



gez.: Dr. Ulrich  
Vorsitzender Richter am  
Landesarbeitsgericht  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

**LANDEsarbeitsgericht DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

des Herrn K. N., E. deich 77, L.,

**- Kläger und Berufungskläger -**

**Prozessbevollmächtigter:** Rechtsanwalt Rolf Oetter,  
Vom-Rath-Str. 10, 47051 Duisburg,

**g e g e n**

1. die S. International GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer E.-N. N., C. Str. 11, E.,

**- Beklagte und Berufungsbeklagte und  
Berufungsklägerin -**

2. die S. S. GmbH & Co. KG, vertreten durch die S. S. Verwaltungs GmbH,  
vertreten durch die Geschäftsführer U. C. und N. X., C. str. 11, E.,

**- Beklagte und Berufungsbeklagte -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte BBA Dr. Bergmann & Partner,  
Schorlemerstr. 11, 48143 Münster,

hat die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 23.07.2012  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Ulrich als  
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Bausch und den  
ehrenamtlichen Richter Reinartz

**für R e c h t erkannt:**

1. **Die Berufungen des Klägers und der Beklagten zu 1) gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 5.3.2012, Az.: 3 Ca 1986/11 werden kostenpflichtig zurückgewiesen.**
2. **Die Revision wird – nicht - zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren über die Entfernung zweier Abmahnungen aus der Personalakte, die Wirksamkeit einer Kündigung vom 26.9.2011, den Widerruf der Bestellung des Klägers als Datenschutzbeauftragter und Weiterbeschäftigungsansprüche.

Die Beklagte zu 1), die ständig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, erbringt Logistik Dienstleistungen für die Stahlindustrie und deren Zulieferer. Die Beklagte zu 2) ist eine Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1).

Der 55jährige, verheiratete Kläger ist bei der Beklagten zu 1) seit dem 1.4.1989 als kaufmännischer Angestellter im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung beschäftigt. Dabei ist der Kläger unterschiedlich eingesetzt worden. So war er in der allgemeinen Verwaltung unter anderem im Bereich IT tätig, darüber hinaus jedenfalls auch im Qualitätsmanagement. Der Kläger weist einen Grad der Behinderung von 50 auf. Sein monatliches Bruttogehalt betrug zuletzt 7.200,00 €.

Die Einzelheiten der Beschäftigung regelte zunächst der schriftliche Arbeitsvertrag vom 7.2.1989, Bl. 84 – 86 GA. Zum 1.1.1997 wurde der Kläger zum Bereichsleiter „Administration“ ernannt, Bl. 88 GA. Am 30.9.1997 schlossen die Parteien einen Änderungsvertrag zum Anstellungsvertrag vom 7.2.1989, Bl. 89 – 93 GA. Sie vereinbarten, dass der Kläger seine Tätigkeit als Bereichsleiter Administration mit Sitz in E. fortsetzt. Weiter wurde im Arbeitsvertrag folgendes vereinbart:

"Sollte es sich als notwendig erweisen, behalten wir uns vor, Sie in unserer Gesellschaft oder - nach vorheriger Abstimmung mit Ihnen - innerhalb unseres Unternehmenskreises auch mit anderen Ihren Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen entsprechenden Aufgaben zu betrauen. Im gegenseitigen Einvernehmen können Versetzungen auch ins Ausland erfolgen."

Die Parteien haben eine ordentliche Kündigungsfrist von zwölf Monaten zum Quartalsende vereinbart.

Die Beklagte zu 1) bestellte den Kläger am 08.12.2004 zum Datenschutzbeauftragten, die Beklagte zu 2) am 17.06.2008.

Die Beklagte zu 1) teilte dem Kläger im Jahr 2010 mit, der Bereich Betriebswirtschaft werde aus seinem bisherigen Verantwortungsbereich herausgelöst und er solle seine Tätigkeit als Bereichsleiter der allgemeinen

Verwaltung fortführen. Insoweit schlossen die Parteien am 17.4./28.7.2010 eine neue Vereinbarung, Bl. 46 GA.

Im gleichen Jahr erstellte die Beklagte zu 1) ein Konzept zur Implementierung eines sog. Shared Service Center. Gegenstand war die Zusammenführung der allgemeinen Verwaltungsbereiche der Beklagten sowie der Firma I. & T. International GmbH in einer gemeinsamen Servicegesellschaft. Nach diesem Konzept sollten der Kläger sowie ein weiterer Mitarbeiter nicht auf die neue Gesellschaft übergehen.

Zum 1.8.2011 führte die Beklagte ihre Abteilungen Buchhaltung, Personalwesen, Aus- und Weiterbildung, Datenverarbeitung (IT), Allgemeine Verwaltung, Versicherung und Qualitätsmanagement dann in das gemeinsame Shared Service Center mit der Firma I. & T. International GmbH zusammen. Die Beklagte hält 50 % der Gesellschaftsanteile an der I. Business Service GmbH (im folgenden: I.), die anderen 50 % die I. & T. International GmbH.

