rechnungsstellungen an die M. Wohnbau GmbH für das Bauvorhaben N. O. nicht bekannt gewesen. Sowohl er als auch sein Nachbar S. seien davon ausgegangen, dass die Terrasse 13.000,- € koste. Ein entsprechendes Angebot sei von D. gemacht und am 16.06.2010 der Ehefrau des Klägers per e-mail übersandt worden. In der Folgezeit sei D. gebeten worden, Korrespondenz und Rechnungen über S. laufen zu lassen, da dieser als Ingenieur und Leiter des Bauamtes der Stadt F. besser in der Lage gewesen sei, die Bauleistungen zu beurteilen. Im Innenverhältnis sollten die anfallenden Kosten geteilt werden. Die Rechnung vom 06.08.2010 sei von ihm am 09.08.2010 in bar beglichen worden. Weil im Verlauf der Bauarbeiten bekannt geworden sei, dass aufgrund nicht vorhersehbarer Bodenverhältnisse zusätzliche Arbeiten erforderlich waren, sei am 28.10.2010 eine weitere Rechnung in Höhe von 4.760,- € gestellt worden. Die Idee der Beleuchtung sei erst während der Erstellung der Terrasse aufgekommen. Es sei zutreffend, dass er von Herrn T. eine e-mail bezüglich der Lampen in O. erhalten habe. Ob darin von Lampen in O. die Rede gewesen sei, wisse er nicht. Wenn dies der Fall gewesen sein sollte, so wisse er nicht, warum dies so sein sollte. Generell sei vereinbart gewesen, dass die Angebote von D. zunächst an T. gehen sollten, weil dieser überprüfen sollte, ob die Angebote in Ordnung sei-

en. Bereits im Vorfeld der Übersendung der e-mail bezüglich der Lampen habe T. ihn in einem Telefonat darüber informiert, dass der Preis für die Beleuchtungsanlage ca. 20.000,- € betrage.

Bezüglich des Erwerbs der Wohnung durch das Vorstandsmitglied N. hat der Kläger behauptet, er habe diesem lediglich mitgeteilt, dass es bei der Firma M. die Möglichkeit des Erwerbs von Kapitalanlage-Immobilien gebe. Weiteres sei ihm nicht bekannt gewesen. Insbesondere habe er keine Vermittlungstätigkeiten entfaltet. Dementsprechend wisse er auch nicht, ob und gegebenenfalls welche Sonderkonditionen N. erhalten habe.

Bezüglich der Anhörung des Sprecherausschusses hat der Kläger auf die Darlegungen der Beklagten erwidert, er bestreite, dass die von der Beklagten überreichten Anhörungsschreiben an den genannten Tagen nebst Anlagen an den Sprecherausschuss übergeben worden seien.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat durch Teilurteil vom 01.07.2011 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentlichen Kündigungen vom 02.12.2010 und 14.02.2011 nicht beendet worden sei. Weiter hat es die Beklagte zur Zahlung der Entgelts für Dezember 2010 in Höhe von 11.148,59 € brutto sowie der Gehälter für Januar und Februar in Höhe von jeweils 11.081,30 € nebst Zinsen verurteilt. Bezüglich des allgemeinen Feststellungsantrags, des Antrags auf Weiterbeschäftigung und der Tantieme für 2010 hat es die Klage abgewiesen. Seine Entscheidung hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen wie folgt begründet:

Es bestünde kein dringender Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung. Insbesondere bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger die Rechnungsstellungen gegenüber der M. N. GmbH & Co KG bekannt gewesen seien oder diese auf einer Abrede mit dem Kläger beruht hätten. Sofern die Beklagte dem Vorstandsmitglied N. geglaubt habe, dass er selbst von der Quersubventionierung bei seiner Immobilie keine Kenntnis gehabt habe, sei nicht ersichtlich, warum dies beim Kläger anders gewesen sein sollte. Wenn hingegen der Aussage von Herrn N. nicht geglaubt werden könne, dann sei nicht nachvollziehbar, warum die Teile der Aussage, die den Kläger belasteten, glaubhafter sein sollten. Es sei durchaus möglich, dass die M. Unternehmens-

gruppe versucht habe, durch Vermittlung günstiger Bauleistungen das Wohlwollen des Klägers zu sichern, ohne dass dem Kläger die Bezuschussung aus Mitteln der M. bekannt gewesen sein müsse. Auch aus den Aussagen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vor der Staatsanwaltschaft Dresden ergebe sich nichts anderes.

Der auf die Zahlung der Tantieme gerichtete Antrag sei abzuweisen, da der Kläger die Erfüllung der Voraussetzungen der Tantiemeordnung nicht näher dargelegt habe.

Gegen dieses beiden Parteien am 12.08.2011 zugestellte Urteil haben sowohl der Kläger als auch die Beklagte Berufung eingelegt. Die Berufung des Klägers ist einschließlich der Berufungsbegründung am 06.09.2011 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangen. Der Berufungsschriftsatz der Beklagten ist am 08.09.2011 und die Berufungsbegründung ist – nach einer entsprechenden Fristverlängerung – am 14.11.2011 beim Landesarbeitsgericht eingegangen.

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung den Anspruch auf Zahlung der Tantieme weiter. Er rügt, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht eine substantiierte Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen verlangt, da die Erfüllung derselben – mit Ausnahme des § 8 S.3 der Tantiemeordnung – zwischen den Parteien nicht im Streit gestanden habe. Jedenfalls aber liege eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs vor. Hätte das Arbeitsgericht ihm einen entsprechenden Hinweis erteilt, dann hätte er weitere Darlegungen getätigt.

Der Kläger trägt zu den Tantiemevoraussetzungen Folgendes vor: Im Jahr 2010 habe die Beklagte – unstreitig - ein „Teilbetriebsergebnis vor Risikovorsorge“ in Höhe von ca. 341 Millionen Euro erzielt. Der ZEG gemäß § 4 der Tantiemeordnung sei – ebenfalls unstreitig – im Umfang von mindestens 121% erreicht worden, weswegen ein Faktor von 1,75% zugrunde zu legen sei. Jedenfalls aber müsse der Faktor von 1,68, der bei dem zweiten Vertriebsleiter H. angewandt worden sei, auch bei ihm Anwendung finden. Die Unternehmensziele gemäß § 5 der Tantiemeordnung seien – unbestritten – mit mehr als 102% erfüllt worden. Der Kläger ist der Ansicht, selbst wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund der außerordentlichen Kündigung vom 02.12.2010 geendet habe, stünde ihm zumin-

dest ein anteiliger Anspruch zu. Im Arbeitsvertrag sei nämlich eine Zahlung „p.r.t.“, also pro rata temporis vereinbart, was zu der Regelung gemäß § 8 S.3 der Tantiemeordnung im Widerspruch stünde. Mit der Einschränkung der arbeitsvertraglichen Regelung durch die Tantiemeordnung habe der Kläger nicht rechnen müssen. Im Übrigen sei § 8 S.3 der Tantiemeordnung aber auch deshalb unwirksam, weil der Tantiemeanspruch bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens bereits verdient worden sei und nicht nachträglich wieder entfallen könne.

Der Kläger beantragt,

1. **unter Abänderung von Ziffer 6. des Teilurteils des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 1. Juli 2011 – Az.: 13 Ca 7800/10 – die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine Tantieme für das Geschäftsjahr 2010 in Höhe von 147.750,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2011 zu zahlen;**
2. **hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1., die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger eine Tantiemeabrechnung für das Geschäftsjahr 2010 zu erteilen;**
 - a) **erforderlichenfalls die Richtigkeit dieser Tantiemeabrechnung an Eides statt zu versichern und**
 - b) **an den Kläger den sich aus der Tantiemeabrechnung ergebenden Betrag zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2011 zu zahlen.**

Die Beklagte beantragt,

1. **unter Abänderung der Ziffern 1. bis 5. des Teilurteils des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 1. Juli 2011 – 13 Ca 7800/10 – die Klage insgesamt abzuweisen;**
2. **die Berufung des Klägers gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 1. Juli 2011 – 13 Ca 7800/10 – zurückzuweisen;**
3. **den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 32.066,03 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. Juli 2011 zu zahlen.**

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vom 03.02.2012 den ursprünglichen Klageantrag zu 8) bezüglich des Gehalts für Dezember 2010 mit Zustimmung der Beklagten teilweise zurückgenommen und insoweit zuletzt nur noch Zahlung von 10.009,47 € brutto nebst Zinsen beantragt.

Der Kläger beantragt im Übrigen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte erwidert auf die Berufung des Klägers, der Anspruch bestehe wegen § 8 S.3 der Tantiemeordnung nicht. Im Übrigen habe der Kläger die variable Tantieme nicht zutreffend berechnet, da er einen zu hohen Faktor angesetzt habe. Aufgrund der Vereinbarung mit dem Sprecherausschuss hätte lediglich ein Faktor von 1,5 angesetzt werden dürfen. Auf das ganze Jahr hochgerechnet würde sich dann ein Gesamt-Tantiemeanspruch von 134.000,- € ergeben.

Ihre eigene Berufung begründet die Beklagte wie folgt:

Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts bestehe zumindest ein dringender Verdacht, dass der Kläger Kenntnis davon gehabt habe, dass die Terrasse fremdfinanziert worden sei. Hierfür gebe es eine Reihe von Indizien, die den entsprechenden Schluss zuließen. So habe der Kläger von D. ein Angebot über 26.000,- € für den Umbau der Terrasse erhalten. Die Behauptung des Klägers, es seien 13.000,- € in Rechnung gestellt und bezahlt worden, stehe im Widerspruch zu den Absprachen zwischen T. und D. per e-mails vom 28.06. bis 30.06.2010. Danach hätten vom Kläger und Herrn S. nur insgesamt 6.500,- € gezahlt werden sollen. Die Behauptung des Klägers, es sei am 09.08.2010 ein Betrag in Höhe von 6.545,- € in bar gezahlt worden, sei unglaubhaft. Es gebe keine Quittung. Eine solche Zahlung hätte angesichts der Vereinbarung einer Zahlung von insgesamt 6.545,- € keinen Sinn gemacht, wenn anschließend noch Herr S. einen Betrag von 6.545,- € hätte zahlen sollen. Für eine Kenntnis

des Klägers von der Übernahme der Kosten der Beleuchtung spräche die e-mail von D. an T. mit dem Angebot vom 27.07.2010. Diese e-mail habe T. über seine Mitarbeiterin an den Kläger weitergeleitet. Auf dem Angebot sei das Bauvorhaben „Q. straße 66 in O., N.“ in Fettdruck hervorgehoben. Es sei nicht glaubhaft, dass der Kläger das nicht bemerkt habe. Sollte dementsprechend der gesamte Aufwand für die Beleuchtung der M. GmbH in Rechnung gestellt werden, so schließe dies denkbareweise aus, dass auch nur ein Anteil dieser Kosten dem Kläger bzw. Herrn S. in Rechnung hätte gestellt werden sollen. Tatsächlich sei eine Rechnungsstellung dann erst wegen der am 20.10.2010 beim Kläger durchgeführten Hausdurchsuchung erfolgt und zugleich der M. GmbH von D. durch Gutschrift der bereits gezahlte Betrag von 22.610,- € zurückerstattet worden.

Die Beklagte behauptet, der Kontakt des Klägers zu Herrn T. sei über die geschäftliche Beziehung hinausgegangen. Man habe sich – unstreitig – geduzt und sei zudem zusammen in Urlaub gefahren.

Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs.2 BGB sei ebenfalls eingehalten worden. Erstmals durch die Aussage des Herrn N. am 01.11.2010 habe die Beklagte Kenntnis von dem Vorwurf erlangt, der Kläger habe seine Terrasse durch die M. GmbH mitfinanzieren lassen. Es seien dann Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts durchgeführt worden. U.a. sei das Amnestieprogramm gestartet worden, was aber in Bezug auf diesen Sachverhalt zu keinem Ergebnis geführt habe. Am 04.11.2010 habe u.a. eine Besprechung mit Rechtsanwalt Dr. X. stattgefunden. Ab dem 08.11.2010 sei durch die Rechtsanwälte der Beklagten eine Strukturierung und Absolvierung der Untersuchungsprozesse bezüglich einer Inaugenscheinnahme des Umfeldes des Klägers, der Erfassung von e-mails und Dokumenten aus dem Umfeld des Klägers, von Provisionszahlungen u.a. sowie der Sammlung von Informationen aus der N. – Gruppe erfolgt. Zudem hätten am 08.11. und 09.11.2010 Vorbereitungen weiterer Datenerhebungen durch die beauftragte Firma „E.“ begonnen. Am 10.11.2010 seien die Büros des Klägers und des weiteren Vertriebsleiters sowie des ehemaligen Vertriebsvorstandes gesichtet worden. Ab dem 11.11.2010 seien Amnestie-Interviews geführt worden. Am 12.11.2010 hätten Besprechungen mit einem Staatsanwalt bezüglich des Standes der Ermittlungen und am 15.11.2010 mit einer Kriminal-

hauptkommissarin bezüglich beschlagnahmter Festplatten stattgefunden. „E.“ habe am 18.11.2010 mit dem Review gesammelter Daten begonnen. Am 19.11.2010 habe dann ein Telefonat mit dem Rechtsanwalt des Herrn N. stattgefunden. Die Vertreter der Beklagten seien dann am 23.11.2010 zu dem Ergebnis gekommen, dass vorerst mit weiteren Erkenntnissen nicht zu rechnen sei. Es sei dann die Anhörung des Klägers eingeleitet worden, die mit der Stellungnahme am 29.11.2010 abgeschlossen gewesen sei.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, einer Beteiligung des Betriebsrats habe es nicht bedurft, da der Kläger leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs.3 BetrVG sei. Der Status ergebe sich bereits aus § 5 Abs.3 S.2 Nr. 1 BetrVG, weil sich der Kläger ebenso wie der andere Vertriebsleiter H. vorbehalten habe, selbst zu entscheiden, ob ein von den Filialleitern ausgesuchter Bewerber eingestellt bzw. ob einem Mitarbeiter gekündigt werden solle. Jedenfalls aber seien die Voraussetzungen des § 5 Abs.3 S.2 Ziffer 3 BetrVG erfüllt.

Der Vertriebsbereich Privatkunden sei für die Beklagte von besonderer Bedeutung. So sei im Jahr 2010 bei einer Gesamtbilanzsumme von 39 Milliarden Euro ein Geschäftsvolumen von ca. 30 Milliarden auf den Vertrieb Privatkunden entfallen. Insoweit nimmt die Beklagte Bezug auf einen Auszug aus dem Jahresfinanzbericht 2010 (Anlage B 36). Der Anteil des Privatkunden-/Filialgeschäfts am Gesamtgeschäft betrage – unbestritten – im Darlehensbereich mehr als 90% und im Einlagengeschäft über 60%, der Ergebnisanteil des Privatkunden-/Filialgeschäfts bei den Zinsüberschüssen liege bei mehr als 70% sowie bei den Provisionsüberschüssen bei mehr als 80%.

Den gesamten Filialbetrieb hätten der Kläger sowie der zweite Vertriebsleiter H. geführt. Als Vertriebsleiter sei der Kläger Mitglied im Vertriebsgremium gewesen. Neben den Vertriebsleitern und dem Vertriebsvorstand hätten noch drei Bereichsleiter diesem Gremium angehört. In diesem Gremium sei die jeweilige Vertriebsstrategie und – ausrichtung der Beklagten erstellt worden. Ferner habe dieses Gremium die jährlichen Vertriebsplanungen erstellt. Als einer der beiden Vertriebsleiter der Privatkunden sei der Kläger im Rahmen der Steuerung des gesamten Filialvertriebes unter anderem für die Erarbeitung und Verabschiedung der Vertriebsstrategien, die operativen Weichenstellungen im Vertrieb und die Qualitätssicherung in den Filialen zuständig gewesen. Dies habe die Aus-

wahl aller durch den Filialvertrieb zu vertreibenden Produkte, die Definition von Standardkonzepten und die Festlegung der Rahmenbedingungen für das Geschäft mit Vermittlern umfasst. Die Vertriebsleiter verantworteten die Umsetzung der Vertriebsstrategien der Beklagten sowie die Steuerung und Kontrolle der Vertriebsaktivitäten. Der Personaleinsatz und alle wesentlichen Personalentscheidungen seien mit der Vertriebsleitung abzustimmen gewesen. Dies habe neben den Einstellungen und Entlassungen Versetzungen, Beförderungen, Gehaltsveränderungen und Sonderzahlungen betroffen. Die Beklagte hat zum Beleg Schriftwechsel und e-mail-Verkehr von Mitarbeitern des Klägers als Anlagen B 29-B 35 übersandt. Wegen der Einzelheiten wird auf diese Anlagen Bezug genommen.

Die Beklagte trägt weiter vor, für die Tätigkeiten des Klägers habe es langjähriger einschlägiger Erfahrungen des spezifischen singulären Geschäftsmodells der Beklagten als Anbieter für Finanzdienstleistungen im Gesundheitswesen bedurft. Diese habe sich der Kläger in seiner über 20-jährigen Betriebszugehörigkeit, insbesondere einer mehr als zehnjährigen Verantwortung als Filialleiter, erworben. In seinem Tagesgeschäft habe der Kläger faktisch keinen Weisungen des Vorstands unterlegen. Soweit einzelne Maßnahmen vom Vorstand entschieden worden seien, habe der Kläger diese, zum Beispiel bei der Auswahl der Vertriebsprodukte und der Festlegung der Vertriebsstrategie, maßgeblich beeinflusst.

Den Widerantrag stützt die Beklagte darauf, dass sie am 05.07.2011 – unstrittig – 32.066,03 € gezahlt habe. Wegen der Zusammensetzung dieses Betrages wird auf S.21 (unten) und S.22 (oben) des Schriftsatzes der Beklagten vom 14.11.2011 Bezug genommen. Diese Zahlung sei – was vom Kläger nicht bestritten wird – zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil hinsichtlich des der Klage stattgebenden Teils. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn die Beklagte die Sachverhalte bezüglich Herrn N. sowie des Klägers ungleich würdige. So habe Herr H., der für die M. Wohnbau GmbH Projekte geleitet habe, bereits am 26.10.2010 – unstrittig – gegenüber den Anwälten der Beklagten erklärt, er halte es grundsätzlich für möglich, dass Herr N. von alledem nichts bemerkt habe. Der Aussage

von Herrn N. bei der Staatsanwaltschaft lasse sich wiederum entnehmen, dass ihm B. D. am 26.10.2010 mitgeteilt habe, dass das Geld in das Bauvorhaben des Klägers „auf gleichem Subventionsweg“ wie beim Bauvorhaben N. gezahlt worden sei. Daraus sei zu folgern, dass es sich um identische Sachverhalte handle.

Der Kläger meint, auch aus den e-mail-Absprachen zwischen T. und D. folgere nicht, dass dem Kläger und S. nicht ca. 13.000,- € in Rechnung gestellt worden seien. Es sei vielmehr denkbar, dass D. Leistungen doppelt abgerechnet habe. Der Kläger werde auch durch die schriftliche Zeugenerklärung des Herrn S. gegenüber der Staatsanwaltschaft Dresden vom 03.06.2011 (Anlage BK 9) entlastet. Er behauptet, den Preis in Höhe von 22.000,- € habe er mit seiner Ehefrau sowie Herrn S. besprochen. Beide Familien hätten den Preis akzeptiert.

Sein Verhältnis zu Herrn T. schildert der Kläger wie folgt: Ein Duzen mit Entscheidungsträgern von Produktlieferanten sei üblich gewesen und der Pflege von der Bank gewünschten engen Kontakten geschuldet. Er sei nicht mit Herrn T. in Urlaub gefahren, sondern habe sich lediglich an einigen wenigen Wochenenden mit diesem und vielen anderen Bekannten zum Golfspielen getroffen.

Weiter sei die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs.2 BGB nicht gewahrt worden. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte spätestens am 25.10.2010 erstmals Kenntnis von dem Sachverhalt erlangt habe. An diesem Tag habe sie Unterlagen von Dr. X. erhalten. Für eine Kenntnis spreche auch, dass der Vorstandsvorsitzende der Beklagten am 28.10.2010 im Rahmen einer Führungskräfteversammlung erklärt habe, die beiden Vertriebsleiter kämen niemals mehr in die Bank zurück und man sei ihnen schon lange auf der Spur.

Der Kläger ist der Ansicht, jedenfalls sei die Kündigung gemäß § 102 Abs.1 S.3 BetrVG unwirksam. Er sei kein leitender Angestellter. Hierzu trägt er vor:

Im Wesentlichen habe er eine Bindegliedfunktion zwischen der Hauptverwaltung einerseits und den Filialbetrieben andererseits ausgeübt. Der Kern der Tätigkeiten beider Vertriebsleiter habe darin bestanden, einerseits die Vorgaben der Hauptverwaltung in den Vertrieb umzusetzen und die dortige Qualität zu überprüfen, andererseits den Filialleitern als Ansprechpartner und Coach für alle Probleme des Tagesgeschäfts zur Verfügung zu stehen. Zudem sei er bis Januar 2010, als die Position des ihm bis dahin vorgesetzten Leiters VPK – un-

streitig – entfallen sei, nur Mitglied der dritten Organisationsreihe gewesen. Die Einstellungskompetenz habe vorwiegend bei den Filialleitern gelegen. Entlassungen seien vom Leiter VPK bzw. dem Vertriebsvorstand genehmigt worden. Die Gesamtvertriebsplanung sei vom Vorstand diskutiert und verabschiedet worden. Zentrale Fragen der Steuerung der Bank seien auf einer alljährlich stattfindenden Klausurtagung des Vorstandes erörtert worden, an welcher die Vertriebsleiter nicht teilgenommen hätten. Der von der Beklagten vorgetragene, angeblich von den Vertriebsleitern Privatkunden verantwortete Betrag von ca. 30 Milliarden € habe in Wirklichkeit der gesamten Bilanzsumme entsprochen. Dem Vertriebsgremium hätten elf oder zwölf Personen angehört. Für die Festlegung der Rahmenbedingungen für das Geschäft mit Vermittlungen sowie die Initiierung, Betreuung und Entwicklung des Vertragspartnergeschäftes und die Definition von Standardkonzepten sowie Rahmenbedingungen für das Einzelvermittlergeschäft sei nicht der Kläger, sondern Herr G. zuständig gewesen. Die Gestaltung der Vertriebsstrategie und – ausrichtung habe dem Vorstand, die Auswahl der durch den Filialvertrieb zu vertreibenden Produkte Herrn E. obliegen. Eine Steuerung der Prozesse sei wiederum durch die Filialleiter erfolgt. Sämtliche zentralen Entscheidungen habe der Kläger zunächst mit dem Leiter VPK und später mit dem Vorstand abstimmen müssen.

Die Anhörung des Sprecherausschusses sei unwirksam, da ihm bewusst ein entlastender Umstand verschwiegen worden sei. Die Darstellung in der Anhörung erwecke nämlich den Eindruck, der Kläger werde durch Herrn N. belastet, ohne zugleich auf den Umstand hinzuweisen, dass bei diesem derselbe Sachverhalt vorgelegen habe. Auch sei verschwiegen worden, dass Herr H. ausdrücklich erklärt hatte, es sei möglich, dass Herr N. nichts von der Quersubventionierung bemerkt habe. Diese Information wäre für den Sprecherausschuss auch in Bezug auf die Kündigung des Klägers von Relevanz gewesen.

Weiter vertritt der Kläger die Ansicht, die Widerklage der Beklagten beziehe sich zu Unrecht auf den Bruttobetrag. Es könne im Falle des Obsiegens der Beklagten nur das gezahlte Nettoentgelt zurückgefordert werden.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen B. D.. Wegen des Inhalts des Beweisbeschlusses und des Ergebnisses der Beweisaufnahme

wird auf die Seiten 7 bis 13 des Sitzungsprotokolls vom 03.02.2012 Bezug genommen. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, die Sitzungsprotokolle vom 01.07.2011 und 03.02.2012 sowie ergänzend auf sämtliche Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet, die ebenfalls zulässige Berufung des Klägers hat überwiegend Erfolg.

I. Gegen die Zulässigkeit beider Berufungen bestehen keine Bedenken. Sie sind nach Maßgabe der §§ 66 Abs.1, 64 Abs.6 ArbGG i.V.m. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Die Berufung der Beklagten ist gemäß § 64 Abs.1, 2 lit. b) und c) ArbGG statthaft. Bezüglich der Berufung des Klägers ergibt sich die Statthaftigkeit aus § 64 Abs.1, 2 lit. b) ArbGG.

II. Die Berufung der Beklagten ist vollumfänglich begründet. Zu Unrecht hat das Arbeitsgericht der Klage hinsichtlich der außerordentlichen Kündigungen vom 02.12.2010 und vom 14.02.2011 sowie der Gehaltsansprüche für Dezember 2010 bis Februar 2011 stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist am 02.12.2010 fristlos beendet worden. Dementsprechend stehen dem Kläger ab diesem Zeitpunkt keine Gehaltsansprüche mehr zu. Die bereits zur Abwendung der Vollstreckung gezahlten Beträge sind zurückzuzahlen.

1. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 02.12.2010 hat das Arbeitsverhältnis fristlos beendet.

a) Die Kündigung ist nicht bereits gemäß § 102 Abs.1 S.3 BetrVG unwirksam, weil der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört worden ist. Eine Anhörung des Betriebsrats war nicht erforderlich, weil der Kläger zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung gemäß § 5 Abs. 3 S.2 Nr.3 BetrVG leitender Angestellter war.

aa) Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG ist leitender Angestellter, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb regelmäßig (sonstige) Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst. Dies erfordert die Wahrnehmung typisch unternehmerischer (Teil-) Aufgaben, so dass grundsätzlich Tätigkeiten aus dem Bereich der wirtschaftlichen, technischen, kaufmännischen, organisatorischen, personellen und wissenschaftlichen Leitung des Unternehmens in Betracht kommen (st. Rspr., vgl. BAG v. 25.03.2009 – 7 ABR 2/08 – AP Nr. 73 zu § 5 BetrVG 1972; so auch bereits BAG v. 29.01.1980 - 1 ABR 45/79 – AP Nr. 22 zu § 5 BetrVG 1972). Voraussetzung für die Wahrnehmung einer unternehmerischen (Teil-) Aufgabe ist, dass dem leitenden Angestellten rechtlich und tatsächlich ein eigener und erheblicher Entscheidungsspielraum zur Verfügung steht, d.h. er muss mit weitgehender Weisungsfreiheit und Selbstbestimmung seinen Tätigkeitsbereich wahrnehmen und kraft seiner leitenden Funktion maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensführung ausüben (BAG v. 05.05.2010 – 7 ABR 97/08 – EzA § 5 BetrVG 2001 Nr.5; BAG v. 25.03.2009 a.a.O.; BAG v. 06.12.2001 – 2 AZR 733/00 – AP Nr. 3 zu § 263 ZPO).

Der nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG erforderliche Einfluss auf die Unternehmensführung kann darin bestehen, dass der leitende Angestellte selbst die Entscheidungen trifft, aber auch darin, dass er kraft seiner Schlüsselposition Voraussetzungen schafft, an denen die Unternehmensleitung schlechterdings nicht vorbeigehen kann (BAG v. 05.05.2010 a.a.O.; BAG v. 25.03.2009 a.a.O.).

Von welcher Delegationsstufe ab leitende Angestellte im Unternehmen nicht mehr beschäftigt werden, lässt sich nur im jeweiligen Einzelfall bestimmen. Der maßgebliche Einfluss fehlt jedenfalls dann, wenn der Angestellte nur bei der rein arbeitstechnischen, vorbestimmten Durchführung unternehmerischer Entscheidungen eingeschaltet wird, etwa im Rahmen von Aufsichts- oder Überwachungsfunktionen (BAG v. 05.05.2010, v. 25.03.2009 a.a.O. und v. 06.12.2001 a.a.O.). Erforderlich ist schließlich auch, dass die unternehmerische Aufgabenstellung mit Entscheidungsspielraum die Tätigkeit des leitenden Angestellten prägt, d.h. sie schwerpunktmäßig bestimmt (BAG v. 05.05.2010 a.a.O., BAG v. 25.10.1989 – 7 ABR 60/88 – AP Nr. 42 zu § 5 BetrVG 1972; BAG 23.01.1986 – 6 ABR 51/81 – AP Nr. 32 zu § 5 BetrVG 1972).

bb) Der Kläger hat Aufgaben wahrgenommen, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens der Beklagten von Bedeutung waren. Als einer von zwei Vertriebsleitern hatte er im Privatkundenbereich eine Schlüsselfunktion bei der Beklagten inne.

Der Vertrieb Privatkunden ist für die Beklagte von besonderer Bedeutung. Die Vertriebsleitung Privatkunden verantwortete im Jahr 2010 ein Geschäftsvolumen in Höhe von ca. 30 Milliarden €. Das diesbezügliche Bestreiten des Klägers ist unbeachtlich. Er behauptet nämlich, die angegebene Zahl könne nicht stimmen, weil dies der gesamten Bilanzsumme der Beklagten entsprochen habe. Dieser Einwand ist durch den von der Beklagten als Anlage B 36 vorgelegten Auszug aus dem Jahresfinanzbericht widerlegt. Danach betrug die Bilanzsumme 38.819.124.000,- €. Als unstrittig gilt auch der Vortrag der Beklagten, dass der Anteil des Privatkunden-/Filialgeschäfts am Gesamtgeschäft der Beklagten im Darlehensbereich mehr als 90% und im Einlagengeschäft über 60% beträgt und der Ergebnisanteil des Privatkunden-/Filialgeschäfts bei den Zinsüberschüssen bei mehr als 70% sowie bei den Provisionsüberschüssen bei mehr als 80% liegt.

Für dieses Kerngeschäft der Beklagten war der Kläger – jedenfalls seit Anfang 2010 – als höchstgestellter Arbeitnehmer unterhalb des Vorstandes gemeinsam

mit dem zweiten Vertriebsleiter H. verantwortlich. Die Hierarchieebene ist ein Indiz für die Eigenschaft als leitender Angestellter. Wenn ein Mitarbeiter unmittelbar dem Vorstand unterstellt ist, so spricht dies grundsätzlich dafür, dass er eine herausgehobene Funktion im Unternehmen wahrnimmt, es sei denn, die Stellung entspricht – wie beim Leiter einer Revisionsabteilung – gesetzlichen Vorgaben (BAG v. 25.03.2009 – 7 ABR 2/08 – AP Nr. 73 zu § 5 BetrVG 1972, Rn. 33). Dies gilt erst Recht, wenn der unmittelbar dem Vorstand unterstellte Mitarbeiter für einen besonders wichtigen Bereich des Unternehmens zuständig ist.

Es ist praktisch nicht vorstellbar, wie die Beklagte in diesem Bereich Entscheidungen „über den Kopf des Klägers hinweg“ hätte treffen sollen. Auch wenn die Entscheidung über die Frage, welche Vertriebsprodukte angeboten werden, nicht beim Kläger, sondern beim Vorstand gelegen haben mag, so kann die Unternehmensführung an den Vorgaben der Vertriebsleitung schlechterdings nicht vorbeigehen. Dies beruht darauf, dass aufgrund ihrer Funktion nur die Vertriebsleiter in dem Vertriebsgremium, welches die jeweilige Vertriebsstrategie und – ausrichtung der Beklagten erarbeitet, die operativen Erkenntnisse für den Bereich Privatkunden/Filialbetrieb einbringen können. Die Entwicklung von Vertriebsstrategien an diesen operativen Erfahrungen vorbei wäre zwangsläufig zum Scheitern verurteilt.

Der Kläger hatte auch in personeller Hinsicht eine herausgehobene Funktion, indem er für ca. 660 Mitarbeiter die Personalverantwortung trug. Damit führte er fast ein Drittel der insgesamt 2.397 Mitarbeiter/innen der Beklagten (Stand 30. September 2010). Diese Verantwortung umfasste unmittelbar die disziplinarische und fachliche Leitung der 21 Filialleiter, denen wiederum die anderen Mitarbeiter unterstellt waren. Damit waren mittelbar sämtliche Beschäftigten des Vertriebs Süd dem Kläger unterstellt. Von den sich hieraus ergebenden Lenkungsmöglichkeiten hat der Kläger Gebrauch gemacht, wie den von der Beklagten vorgelegten Anlagen B 29 bis B 35 zu entnehmen ist. Dabei hat er auch über die Gewährung von Sonderzahlungen und die Höhe von Gehaltserhöhungen der Beschäftigten entschieden. Darüber hinaus konnte er die Entscheidung

über die Einstellung von Mitarbeitern treffen. Selbst wenn es nicht so gewesen sein sollte, dass sich der Kläger immer die Zustimmung zur Einstellung vorbehalten haben sollte – wie von der Beklagten behauptet – so hat er doch in Einstellungs- und Entlassungsentscheidungen der Filialleiter eingegriffen, wie den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen zu entnehmen ist.

Auf das zwischen den Parteien streitige Vorbringen, welche Aufgaben der Kläger ansonsten im Einzelnen hatte, kommt es angesichts der dargelegten Umstände für die Feststellung als leitender Angestellter nicht an.

cc) Die Erfüllung der Funktion des Vertriebsleiters setzt besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraus. Um den Vertrieb leiten und Einfluss auf die Vertriebsstrategien nehmen zu können, bedarf es insbesondere detaillierter Kenntnisse in dem spezifischen Geschäftsbereich der Beklagten, die sich auf eine bestimmte Klientel und deren besonderen Bedürfnisse spezialisiert hat. Das Erfordernis besonderer Erfahrungen und Kenntnisse sowie die Erfüllung dieses Erfordernisses durch den Kläger aufgrund seines langjährigen Werdeganges bei der Beklagten steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit.

dd) Der Kläger hat seine Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen getroffen bzw. sie maßgeblich beeinflusst.

Der Kläger unterlag in seinem Tagesgeschäft faktisch keinen Weisungen des Vorstands. Die entsprechende Behauptung der Beklagten hat der Kläger nicht substantiiert bestritten. Seinen Vortrag, er habe sämtliche zentralen Entscheidungen zunächst mit seinem Vorgesetzten Leiter VPK und später dem Vorstand abstimmen müssen, hat der Kläger nicht mit einem einzigen Einzelfall konkretisieren können.

ee) Der Kläger hat seine Aufgaben regelmäßig ausgeübt, da sie sich aus seiner von ihm dauerhaft ausgeübten Funktion als Vertriebsleiter ergaben.

ff) Selbst wenn aber – entgegen den obigen Ausführungen – noch Zweifel an dem Status des Klägers verblieben, so wäre dann auf § 5 Abs.4 Nr.1 BetrVG zurückzugreifen. Hierbei handelt es sich um eine Entscheidungshilfe, die eingreift, wenn die festgestellten Tatsachen sowohl eine Einordnung als Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs.1 BetrVG als auch als leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs.3 S.2 Nr.3 BetrVG vertretbar erscheinen lassen (vgl. BAG v. 25.10.2001 – 2 AZR 358/00 – EzA § 5 BetrVG 1972 Nr. 64). Da der Kläger bei den letzten Wahlen den leitenden Angestellten zugeordnet worden ist (er wurde sogar in den Sprecherausschuss gewählt), gilt er im Zweifel als leitender Angestellter.

gg) Die Freistellung des Klägers ab dem 21.10.2010 hat an seinem Status als leitender Angestellter nichts geändert.

Eine Suspendierung ändert nichts an der Qualifizierung eines Arbeitnehmers als leitenden Angestellten (so schon BAG v. 23.03.1976 – 1 AZR 314/75 – AP Nr. 14 zu § 5 BetrVG 1972; BAG v. 18.08.1982 – 7 AZR 235/80 – n.v., zitiert nach juris; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, § 5 BetrVG Rn. 365; vgl. auch Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz [GK]-Raab, 9. Auflage 2010, § 5 Rn. 102). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistungen bzw. die damit korrespondierende Beschäftigungspflicht nicht dauerhaft erlischt, sondern lediglich vorübergehend bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. BAG v. 23.03.1976 a.a.O.) oder – wie hier – bis zur Aufklärung eines Sachverhalts eine Freistellung erfolgt. Wäre mit einer solchen Freistellung eine Statusänderung verbunden, so könnte der Arbeitgeber den Status eines leitenden Angestellten einseitig ändern. Dies widerspricht aber den Regelungen des § 5 Abs.3 BetrVG, wonach der Arbeitnehmer *nach Arbeitsvertrag*, also einvernehmlich, als leitender Angestellter tätig wird. Der auf einem Vertrag begründete Status kann aber nicht einseitig bei einem Fortbestehen des zugrunde liegenden Vertrages geändert werden.

b) Die Kündigung ist nicht gemäß § 105 BetrVG unwirksam. Zwar hat die Beklagte nichts dazu vorgetragen, ob der Betriebsrat über die Kündigung des Klägers informiert worden ist. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 105 BetrVG hat jedoch nicht die Unwirksamkeit der personellen Maßnahme zur Folge (allgemeine Auffassung, vgl. nur BAG v. 25.03.1976 – 1 AZR 192/75 – AP Nr. 13 zu § 5 BetrVG 1972; Richardi-*Thüsing*, BetrVG, 13. Auflage 2012, § 105 Rn. 17).

c) Die Unwirksamkeit der Kündigung ergibt sich des Weiteren nicht aus § 31 Abs.2 S.3 SprAuG.

aa) Nach § 31 Abs.2 S.1 SprAuG ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Sprecherausschuss vor jeder Kündigung eines leitenden Angestellten zu hören. Bezüglich der Anforderungen an die Mitteilungspflicht und die Rechtsfolgen einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung gelten dieselben Grundsätze wie für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs.1 S.2 BetrVG (BAG v. 27.09.2001 – 2 AZR 176/00 – AP Nr. 6 zu § 14 KSchG 1969; BAG 19. Mai 1993 – 2 AZR 539/92 – zitiert nach juris). Eine Kündigung ist danach nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Sprecherausschuss zuvor überhaupt angehört zu haben, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nach § 31 Abs. 2 Satz 2 SprAuG entweder nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug, oder bewusst irreführend nachgekommen ist (BAG v. 27.09.2001 aaO; vgl. zu § 102 BetrVG nur BAG v. 17.02.2000 – 2 AZR 913/98 – AP Nr. 113 zu § 102 BetrVG 1972 und BAG v. 15.11.1995 – 2 AZR 974/94 – AP Nr. 73 zu § 102 BetrVG 1972). Die Einschaltung des Sprecherausschusses im Rahmen des Anhörungsverfahrens vor einer beabsichtigten Kündigung hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, ihm Gelegenheit zu geben, dem Arbeitgeber seine Überlegungen zu dessen Kündigungsabsicht aus Sicht der Vertretung der leitenden Angestellten zur Kenntnis zu bringen. Die Anhörung soll in geeigneten Fällen dazu beitragen, einen Kündigungsausspruch zu vermeiden. Aus Sinn und Zweck der Anhörung ergibt sich für den Arbeitgeber die Verpflichtung, die Gründe für seine Kündigungsabsicht derart mitzuteilen, dass der Sprecherausschuss einen hinreichenden Überblick über

den maßgeblichen Sachverhalt erhält. Die Kennzeichnung des Sachverhalts muss dabei so genau und umfassend sein, dass der Sprecherausschuss ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, selbst die Stichhaltigkeit des Kündigungsgrundes zu prüfen und sich ein Bild von der beabsichtigten personellen Maßnahme zu machen. Der Arbeitgeber genügt der ihm obliegenden Mitteilungspflicht nicht, wenn er den Kündigungssachverhalt nur pauschal, schlag- oder stichwortartig umschreibt, ohne die für die Bewertung maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen (BAG v. 27.09.2001 a.a.O.; vgl. zu § 102 BetrVG: zuletzt BAG 22.09.1994 - 2 AZR 31/94 – AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972). Aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 SprAuG folgt weiter die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Sprecherausschuss die notwendigen Informationen zu geben bzw. nicht vorzuenthalten. Eine bewusst und gewollt unrichtige Mitteilung der für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgeblichen Kündigungsgründe führt deshalb zu einem fehlerhaften Anhörungsverfahren (BAG v. 27.09.2001 a.a.O.; zu § 102 BetrVG: BAG v. 22.09.1994 a.a.O. und BAG v. 11.07.1991 - 2 AZR 119/91 - AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972). Dabei sind an die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers bei der Anhörung des Sprecherausschusses nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess. Es gilt vielmehr der Grundsatz der sog. "subjektiven Determination". Der Sprecherausschuss ist ordnungsgemäß angehört worden, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht tragenden Umstände dargestellt hat (BAG v. 27.09.2001 a.a.O.). Teilt der Arbeitgeber dem Sprecherausschuss objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen nicht mit, weil er die Kündigung darauf – zunächst – nicht stützen will oder weil sie für seinen Kündigungsentschluss unerheblich oder entbehrlich waren, dann ist die Anhörung selbst ordnungsgemäß. Eine in objektiver Hinsicht unvollständige Unterrichtung hat lediglich mittelbar die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge, wenn der mitgeteilte Sachverhalt zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung nicht ausreicht. Dem Arbeitgeber ist es im Kündigungsschutzprozess verwehrt, Gründe nachzuschieben, die nicht Gegenstand der Sprecherausschussanhörung waren (BAG v. 27.09.2001 a.a.O.; für die Betriebsratsanhörung BAG v. 17.02.2000, - 2 AZR 913/98 – AP Nr. 113 zu § 102 BetrVG 1972).

bb) Gemessen hieran ist die Anhörung des Sprecherausschusses vor Ausspruch der Kündigung vom 02.12.2010 nicht zu beanstanden.

Dem Sprecherausschuss sind alle aus Sicht der Beklagten wesentlichen – zum damaligen Zeitpunkt bekannten – Tatsachen mitgeteilt worden. Dies lässt sich dem Anhörungsschreiben vom 30.11.2010 nebst zugehöriger Anlage (Anlage B 17) entnehmen. Soweit der Kläger pauschal den Zugang dieses Schreibens am 30.11.2010 bestritten hat, wird dies widerlegt durch die auf dem Anhörungsbogen mit Bezug zur Begründung gemäß Anlage erfolgte Zustimmungserklärung des Sprecherausschusses vom selben Tag. Die Abgabe dieser Zustimmungserklärung bzw. Echtheit der Unterschrift ist vom Kläger nicht bestritten worden.

Zu Unrecht meint der Kläger, die Anhörung des Sprecherausschusses sei deshalb unwirksam, weil ihm vorenthalten worden sei, dass Herr N., auf den sich die Beklagte in der Anhörung ausdrücklich berufen habe, seinerseits in einen vergleichbaren Sachverhalt verwickelt gewesen sei. Für die Beklagte war dies kein maßgeblicher Umstand, da sie den Sachverhalt N. anders gewertet hat. Sie hat Herrn N. dessen Einlassung – ob zu Recht oder Unrecht sei dahingestellt – geglaubt oder zumindest für nicht widerlegbar erachtet. Insoweit war dessen Fall aus ihrer Sicht für die Darstellung der Verdachtsmomente gegen den Kläger nicht von Bedeutung. Nach dem Grundsatz der subjektiven Determination ist die Anhörung des Sprecherausschusses damit nicht zu beanstanden.

d) Die Kündigung ist nicht gemäß § 626 BGB unwirksam.

aa) Die Voraussetzungen des § 626 Abs.1 BGB liegen vor.

(1) Gemäß § 626 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Ar-

beitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die Prüfung, ob danach im konkreten Fall ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt, hat nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in zwei Schritten zu erfolgen (st. Rspr. vgl. nur BAG v. 26.03.2009 – 2 AZR 953/07 – AP Nr. 220 zu § 626 BGB; BAG v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – BAGE 118, 104; BAG v. 07.07.2005 - 2 AZR 581/04 – BAGE 115, 195; BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 – AP Nr. 179 zu § 626 BGB). Zunächst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Dabei muss auch festgestellt werden, ob der an sich zur außerordentlichen Kündigung geeignete Sachverhalt im Streitfall zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. In einer zweiten Stufe ist zu untersuchen, ob nach Abwägung der in Betracht kommenden Interessen der Parteien des Arbeitsverhältnisses die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist (BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227; BAG v. 26.03.2009 – 2 AZR 953/07 – a.a.O.; BAG v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – a.a.O.).

Zu den Sachverhalten, die regelmäßig geeignet sind, einen wichtigen Grund zum Ausspruch einer Kündigung zu rechtfertigen, gehört ein Verstoß gegen das sog. Schmiergeldverbot (vgl. BAG v. 17.03.2005 – 2 AZR 245/04 – AP Nr. 46 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; BAG v. 15.11.1995 – 2 AZR 974/94 – AP Nr. 73 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 17.08.1972 – 2 AZR 415/71 – AP Nr. 65 zu § 626 BGB; LAG Rheinland-Pfalz v. 24.09.2010 – 9 Sa 235/10 – n.v., zitiert nach juris; Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften [KR]-*Fischermeier*, 9. Auflage 2009, § 626 BGB Rn. 447f.; *Ascheid/Preis/Schmidt [APS] – Dörner/Vossen*, Kündigungsrecht, 4. Auflage 2012, § 626 BGB Rn. 259a). Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn sich ein Arbeitnehmer bei der Ausführung von vertraglichen Aufgaben Vorteile versprechen lässt oder entgegen nimmt, die dazu bestimmt oder geeignet sind, ihn in seinem geschäftlichen Verhalten zugunsten Dritter oder zum Nachteil seines Arbeitgebers zu beeinflussen. Dabei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob es zu einer den Arbeitgeber schädigenden Handlung gekommen ist. Es reicht vielmehr aus, dass der gewährte Vorteil allgemein die

Gefahr begründet, der Annehmende werde nicht mehr allein die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen. In Fällen dieser Art liegt die eigentliche Ursache dafür, dass ein solches Verhalten die außerordentliche Kündigung rechtfertigt, nicht so sehr in der Verletzung vertraglicher Pflichten, sondern in der damit zu Tage getretenen Einstellung des Arbeitnehmers, unbedenklich eigene Vorteile bei der Erfüllung von Aufgaben wahrnehmen zu wollen, obwohl er sie allein im Interesse des Arbeitgebers durchzuführen hat. Durch sein gezeigtes Verhalten zerstört er das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit (BAG v. 15.11.1995 a.a.O.).

(2) Gegen dieses Schmiergeldverbot hat der Kläger verstoßen, indem er finanzielle Vorteile dadurch entgegen genommen hat, dass bei ihm erbrachte private Bauleistungen seitens der M. GmbH bezahlt wurden.

(a) Die Kammer ist nicht gehindert, die Kündigung insoweit als Tatkündigung zu prüfen, obwohl sie von der Beklagten ursprünglich nur wegen des Verdachts der Entgegennahme von finanziellen Leistungen durch die M. GmbH ausgesprochen worden ist.

(aa) Eine Partei kann sich im Laufe eines Kündigungsschutzprozesses nachträglich darauf berufen, dass die Voraussetzungen einer Tatkündigung vorliegen, wenn die Kündigung ursprünglich nur wegen des Verdachts der Begehung einer strafbaren Handlung bzw. schweren Pflichtverletzung ausgesprochen worden ist (vgl. BAG v. 06.12.2001 – 2 AZR 496/00 – AP Nr. 36 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Selbst dann, wenn der Arbeitgeber im Prozess keine Tatkündigung nachgeschoben hat, muss das Gericht prüfen, ob die Voraussetzungen derselben vorliegen (BAG v. 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – AP Nr. 47 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, Rn. 55; BAG v. 03.07.2003 – 2 AZR 437/02 – AP Nr. 38 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Zwar stellt der Verdacht einer strafbaren Handlung oder eines vertragswidrigen Verhaltens gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (vgl. nur BAG v. 13.09.1995 – 2 AZR 587/94 – AP Nr. 25 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Gleichwohl stehen die beiden Kündigungsgrün-

de des Verdachts und des Vorwurfs einer Pflichtwidrigkeit nicht beziehungslos nebeneinander. Wird die Kündigung zunächst nur mit dem Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens begründet, steht jedoch nach der Überzeugung des Gerichts (beispielsweise aufgrund einer Beweisaufnahme) die Pflichtwidrigkeit fest, so lässt dies die Wirksamkeit der Kündigung aus materiell-rechtlichen Gründen unberührt (BAG v. 23.06.2009 a.a.O.).

(bb) Einer Überprüfung der Kündigung vom 02. Dezember 2010 auf ihre Wirksamkeit unter dem Gesichtspunkt der erwiesenen Tat steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte den Betriebsrat ursprünglich lediglich zu einer Verdachtskündigung angehört hat. Dies schließt die Anerkennung einer nachgewiesenen Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund jedenfalls dann nicht aus, wenn dem Betriebsrat alle Tatsachen mitgeteilt worden sind, die – ggf. auch im Rahmen eines zulässigen Nachschiebens – nicht nur den Verdacht, sondern den Tatvorwurf selbst begründen (BAG v. 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 – AP Nr. 47 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, Rn. 59). Dem Normzweck des § 102 BetrVG ist bei einer solchen Sachlage Genüge getan. Die Mitteilung, einem Arbeitnehmer solle wegen des Verdachts einer Handlung gekündigt werden, gibt dem Betriebsrat weit stärkeren Anlass für ein umfassendes Tätigwerden im Anhörungsverfahren als eine Anhörung wegen einer als erwiesen behaupteten Handlung (BAG v. 23.06.2009 a.a.O.; vgl. auch BAG v. 03.04.1986 – 2 AZR 324/85 – AP Nr. 18 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung).

Die Beklagte hat den Sprecherausschuss der leitenden Angestellten im Februar 2011 darüber informiert, dass sie nunmehr von einer nachgewiesenen schweren Pflichtverletzung ausgeht. Zugleich hat sie ihn zur Absicht des Nachschiebens dieses Kündigungsgrundes im Prozess angehört. Dies ist durch die Anlage B 27 belegt und vom Kläger allenfalls pauschal – und damit unzureichend – bestritten worden. Der Sprecherausschuss hat am 11.02.2011 seine Zustimmung erteilt, wie durch die Anlage B 28, deren Echtheit vom Kläger nicht bestritten wurde, dokumentiert ist. Damit war vor dem entsprechenden Einbringen der Begründung im Prozess die Anhörung des Sprecherausschusses abgeschlossen.

(b) Die Zahlungen der M. GmbH in Höhe von zunächst 17.850,- € und später 22.610,- € sollten bewirken, dass der Kläger in entsprechendem Umfang von Zahlungsverpflichtungen für den Bau an seiner Terrasse sowie der zugehörigen Beleuchtungsanlage befreit werden sollte. Den entsprechenden Rechnungen des B. D. an die M. GmbH lagen keine Leistungen für die M. GmbH zugrunde. Die Rechnungen sind vielmehr für Leistungen gestellt worden, die D. an dem privaten Bauprojekt des Klägers und seines Nachbarn S. erbracht hat. Der entsprechende Zusammenhang lässt sich hinsichtlich der Beleuchtung daraus ersehen, dass die Rechnung explizit auf das Angebot vom 27.07.2010 Bezug nimmt, welches wiederum die Lampen beinhaltet, die für das Bauprojekt des Klägers vorgesehen waren. Der Betrag von 17.850,- € ist für Bauleistungen an der Terrasse des Klägers erfolgt. Hierfür sprechen zahlreiche Indizien, die den entsprechenden Schluss zulassen. So lässt sich dies der Aussage von D., T. und N. gegenüber der Staatsanwaltschaft entnehmen. D. hat nach Vorlage der Rechnung ausdrücklich bestätigt, dass sie Bauleistungen für Arbeiten an der Terrasse des Klägers betraf (vgl. die Zitate auf S. 31/32 des Schriftsatzes der Beklagten vom 16.02.2011). Auf diesen Teil der Aussage haben sowohl die sie zitierende Beklagte als auch der Kläger (Schriftsatz vom 22.03.2011, S.14) Bezug genommen. Die Richtigkeit dieser Bekundung ist von keiner Partei angezweifelt worden. Der Rechnung lagen zudem unstrittig keine Leistungen von D. an die M. GmbH zugrunde. Außerdem ist der Betrag unmittelbar nach den erfolgten Hausdurchsuchungen wieder gutgeschrieben worden. Schließlich liegt der Betrag im Bereich dessen, was T. und D. für die Bauleistungen an der Terrasse per e-mail abgesprochen hatten.

(c) Es steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass die Übernahme der Kosten für die Beleuchtungsanlage sowie zuvor für einen Teil des Terrassenbaus durch die M. GmbH mit Wissen und Willen des Klägers erfolgte.

(aa) Nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier

Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr erachtet wird. Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist dabei ein jeder Zweifel ausschließende Gewissheit kaum erreichbar; sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen muss (vgl. BAG v. 25.02.1998 – 2 AZR 327/97 – zitiert nach juris, Rn. 18 m.w.N.; BAG v. 19.02.1997 – 5 AZR 747/93 – AP Nr.3 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72; BGH v. 14.01.1993 – IX ZR 238/91 – NJW 1993, 935). § 286 Abs.1 ZPO gebietet die Berücksichtigung des gesamten Streitstoffes. In der Rechtsprechung ist dabei anerkannt, dass der Richter unter Umständen auch bestrittene Parteibehauptungen mittels Schlussfolgerungen aus anderen unbestrittenen oder bereits festgestellten Tatsachen ohne Beweiserhebung für wahr erachten kann. Unstreitige Indizien, die einen Schluss auf eine Haupttatsache zulassen, können die Beweisaufnahme über die Haupttatsache entbehrlich machen (BGH v. 29.10.1996 – XI ZR 319/95 – ZIP 1996, 2159). Der Richter kann im Einzelfall sogar allein aufgrund von Indizien, trotz anderslautender Zeugenaussagen, zu einer bestimmten Überzeugung gelangen (BAG v. 25.02.1998 a.a.O., Rn. 19).

(bb) Im Streitfall bestehen ausreichende Indizien, die den Schluss auf eine Kenntnis des Klägers davon, dass die M. GmbH sowohl bei dem ursprünglichen Terrassenbau als auch bei der Beleuchtungsanlage Kosten übernehmen wollte, zulassen.

(aaa) Zunächst einmal geht die Kammer davon aus, dass dem Kläger die an G. T. adressierte e-mail des B. D. vom 27.07.2010 (Anlage B 22) nebst Kostenvoranschlag weitergeleitet wurde. Die entsprechende Behauptung der Beklagten hat der Kläger nicht oder jedenfalls nicht substantiiert bestritten. Zwar hat er den Zugang der konkreten e-mail nicht ausdrücklich zugestanden, aber er hat eingeräumt, eine e-mail von G. T. bezüglich der Beleuchtung erhalten zu haben. Hätte er bestreiten wollen, dass es sich um die vorgenannte e-mail handelte, so hätte er seinerseits zum Inhalt einer anderweitigen e-mail näher vortragen

müssen. Zugleich steht für die Kammer fest, dass diese e-mail entsprechend der in der Anlage B 22 dokumentierten Anweisung des T. an seine Sekretärin mit der Frage verbunden war, was der Kläger von den Lampen für O. halte. Auch hier gilt wiederum, dass der Kläger das entsprechende Vorbringen der Beklagten nicht durch Schilderung eines anderen Inhalts der e-mail substantiiert bestritten hat.

Daraus kann geschlossen werden, dass dem Kläger bekannt war, dass das Angebot nicht für sein privates Bauprojekt, sondern für ein Projekt der M. GmbH in O. getätigt wurde. Dies folgt mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad der Gewissheit aus folgenden Umständen: Der Kostenvoranschlag enthält ausdrücklich ein Angebot für das Bauvorhaben „Q. str. 66 in O., N.“. Schon bei einem flüchtigen Durchblick des Kostenvoranschlags fällt dies sofort ins Auge, denn das Bauvorhaben wird in der ersten Zeile nach der Überschrift „Angebot“ aufgeführt und ist zudem durch Fettdruck hervorgehoben. Darüber hinaus enthält die e-mail selbst den Betreff „Lampen O. N.“ und die Frage, was der Kläger von den Lampen in O. halte. Es widerspricht jeglicher Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger all dies überlesen haben könnte.

Hatte der Kläger aber Kenntnis davon, dass das Angebot nicht für sein Bauprojekt abgegeben wurde, obwohl es sich unzweifelhaft um die für seine Terrasse vorgesehene Beleuchtung handelte, so musste er daraus schließen, dass auch die Rechnung für das Bauprojekt „O., N.“ erfolgen sollte. Einen anderen möglichen Zweck kann eine auf dieses Projekt bezogene Angebotserstellung nicht gehabt haben. Auch der Kläger hat keinen möglichen Grund genannt, warum das Angebot für das Bauprojekt „N.“ hätte erfolgen sollen, wenn nicht auch die Rechnung hierüber laufen sollte. Bestätigt wird dies durch die anschließende Durchführung, nämlich die Inrechnungstellung seitens D. an die M. und die Bezahlung durch diese.

Auf die Behauptung des Klägers, die Familien I. und S. hätten den Preis von 22.000, € besprochen und beide akzeptiert, kommt es nicht an. Auch wenn man dies zugunsten des Klägers unterstellt, so bedeutet dies nicht, dass der Kläger

beabsichtigte, die Kosten selbst zu tragen. Es ist durchaus möglich, dass er die Kostenübernahme durch die M. GmbH vorerst oder sogar dauerhaft nicht gegenüber seiner Ehefrau und/oder den Eheleuten S. offenbaren wollte. Dafür spricht, dass er den Kostenvoranschlag über die Lampen nach eigenem Bekunden nicht mit Herrn S. besprochen, sondern diesem lediglich den Gesamtpreis mitgeteilt hat.

(bbb) Auch bezüglich des ursprünglichen Terrassenbaus bestehen ausreichende Indizien, die Rückschluss auf eine Kenntnis des Klägers von der Fremdfinanzierung zulassen.

(α) Die Bezahlung eines Teils des Bauprojekts „Terrasse“ würde ohne eine Kenntnis des Klägers keinen Sinn machen. Es widerspricht der Lebenserfahrung, dass ein Unternehmen dem Mitarbeiter eines Geschäftspartners Zuwendungen im Umfang von 17.850,- € macht, ohne sich hiervon einen Vorteil zu versprechen. Der Vorteil liegt in solchen Fällen in einer geschäftlichen Bevorzugung, hier etwa darin, dass sich der Kläger verstärkt bemüht, Immobilien der M. GmbH an Kunden zu vermitteln. Das setzt aber zwingend voraus, dass ihm die Zuwendungen bekannt sind.

Auszuschließen ist die Möglichkeit, dass die M. GmbH lediglich deshalb einen Teil der Baukosten für die Terrasse übernommen hat, weil T. dem Kläger vorher die Auskunft gegeben habe, eine Holzterrasse würde nicht mehr als 15.000,- € kosten, und er sich nicht die Blöße geben wollte, dass die Kosten deutlich darüber lagen. Dies steht im Widerspruch zu den Absprachen zwischen T. und D. gemäß der e-mails vom 28.06. bis 30.06.2010. Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass der Kläger und S. zusammen nicht etwa 15.000,- €, sondern lediglich 6.500,- € zahlen sollten. Der e-mail vom 29.06.2010, 13.37 Uhr, lässt sich entnehmen, dass für die Terrasse insgesamt 25.000,- € berechnet werden sollten. Die Kosten sollten wie folgt aufgeteilt werden: „13 I.; 12 M.“. Mit den Kosten für „I.“ waren beide Bauherren, also der Kläger und sein Nachbar S. gemeint. Dies geht daraus hervor, dass das Angebot, wie durch Fettdruck hervorgehoben wurde, „beide Terrassen“ umfasste. Der Vorschlag zur Kostenverteilung wurde

von T. dann dahin korrigiert, dass der Anteil der M. GmbH 18.500,- €, der Anteil „Terrasse“ – gemeint waren entsprechend der vorangegangenen e-mail wiederum der Kläger und S. – hingegen nur 6.500,- € betragen sollte. Diese Verteilung wurde anschließend noch einmal durch e-mails von D. „Ich hoffe jetzt ist es so richtig? I. 6,5!“ und T. „ja genau, 6,5 I. und Rest passt so“ bestätigt. Entsprechend den vorangegangenen e-mails waren mit „I.“ wiederum beide private Bauherren gemeint. Wenn aber die M. GmbH nicht nur den über 15.000,- €, sondern einen über 6.500,- € hinausgehenden Betrag tragen wollte, kann der Grund für die Kostenübernahme nicht gewesen sein, dass sich T. an sein Versprechen gebunden fühlte, die Terrasse würde maximal 15.000,- € kosten.

Alternative Motive für die Quersubventionierung sind nicht erkennbar. So kann ausgeschlossen werden, dass G. T. dem Kläger aus Freundschaft auf Kosten der M. GmbH die Terrasse finanzieren wollte. Zum einen hat der Kläger eine Freundschaft mit T. bestritten. Zum anderen ist es auch unter Freunden üblich, dass man den Beschenkten wissen lässt, wenn man ihm etwas schenkt. Etwas anderes mag in Fällen sozial motivierter Zuwendungen – einer Hilfe in der Not – der Fall sein, nicht aber bei sonstigen Geschenken.

Dem stehen auch die Rechnungen für die Fertigstellung der Holzterrasse über insgesamt 13.090,- € zuzüglich einer zusätzlichen Rechnung für angeblich zusätzliche Leistungen nicht entgegen. Eine der beiden Rechnungen wurde erkennbar nur zum Schein gestellt. Hierfür spricht zunächst, dass es keinen Grund gab, am 06.08.2010 lediglich einen Teilbetrag für die Herstellung der Holzterrasse in Rechnung zu stellen. Es handelte sich nämlich um eine Abschlussrechnung, da ausdrücklich aufgeführt wird „Nach Fertigstellung der Holzterrasse...“. Soweit in der Überschrift „Neugestaltung Terrasse Teil I“ aufgeführt wird, bezieht sich dies auf die zu diesem Zeitpunkt noch offene – ebenfalls zur Neugestaltung der Terrasse gehörende – Beleuchtungsanlage. Erst Recht gab es keinen Grund, den zweiten Betrag für die fertiggestellte Terrasse erst ca. sieben Wochen später in Rechnung zu stellen. Dementsprechend nimmt die zweite Rechnung mit der Überschrift „Neugestaltung Terrasse“ auch weder durch eine Bezeichnung als „Nr. II“ noch in sonstiger Weise auf die Erst-

rechnung Bezug. Die Rechnung ist vielmehr hinsichtlich der Leistungsbeschreibung („Nach Fertigstellung der Holzterrasse berechnen wir Ihnen gem. der Beauftragung vom 16.06.2010“) und des Rechnungsbetrages sowie des Rechnungsempfängers (Eheleute S.) mit der Rechnung vom 06.08.2010 identisch. Hätte es sich bei der ersten Rechnung um eine Teil- und bei der zweiten Rechnung um eine Abschlussrechnung gehandelt, so hätte dies in der Rechnung vom 29.09.2010 durch Nennung eines Gesamtbetrages sowie einer Abschlagszahlung zum Ausdruck kommen müssen. Abgerundet wird das Gesamtbild der Rechnungsstellung dadurch, dass die Rechnungsnummer identisch ist mit einer ebenfalls an die Eheleute S. adressierten Rechnung, die auf den 20.09.2010 datiert ist. Bestätigt wird das Gesamtbild dadurch, dass die Rechnung eine andere Steuernummer enthält als sämtliche anderen in diesem Verfahren vorgelegten Rechnungen der Firma des B. D.. Zusätzlich auffällig ist dabei, dass auf dem Briefbogen handschriftlich (!) die Rechnungsnummer geändert wurde, wobei die vorletzte Ziffer (1) von der in der oberen Hälfte der Rechnung angegebenen Steuernummer abweicht (dort: 9).

(β) Etwas Gegenteiliges ergibt sich nicht aus der durchgeführten Beweisaufnahme.

Zwar hat der Zeuge bestätigt, dass er im August von dem Kläger einen Betrag von über 5.000,- € in bar erhalten habe. Auch hat er bekundet, ihm sei ausdrücklich von T. untersagt worden, darüber mit dem Kläger zu sprechen. Die gesamte Aussage ist jedoch zur Überzeugung der Kammer unglaubhaft.

Die angebliche Äußerung von T. kann es zur Überzeugung der Kammer nicht gegeben haben. Erkennbar versucht der Zeuge, den Kläger zu schützen. Die entsprechende Bekundung des Zeugen D. steht im Widerspruch zu seiner Aussage vor der Generalstaatsanwaltschaft. Dort hat er diese entscheidende Äußerung des T., die den Kläger entlasten würde, nicht wiedergegeben. Stattdessen hat er dort auf die Frage, ob er wisse, welche Vertragsverhältnisse zwischen T., dem Kläger und Herrn N. bestehen, geantwortet:

„Nein, keine Ahnung. Weiß in keinsten Weise, was da vorgefallen bzw. was da verabredet war. ...“ Und im weiteren Verlauf der Vernehmung bei der Staatsanwaltschaft äußerte er:

„Wie die Rechnungslegung im Innenverhältnis ist zwischen I. und M. bzw. T., da habe ich keine Beeinflussung, keine Ahnung.“

Wenn der Zeuge aber zum damaligen Zeitpunkt – relativ zeitnah nach dem streitgegenständlichen Sachverhalt – nicht auszuschließen vermochte, dass es Abreden zwischen T. und dem Kläger gegeben hat, wie kann es dann sein, dass ihm nunmehr – immerhin mehr als 14 Monate später – einfällt, dass T. ihm untersagt habe, den Kläger über die Abreden zwischen ihm und T. zu informieren? Wäre dies zutreffend, dann würde das nur den Schluss zulassen, dass es keine Abreden zwischen dem Kläger und T. geben kann, letzterer vielmehr im Alleingang gehandelt hat.

Die angebliche Äußerung des T. lässt sich zudem mit den Abreden zwischen T. und D. nicht vereinbaren. Wie soll die Quersubventionierung vor dem Kläger verheimlicht werden, wenn lediglich ein Betrag in Höhe von 6.500,- € in Rechnung gestellt würde, obwohl er ein Angebot über 13.000,- € erhalten hatte? Erst Recht gilt dies, wenn man – wie der Zeuge laut eigener Bekundung – davon ausgegangen ist, dass der Kläger für die identische Leistung zunächst ein Angebot über ca. 25.000,- € erhalten hätte. Welchen Sinn soll es zudem machen, dem Zeugen D. zu untersagen, dem Kläger etwas von der Komplettfinanzierung der Beleuchtungsanlage durch die M. GmbH zu erzählen?

Auch die Bekundung, der Zeuge habe im August 2010 über 5.000,- € von dem Kläger erhalten, ist zur Überzeugung der Kammer unwahr. Auffällig ist schon, dass der Zeuge sich in keiner Weise an eine Stückelung des Geldes erinnern konnte. Wenn es sich wirklich um 50,- und 100,- € - Scheine gehandelt haben sollte, wie der Kläger sich nach seiner Behauptung zu erinnern meint, hätte es sich um 65 bis 130 Geldscheine handeln müssen. Zumindest die relativ kleine Stückelung wäre dem Zeugen in Erinnerung geblieben, wenn es eine Zahlung gegeben hätte. Dass die Zahlung einer derart hohen Summe ohne jegliche Quittung erfolgt sein soll, ist im Geschäftsleben – außerhalb von hier nicht in

Betracht kommenden Schwarzgeldzahlungen – unüblich. Auch hieran hätte sich der Zeuge erinnern müssen. Insbesondere aber vermochte der Zeuge nicht zu erklären, wie die behauptete Zahlung von insgesamt 13.000,- € durch den Kläger und Herrn S. mit der durch e-mails dokumentierten Absprache zwischen ihm und T. über eine Rechnungstellung von nur 6.500,- € in Einklang zu bringen sein sollte. Der Versuch, die Rechnungen damit zu erklären, der Auftrag sei fortgeschrieben worden, stimmt erkennbar nicht mit der Wirklichkeit überein. Für die angeblichen Zusatzleistungen hat es noch eine gesonderte Rechnung gegeben (Rechnung vom 28.10.2010 mit der Nr. 1010/0152B). Die Lampen wurden ursprünglich über die M. GmbH abgerechnet, später dann mit anderen Rechnungen den Eheleuten I. und S. berechnet. Die Bekundung des Zeugen, er wisse nicht mehr, ob die Rechnung vom 29.09.2010 noch den ursprünglichen Auftrag oder eine dieser Zusatzleistungen betraf, ist nicht glaubhaft. Zwar kann von einem Bauunternehmer nicht erwartet werden, dass er sich nach ca. 1 ½ Jahren noch an jede einzelne Rechnung erinnert. Aufgrund der Absprachen einer Quersubventionierung und der bereits einen Monat nach der angeblichen Rechnungstellung vom 29.09.2010 erfolgten Rückgängigmachung von Zahlungen der M. GmbH für Bauvorhaben des Klägers, handelt es sich aber um einen derart außergewöhnlichen Vorgang, dass die angeblichen Erinnerungslücken des Zeugen nicht der Wahrheit entsprechen können.

Neben den bereits dargestellten Widersprüchen und Unrichtigkeiten, lässt das gesamte Aussageverhalten den Zeugen als insgesamt unglaubwürdig erscheinen. Tatsächlich hat sich der Zeuge auf Erinnerungslücken bei Fragen berufen, die für ihn von Relevanz sind. An Nebensächlichkeiten, so etwa den genauen Inhalt der e-mail, die ihm von der Sekretärin des G. T. übersandt worden ist, damit er mit dem Kläger Kontakt aufnehmen konnte, konnte er sich demgegenüber gut erinnern. Auch behauptet er zwar, sich an die Übersendung eines Angebots an die Ehefrau des Klägers über ca. 25.000,- € noch erinnern zu können, will aber an die Übersendung des Korrekturangebots über 13.000,- € keine eigene Erinnerung mehr zu haben, sondern schließt nur aus den vorgehaltenen e-mails vom 28.06. bis 30.06.2010 darauf, dass es ein solches gegeben haben müsse. Ob er dann dem Kläger noch ein erneutes Korrekturangebot über 6.500,- €

übersandt habe, konnte er gar nicht mehr sagen. Auch ob von den Familien I. und S. einmal oder zweimal 6.500,- € zu zahlen waren, wusste er nicht mehr. Falsch ist die Bekundung, es habe vor dem 28.06./29.06. keine Preisverhandlungen mit T. gegeben. Diese Aussage wird durch die e-mail vom 28.06.2010, 16.04 Uhr, widerlegt, wonach das Angebot für den Kläger „vereinbarungsgemäß“ auf 13.000,- € umgeschrieben wurde, was vorangegangene Verhandlungen mit T. voraussetzt. Dementsprechend nimmt auch T. in seiner Antwort auf vorausgegangene Absprachen Bezug: „Wir hatten doch 19,5 vereinbart, oder?“.

(cc) Aus der Kenntnis des Klägers von der Übernahme der privaten Baukosten durch die M. GmbH folgt, dass diese auch mit seinem Willen geschah. Wäre das nicht der Fall gewesen, hätte er es gegenüber T. und D. zum Ausdruck gebracht und letzteren aufgefordert, ihm eine Rechnung über den Gesamtbetrag zu stellen. Außerdem hätte er den Auftrag für die Lampen nicht auf Basis eines für das Projekt N. O. erstellten Kostenvoranschlags erteilt.

(3) Es bedurfte keiner vorherigen Abmahnung.

(a) Allerdings ist eine Kündigung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung künftig zu beseitigen. Dieser Aspekt hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB i. V. m. § 323 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren (BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – a.a.O.; BAG v. 12.01.2006 – 2 AZR 179/05 – AP Nr. 54 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Beruht die Vertragspflichtverletzung auf einem steuerbaren 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. Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose. Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen (BAG

v. 10.06.2010 – 2 AZR 41/09 – a.a.O.; BAG v. 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 – AP Nr. 64 zu § 4 KSchG 1969). Auch bei Handlungsweisen, die den sogenannten Vertrauensbereich berühren, ist eine Abmahnung nicht stets entbehrlich, sondern notwendig, wenn ein steuerbares Verhalten in Rede steht und erwartet werden kann, dass das Vertrauen wiederhergestellt wird (BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – a.a.O.; BAG v. 04.06.1997 – 2 AZR 526/96 – EzA § 626 BGB n. F. Nr. 168). Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen davon ausgehen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen. Bei besonders schweren Verstößen, deren Rechtswidrigkeit der Arbeitnehmer ohne weiteres erkennen konnte und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist, ist eine Abmahnung nicht erforderlich (vgl. BAG v. 12.01.2006 – 2 AZR 179/05 a.a.O.; BAG v. 06.10.2005 – 2 AZR 280/04 – AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; BAG v. 15.11.2001 – 2 AZR 605/00 – AP Nr. 175 zu § 626 BGB).

(b) Das Fehlverhalten des Klägers ist derart schwerwiegend, dass eine vorherige Abmahnung entbehrlich war.

Der Kläger konnte keineswegs damit rechnen, dass die Beklagte es hinnehmen würde, wenn er von einem Geschäftspartner finanzielle Zuwendungen in erheblicher Höhe entgegen nimmt. Es liegt auf der Hand, dass durch sein Verhalten die Gefahr bestand, er könnte sich in der Zusammenarbeit mit der M./-N. – Gruppe nicht mehr allein vom Interesse der Beklagten und ihrer Kunden, sondern stattdessen (auch) vom Interesse des Geschäftspartners leiten lassen. Damit war dem Kläger bewusst, dass das Vertrauen in seine Redlichkeit unwiederbringlich verloren ist.

(4) Die vorzunehmende Interessenabwägung geht zu Lasten des Klägers.

(a) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis

zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, muss in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abgewogen werden. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen (BAG v. 07.07.2011 – 2 AZR 355/10 – NZA 2011, 1412 ff., Rn.20; BAG v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – AP Nr. 229 zu § 626 BGB, Rn. 34). Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung – etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen –, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG v. 07.07.2011 a.a.O., Rn.20; BAG v. 10.06.2010 a.a.O., Rn. 34; BAG v. 28.01.2010 – 2 AZR 1008/08 – AP Nr. 227 zu § 626 BGB, Rn. 26).

(b) Zugunsten des Klägers ist hier der störungsfreie Verlauf des Arbeitsverhältnisses für einen Zeitraum von mehr als 24 Jahren anzuführen. Weiter ist zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass es für ihn aufgrund des Makels einer fristlosen Kündigung schwer sein dürfte, in derselben Branche eine neue Anstellung zu finden. Außerdem besteht seiner Ehefrau gegenüber eine gesetzliche Unterhaltspflicht.

Dem sich hieraus ergebenden gewichtigen Interesse des Klägers an einem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses stehen Umstände entgegen, die ein noch gewichtigeres Interesse der Beklagten an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses begründen. Dabei ist zunächst die irreparable Zerstörung des Vertrauens zu berücksichtigen. Dies wirkt umso schwerwiegender, als der Kläger als Vertriebsleiter eine exponierte Stellung innehatte. Bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bestünde auch eine Wiederholungsgefahr, denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass von dem Kläger (anderweitige) Zuwendungen von Geschäftspartnern angenommen würden. Hinzu kommt, dass

die Beklagte als Bank ein besonderes Interesse daran hat, nicht durch Korruption ein negatives Image zu erhalten, da sich dies erheblich geschäftsschädigend auswirken könnte.

bb) Die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs.2 BGB wurde gewahrt.

(1) Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat und ihm deshalb die Entscheidung über die Zumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses möglich ist (BAG v. 01.02.2007 – 2 AZR 333/06 – NZA 2007, 744; BAG v. 02.03.2006 – 2 AZR 46/05 – AP Nr. 6 zu § 91 SGB IX; BAG v. 02.02.2006 – 2 AZR 57/05 – AP Nr. 204 zu § 626 BGB). Auch eine grob fahrlässige Unkenntnis ist insoweit ohne Bedeutung (BAG v. 01.02.2007 a.a.O.; BAG v. 29.07.1993 – 2 AZR 90/93 – AP Nr. 31 zu § 626 BGB Ausschlussfrist). Zu den maßgeblichen Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Ohne eine umfassende Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Kündigungssachverhalt kann sein Kündigungsrecht nicht verwirken. Der Kündigungsberechtigte, der Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Es genügt nicht allein die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Anlasses, d.h. des "Vorfalls", der einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen soll. Bei einer vom Arbeitgeber erklärten außerordentlichen Kündigung gehören auch solche Aspekte zum Kündigungssachverhalt, die für den Arbeitnehmer und gegen die Kündigung sprechen. Außerdem gehört es zu den vom Kündigungsberechtigten zu ergründenden maßgeblichen Umständen, mögliche Beweismittel für eine ermittelte Pflichtverletzung zu beschaffen und zu sichern (BAG v. 01.02.2007 a.a.O.; BAG v. 02.02.2006 a.a.O.). Dabei sollen die zeitlichen Grenzen des § 626 Abs. 2 BGB den Arbeitgeber weder zu hektischer Eile bei der Kündigung antreiben noch ihn veranlassen, ohne eine genügende Prüfung des Sachverhalts oder vorhandener Beweismittel voreilig zu kündigen (BAG v. 01.02.2007 a.a.O.; BAG v. 17.03.2005 – 2 AZR 245/05 –

AP Nr. 46 zu § 626 BGB Ausschlussfrist). Solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt, läuft die Ausschlussfrist nicht an. Dies gilt nur solange, wie der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen anstellt, die ihm eine weitere, umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts und der notwendigen Beweismittel verschaffen sollen (BAG v. 01.02.2007 a.a.O.; BAG v. 17.03.2005 a.a.O.). Sind die Ermittlungen jedoch abgeschlossen und hat der Kündigungsberechtigte hinreichende Kenntnisse vom Kündigungssachverhalt und von den erforderlichen Beweismitteln, beginnt der Lauf der Ausschlussfrist. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Ermittlungsmaßnahmen etwas zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder im Ergebnis überflüssig waren. Allerdings besteht für weitere Ermittlungen kein Anlass mehr, wenn der Sachverhalt bereits geklärt oder der Gekündigte ihn sogar zugestanden hat (BAG v. 01.02.2007 a.a.O.; BAG v. 05.02.2002 – 2 AZR 478/01 – AP Nr. 63 zu § 123 BGB).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Kündigungsberechtigte für die Einhaltung der Ausschlussfrist darlegungs- und beweispflichtig (BAG v. 01.02.2007 – 2 AZR 333/06 – NZA 2007, 744; BAG v. 17.08.1972 – 2 AZR 359/71 – AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlussfrist). Derjenige, der eine Kündigung aus wichtigem Grund ausspricht, muss darlegen und ggf. beweisen, dass er von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erst innerhalb der letzten zwei Wochen vor ihrem Ausspruch erfahren hat. Diese Darlegungspflicht ist nicht bereits erfüllt, wenn der Kündigende lediglich allgemein vorträgt, er kenne die Kündigungsgründe nicht länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung. Er muss vielmehr die Umstände schildern, aus denen sich ergibt, wann und wodurch er von den maßgebenden Tatsachen erfahren hat. Um den Zeitpunkt, in dem der Wissensstand des Kündigungsberechtigten ausreicht, bestimmen zu können, und um es dem Gekündigten zu ermöglichen, die behauptete Schilderung zu überprüfen und gegebenenfalls qualifiziert zu bestreiten, muss grundsätzlich angegeben werden, wie es zu der Aufdeckung des Kündigungsgrundes gekommen sein soll. Hat der Kündigungsberechtigte noch Ermittlungen durchgeführt, muss er hierzu weiter darlegen,

welche Tatsachenbehauptungen unklar und daher ermittlungsbedürftig waren, und welche – sei es auch nur aus damaliger Sicht – weiteren Ermittlungen er zur Klärung der Zweifel angestellt hat (BAG v. 01.02.2007 a.a.O.).

(2) Der Ausspruch der Kündigung erfolgte innerhalb der Ausschlussfrist.

(a) Die Beklagte hat erstmals am 01.11.2010 durch Herrn N. davon Kenntnis erlangt, dass bei dem Terrassenbau eine Fremdfinanzierung stattgefunden hat. Soweit der Kläger meint, aus den Umständen sei zu folgern, dass bereits früher eine erste Information erfolgt sein müsse, kann dies ausgeschlossen werden. Die Freistellung des Klägers am 21.10. erfolgte in Folge der am Vortag durchgeführten Hausdurchsuchungen. Auch der Kläger trägt nichts dazu vor, auf welche Weise die Beklagte bereits zu diesem frühen Zeitpunkt von der Quersubventionierung der Terrasse erfahren haben soll. Die vom Kläger zitierten Äußerungen des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten mögen unprofessionell gewesen sein, lassen aber wegen des Gesamtzusammenhangs mit den Hausdurchsuchungen ebenfalls keinen Rückschluss auf eine Kenntnis vom hier relevanten Kündigungssachverhalt zu. Entscheidend ist, dass es unstreitig zwei Gespräche mit Herrn N. gegeben hat. In dem ersten Gespräch am 25.10.2010 kann es noch keine Information über die Fremdfinanzierung der Terrasse des Klägers gegeben haben, da Herr N. zu diesem Zeitpunkt noch keine Kenntnis davon hatte. Den Protokollen der Gespräche zwischen N. und D., die Herr N. der Staatsanwaltschaft übergeben hat (Anlagen B 20 und B 21), lässt sich entnehmen, dass er selbst erst am 26.10.2010 von der Quersubventionierung der Terrasse des Klägers Kenntnis erlangt hat. Demnach kann er diese Information erst im zweiten Gespräch mit der Beklagten am 01.11.2010 weitergegeben haben. Die anschließenden Ermittlungen hat die Beklagte mit der gebotenen Eile durchgeführt. Insbesondere durfte sie nach pflichtgemäßem Ermessen zunächst einmal abwarten, ob sie durch das Amnestieangebot seitens des Klägers oder anderer Mitarbeiter Informationen erhalten würde.

(b) Selbst wenn aber bezüglich der ursprünglich ausgesprochenen Verdachtskündigung die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs.2 BGB nicht gewahrt wor-

den sein sollte, so hat dies nicht die Unwirksamkeit der nachgeschobenen Tat-
kündigung zur Folge.

§ 626 Abs.2 BGB findet bei dem Nachschieben erst nachträglich bekannt ge-
wordener Kündigungsgründe keine Anwendung (BAG v. 04.06.1997 – 2 AZR
362/96 – AP Nr. 5 zu § 626 BGB Nachschieben von Kündigungsgründen; LAG
Berlin-Brandenburg v. 17.02.2011 – 25 Sa 2421/10 – zitiert nach juris, Rn. 73;
KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn. 180, 190). Die Zwei – Wochen – Frist soll
dem Arbeitnehmer innerhalb kurzer Zeit Gewissheit darüber verschaffen, ob der
Arbeitgeber einen bestimmten Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentli-
che Kündigung nimmt oder nicht. Hierdurch soll vermieden werden, dass der
Arbeitgeber ein Mittel in der Hand hält, um den Arbeitnehmer während der wei-
teren Dauer des Arbeitsverhältnisses unter Druck zu setzen (BAG v.
04.06.1997 aaO; vgl. auch BAG v. 28.10.1971 – 2 AZR 32/71 – AP Nr.1 zu
§ 626 BGB Ausschlussfrist). Ist jedoch bereits eine Kündigung ausgesprochen,
kann eine solche Situation nicht mehr eintreten (BAG v. 04.06.1997 aaO; BAG
v. 18.01.1980 – 7 AZR 260/78 – AP Nr. 1 zu § 626 BGB Nachschieben von
Kündigungsgründen). Die Umstände, welche die Tat Kündigung stützen, insbe-
sondere die e-mails zwischen D. und T. vom 28.06. bis zum 30.06. sowie der
weitere e-mail-Verkehr vom 27.07.2010 mit dem auf die Lampen des Terras-
senbaus bezogenen Kostenvoranschlag, hat die Beklagte erst durch die nach
Ausspruch der Kündigung erfolgte Einsichtnahme in die staatsanwaltliche Er-
mittlungsakte erfahren.

e) Der Beklagten ist es schließlich nicht aufgrund der Amnestiezusage ver-
wehrt, dem Kläger zu kündigen. Die Voraussetzungen des Amnestieangebots
sind nicht erfüllt, da der Kläger den Sachverhalt nicht wahrheitsgemäß offenbart
hat.

2. Damit ist zugleich der gegen die fristlose Kündigung vom 14.02.2011
gerichtete Antrag zu 3) abzuweisen, da das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeit-
punkt bereits nicht mehr bestand.

3. Auch der Antrag des Klägers auf Wiedereinstellung ist unbegründet.

a) Über diesen Hilfsantrag war zu entscheiden, da der Kläger mit den auf die Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigungen vom 02.12.2010 und 14.02.2011 gerichteten Hauptanträgen unterlegen ist. Ist in der Vorinstanz dem Hauptantrag einer Partei stattgegeben worden, so fällt der Hilfsantrag in der Rechtsmittelinstanz auch ohne Anschlussrechtsmittel ohne weiteres an. Dies gilt zumindest dann, wenn zwischen dem Haupt- und dem Hilfsantrag ein enger sachlicher und rechtlicher Zusammenhang besteht, wie dies zwischen der Kündigungsschutzklage und dem Wiedereinstellungsanspruch anzunehmen ist (vgl. BAG v. 20.08.1997 – 2 AZR 620/96 – AP Nr. 27 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG v. 18.12.1980 – 2 AZR 1006/78 – AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972, m.w.N.).

b) Der Antrag ist unbegründet. Zwar kann ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung in Betracht kommen, wenn der Arbeitnehmer wegen Verdachts einer strafbaren Handlung gekündigt worden ist und sich später seine Unschuld herausstellt oder zumindest nachträglich Umstände bekannt werden, die den bestehenden Verdacht beseitigen (vgl. BAG v. 20.08.1997 – 2 AZR 620/96 – AP Nr. 27 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; so schon BAG v. 14.12.1956 – 1 AZR 29/55 – AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht). Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor. Im Gegenteil: Der ursprüngliche gegen den Kläger gerichtete Verdacht hat sich bestätigt.

4. Da das Arbeitsverhältnis mit Zugang der Kündigung am 02.12.2010 wirksam beendet worden ist, stehen dem Kläger auch keine Gehaltsansprüche mehr für die Zeit vom 03.12.2010 bis zum 28.02.2011 zu.

5. Der Widerantrag der Beklagten gemäß §§ 62 Abs.2 S.1 ArbGG i.V.m. 717 Abs.2 ZPO ist vollumfänglich begründet.

a) Die Beklagte hat Anspruch auf Zahlung eines Schadenersatzes in Höhe von 32.066,03 €.

Die Leistung in entsprechender Höhe ist zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt. Dieses Vorbringen der Beklagten ist zugrunde zu legen, da der Kläger der Behauptung nicht entgegen getreten ist. Zu dem zu ersetzenden Schaden gehören neben der Erstattung der an den Kläger geleisteten Nettozahlungen sowie der vermögenswirksamen Leistungen auch die abgeführte Lohnsteuer nebst Solidaritätszuschlag (vgl. hierzu BAG v. 18.12.2008 – 8 AZR 105/08 – AP Nr. 9 zu § 717 ZPO; BAG v. 25.09.2003 – 8 AZR 427/02 – AP Nr. 8 zu § 717 ZPO). Auch die abgeführten Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sind zu erstatten (vgl. BAG v. 25.09.2003 – 8 AZR 427/02 – AP Nr. 8 zu § 717 ZPO, zu II. 1. c) aa) (1) der Entscheidungsgründe).

b) Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs.1 BGB i.V.m. §§ 62 Abs.2 S.1 ArbGG, 717 Abs.2 S.2 HS 2 ZPO.

III. Die Berufung des Klägers ist begründet, soweit er Zahlung der als „Tantieme“ bezeichneten Sonderzahlung für das Jahr 2010 in Höhe von 136.012,80 € nebst Zinsen ab dem 15.04.2011 einklagt. Im Übrigen ist seine Berufung unbegründet, da aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 02.12.2010 nur ein zeitanteiliger Tantiemeanspruch besteht.

1. Der Anspruch des Klägers auf Zahlung der Sonderzahlung ergibt sich aus § 611 BGB i.V.m. § 3 des Arbeitsvertrages sowie der Tantiemeordnung der Beklagten in der Fassung vom 01.01.2006.

a) Der Anspruch ist nicht aufgrund der Regelung in § 8 S. 3 der Tantiemeordnung ausgeschlossen, weil der Kläger im laufenden Jahr 2010 aufgrund eines von ihm zu vertretenden Grundes ausgeschieden ist. Die entsprechende Klausel ist gemäß § 307 Abs.1 S.1 BGB unwirksam, da sie die Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt.

aa) Bei der Tantiemeordnung handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 Abs.1 S.1 BGB. Sie ist von der Beklagten für eine Vielzahl von Verträgen formuliert worden, was bereits daraus hervorgeht, dass sie gemäß ihrer Präambel für unterschiedliche Mitarbeitergruppen gelten soll. Sie ist dem Kläger bei Abschluss des letzten Arbeitsvertrages gestellt worden.

bb) Die Klausel benachteiligt die Arbeitnehmer entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen.

(1) Nach § 307 Abs.2 Nr.1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs.3 S.1 BGB sind nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, d.h. auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach den §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – AP Nr. 32 zu § 307 BGB, Rn. 24; BAG v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – AP Nr. 6 zu § 308 BGB). Von maßgeblicher Bedeutung ist, ob die gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt. Die Frage, ob eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders vorliegt, ist auf der Grundlage einer Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten zu beantworten. Hierbei ist das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel mit dem Interesse des Vertragspartners an der Ersetzung der Klausel durch das Gesetz abzuwägen. Bei dieser wechselseitigen Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner, bei dem auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten sind, ist ein genereller typisierender Maßstab anzulegen (BAG v. 24.10.2007 a.a.O., Rn. 23).

(2) Danach hält § 8 S.3 der Tantiemeordnung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand.

Die Regelung verstößt gegen den in § 611 BGB niedergelegten Grundsatz, dass der Arbeitgeber als Dienstgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Der Arbeitnehmer soll über die vom Arbeitgeber versprochene Gegenleistung disponieren und seine Lebensgestaltung daran ausrichten können, wenn er seinerseits die geschuldete Leistung vollständig erbracht hat. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die eigentliche Grundvergütung, sondern auch für besondere Entgeltbestandteile, die gleichermaßen in das Synallagma eingebundene Leistungen darstellen (BAG v. 12.04.2011 – 1 AZR 412/09 – NZA 2011, 989 ff., Rn.28; BAG v. 25.04.2007 – 5 AZR 627/06 – AP Nr. 7 zu § 308 BGB). Unerheblich ist, ob der Vergütungsanspruch monatlich entsteht, an längere Abrechnungszeiträume gebunden ist oder die Arbeitsleistung von einem bestimmten Leistungserfolg abhängig ist (BAG v. 12.04.2011 a.a.O., Rn. 28). Ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand, der vorsieht, dass der Arbeitnehmer die durch seine Arbeit verdiente Gegenleistung nur behalten darf, wenn er über den Zeitraum hinaus, in dem das Arbeitsentgelt verdient worden ist, dem Unternehmen angehört, existiert nicht (BAG v. 12.04.2011 a.a.O., Rn. 28).

Auch wenn eine variable Sondervergütung nur jährlich gezahlt wird, folgt daraus nicht, dass der Anspruch erst mit Ablauf des (Geschäfts-) Jahres entsteht. Eine solche variable Sondervergütung kann vielmehr zeitanteilig verdient werden; sie wird dann lediglich aufgespart und erst zum jährlichen Fälligkeitstag ausgezahlt (vgl. BAG v. 12.04.2011 a.a.O., Rn. 26; BAG v. 21.04.2010 – 10 AZR 178/09 – AP Nr. 45 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 14; vgl. auch BAG v. 12.01.1973 – 3 AZR 211/72 – AP Nr. 4 zu § 87a HGB). Die Sonderzahlungen nach der Tantiemeordnung der Beklagten entstehen nicht erst mit Abschluss des Geschäftsjahres, sondern zeitanteilig. Dies lässt sich § 8 S.1 und 2 der Tantiemeordnung entnehmen, in denen grundsätzlich eine zeitanteilige Kürzung des Anspruchs vorgesehen ist, wenn das Arbeitsverhältnis nicht das ganze Geschäftsjahr bestanden hat bzw. der Arbeitnehmer nicht das ganze Jahr Entgeltleistungen be-

ansprechen konnte. Von diesem Verständnis eines zeitanteiligen Erwerbs von Ansprüchen ist auch die Beklagte ausgegangen, wie daraus gefolgert werden kann, dass im Arbeitsvertrag des Klägers bezüglich der Höhe der Tantiemebeiträge der Zusatz „p.r.t.“, also pro rata temporis aufgenommen worden ist.

Dann ist es aber unbillig, den bereits verdienten Anspruch nachträglich wieder zu entziehen, weil das Arbeitsverhältnis vorzeitig aus einem vom Mitarbeiter zu vertretenden Grunde endet. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob es gegebenenfalls zulässig wäre, den Anspruch bei einem grob vertragswidrigen Verhalten entfallen zu lassen. Die Klausel beschränkt sich nicht auf derartige Fälle, sondern umfasst beispielsweise auch Eigenkündigungen, die im Laufe eines Geschäftsjahres wirken. Zumindest in diesen Fällen ist die Klausel unverhältnismäßig. Die Vorenthaltung einer bereits verdienten Arbeitsvergütung ist stets ein unangemessenes Mittel, die selbst bestimmte Arbeitsplatzaufgabe zu verzögern oder zu verhindern (BAG v. 12.04.2011 – 1 AZR 412/09 – NZA 2011, 989 ff., Rn. 33).

Dieses Ergebnis steht nicht etwa im Widerspruch zu der von der Beklagten zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 06.05.2009 – 10 AZR 443/08 – (AP Nr. 43 zu § 307 BGB). In der Interessenabwägung, die das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung durchgeführt hat, hat es entscheidend darauf abgestellt, der Wille der Arbeitsvertragsparteien, für einen Anspruch auf den Bonus Jahresziele und nicht Tages-, Wochen- oder Monatsziele gemeinsam festzulegen, sei zu achten (BAG v. 06.05.2009 – 10 AZR 443/08 – AP Nr. 43 zu § 307 BGB). Einen solchen Willen gibt es hier nicht. Vielmehr soll gemäß der Tantiemeordnung die Auszahlung pro rata temporis die Regel sein.

Es ist schließlich nicht möglich, die Fälle einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers aus dem Anwendungsbereich von § 8 S.3 der Tantiemeordnung auszunehmen. Abgesehen davon, dass die Kammer angesichts der enormen Höhe der nach der Tantiemeordnung erwerbbaaren Ansprüche Zweifel hat, ob ein vollständiger Ausschluss von bereits erworbenen Ansprüchen selbst im Falle grober Vertragswidrigkeit – wie vorliegend – verhältnismäßig wäre, ist die teleolo-

gische Reduktion einer Klausel im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohnehin nicht möglich. Der Rechtsfolge der Unwirksamkeit sind auch solche Klauseln unterworfen, die in ihrem Übermaßanteil in zu beanstandender Weise ein Risiko regeln, das sich im Entscheidungsfalle nicht realisiert hat (BAG v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – AP Nr.32 zu § 307 BGB; BAG v. 11.04.2006 – 9 AZR 610/05 – AP Nr. 16 zu § 307 BGB).

b) Der dem Kläger zustehende anteilige Anspruch errechnet sich wie folgt:

aa) Zunächst einmal ist davon auszugehen, dass im Streitfall die einzelnen Zielvorgaben sich nach dem Jahresergebnis richten, nicht etwa anteilig auf den Zeitpunkt des Ausscheidens zu reduzieren sind. Zwar ist das Bundesarbeitsgericht in einem Fall, in dem keine Regelung getroffen worden ist, im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu dem Ergebnis gekommen, es sei von einer anteiligen Reduzierung des als Jahresziel vorgegebenen Jahresumsatzes auszugehen. Im Streitfall ergibt die Auslegung der Tantiemeordnung jedoch etwas anderes. Gemäß § 8 S.1 werden nicht die Jahresziele, sondern die „Tantiemezahlungen“ anteilig gekürzt. Bestätigt wird dies dadurch, dass auch für die zeitanteiligen Tantiemen die Fälligkeit mit dem März-Entgelt – also nicht etwa zum Zeitpunkt des vorzeitigen Ausscheidens – gilt. Auch die Parteien haben die Regelung in dieser Weise verstanden, wie den jeweiligen Berechnungen zu entnehmen ist.

bb) Die in der Tantiemeordnung festgelegten Ziele wurden wie folgt erfüllt:

Das für die feste Tantieme vorgegebene Ziel einer Überschreitung des Teilbetriebsergebnisses vor Risikovorsorge von 200 Millionen wurde mit einem Teilbetriebsergebnis von 341 Millionen erreicht. Der Gesamtzielerreichungsgrad der Unternehmensziele lag unstrittig bei mehr als 102%, womit der höchste Bonus laut der Tabelle zu § 5 der Tantiemeordnung erreicht wurde. Des Weiteren wurden nach dem – von der Beklagten nicht bestrittenen – Vorbringen des Klägers die für die Vertriebsleiter relevanten Vorgaben hinsichtlich des Geschäftsbe-

reichs VPK sowie des Gesamtunternehmens im Geschäftsjahr 2010 mit einem ZEG Gesamt von mindestens 121% erreicht.

cc) Für das gesamte Jahr 2010 stünde dem Kläger danach folgender Anspruch zu:

Feste Tantieme:	25.000,00 €
Variable Tantieme: 55.000,- x 1,75% =	96.250,00 €
Unternehmensbonus:	<u>26.500,00 €</u>
Gesamt:	147.750,00 €

Soweit die Beklagte demgegenüber meint, die variable Tantieme betrage 82.500,- €, kann dem nicht gefolgt werden. Die Vereinbarung mit dem Sprecherausschuss, auf das erzielte Jahresergebnis maximal den Faktor 1,5 anzuwenden, entfaltet gegenüber dem Kläger keine Wirkung. Nach dem sog. Günstigkeitsprinzip gehen arbeitsvertragliche Regelungen Betriebsvereinbarungen vor, wenn die individuelle Vereinbarung für den Arbeitnehmer günstiger ist (BAG GS v. 16.09.1986 – GS 1/82 – AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; BAG v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG 1972). Dies gilt auch gegenüber betriebseinheitlichen Regelungen, die aufgrund einer Einbeziehungsabrede zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Anwendung finden (vgl. BAG GS v. 16.09.1986 a.a.O.; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 13. Auflage 2012, § 77 BetrVG Rn. 237). Nichts anderes gilt für das Verhältnis von individualrechtlichen Vereinbarungen und Sprecherausschuss-Vereinbarungen.

Abweichendes ergibt sich auch nicht aus § 9 Ziffer 1 der Tantiemeordnung. Danach behält sich die Beklagte zwar ausdrücklich Änderungen vor. Diese dürfen jedoch nur mit Wirkung für das *nächste* Geschäftsjahr vorgenommen werden. Demgegenüber wurde die Absprache mit dem Sprecherausschuss im Laufe des Jahres 2010 getroffen.

dd) Der anteilige Anspruch des Klägers errechnet sich wie folgt:

147.750,- € : 365 = 404,80 €

404,80 € x 336 = 136.012,80 €

2. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 Abs.1 BGB.

3. Über den zum Hauptantrag zu 11) gestellten Hilfsantrag war nicht zu entscheiden. Dieser wurde nur für den Fall des vollständigen Unterliegens mit dem Hauptantrag gestellt, nicht für die hier eingetretene Konstellation der teilweisen Abweisung des Hauptantrags infolge der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dies lässt sich der Begründung des Hilfsantrags entnehmen, dessen Zweck es sein sollte, dann einzugreifen, sofern das Gericht – wie erstinstanzlich geschehen – die Darlegung oder den Beweis der für den Tantiemeanspruch erforderlichen wirtschaftlichen Kennzahlen nicht als erbracht ansehen sollte.

B.

I. Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 92 Abs. 1 S.1 ZPO.

II. Die Kammer hat die Revision für die Beklagte zugelassen, weil die Rechtsfrage, inwieweit eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorsehen kann, dass eine erfolgsabhängige Jahresvergütung bei einem Ausscheiden des Arbeitnehmers vor Ablauf des Geschäftsjahres entfällt, grundsätzliche Bedeutung hat. Soweit der Kläger unterlegen ist, bestehen keine Gründe für eine Zulassung der Revision. Das Urteil weicht weder von der Entscheidung eines der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG genannten Gerichte ab noch hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung. Es handelt sich vielmehr um eine Einzelfallentscheidung unter Anwendung der in gefestigter Rechtsprechung entwi-

ckelten Grundsätze. Auch liegt kein anderer Grund für eine Revisionszulassung vor.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

REVISION

eingelegt werden.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Barth

Mülleneisen

Thielen