Im Hinblick auf den mit der Umstrukturierung einhergehenden Teilbetriebsübergang schloss die Beklagte mit ihrem Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan, Bl. 47 – 53 GA. In der entsprechenden Anlage wird der Kläger nicht als auf das Shared Service Center übergehender Mitarbeiter genannt, Bl. 134 GA.

Mit Schreiben vom 28.7.2011, Bl. 54 – 56 GA, teilte die Beklagte zu 1) dem Kläger mit, dass sein Arbeitsverhältnis auf die I. übergehe. Der Kläger widersprach dem Betriebsübergang am 25.8.2011, Bl. 56 GA.

Mit Schreiben vom 15.9.2011, Bl. 10 GA, widerrief die Beklagte zu 1) die Bestellung des Klägers zum Datenschutzbeauftragten, die Beklagte zu 2) mit Schreiben vom 16.9.2011, Bl. 12 GA.

Mit Schreiben vom 6.9.2011 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur außerordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung an, Bl. 57 – 59 GA. Der Betriebsrat teilte mit Schreiben vom 7.9.2011 mit, dass der Kläger leitender Angestellter sei und gab zur Kündigung keine Stellungnahme ab, Bl. 60 GA. Auf Antrag der Beklagten zu 1) erteilte das Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 23.9.2011, Bl. 116 GA.

Mit Schreiben vom 26.9.2011 kündigte die Beklagte zu 1) das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis sodann außerordentlich betriebsbedingt mit sozialer Auslauffrist zum 30.9.2012, Bl. 4 GA.

Mit seiner bei Gericht am 28.9.2011 eingegangenen, den Beklagten am 5.10.2011 zugestellten Klage hat der Kläger zunächst die Unwirksamkeit der Kündigung sowie die Unwirksamkeit der jeweiligen Abberufung als Datenschutzbeauftragter geltend gemacht.

Die Beklagte zu 1) erteilte dem Kläger am 28.9.2011 die Weisung, die Geschäftsleitung bis zum 7.10.2011 über etwaige Unrichtigkeiten, Fehler und Verstöße im Bereich EDV zu unterrichten. In diesem Zeitraum hatte der Kläger keine Zugriffsmöglichkeiten auf die EDV. Nachdem der Kläger am 10.10.2011 mitteilte, er könne keine Auskünfte erteilen, setzte die Beklagte zu 1) eine weitere Frist. Mit E-Mail vom 4.1.2011 wies die Beklagte den Kläger darauf hin, zur Bearbeitung des Arbeitsauftrags sei ein Zugriff auf die operativen Systeme nicht erforderlich. Die Fehler sollten ihrer Art nach lediglich umrissen werden. Am 16.11.2011 forderte die Beklagte den Kläger „letztmalig“ auf, die Weisung bis zum 17.11.2011, 17.00 Uhr, zu erfüllen. Nachdem der Kläger wiederum keine Auskunft erteilte, mahnte die Beklagte zu 1) ihn ab, Bl. 141/142 GA. Dagegen wendete sich der Kläger mit seiner am 30.11.2011 eingegangenen und den Beklagten am 5.12.2011 zugestellten Klageerweiterung.

Mit Schreiben vom 2.12.2011 erteilte die Beklagte zu 1) wegen des gleichen Sachverhaltes eine "letztmalige Abmahnung", Bl. 147 GA. Mit seiner am 6.12.2011 eingegangenen und den Beklagten am 12.12.2011 zugestellten Klageerweiterung wendete sich der Kläger auch gegen diese Abmahnung. Mit Schriftsatz vom 2.2.2012 erweiterte der Kläger die Klage um einen Weiterbeschäftigungsantrag.

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, die Kündigung sei schon aus formalen Gründen unwirksam, weil das Verfahren beim Integrationsamt nicht wirksam eingeleitet worden sei. Zudem sei die Kündigung auch materiell unwirksam. Sein Übergang auf das Shared Service Center entspreche nicht den bisherigen Planungen. Er habe als gestellter Mitarbeiter der Beklagten zu 1) im Wege der Personalüberlassung bei der I. arbeiten sollen. Dem entsprechend habe er am 25.7.2011 seine Arbeiten bei der I. aufgenommen. Kurz darauf habe er dann mit Schreiben vom 28.7.2011 die Mitteilung über den Betriebsübergang erhalten, dem er widersprochen habe, um seine formale Stellung zu erhalten. Erst am 13.1.2012 sei ihm mitgeteilt worden, dass er in die Räumlichkeiten der Beklagten zu 1) zurückkehren solle. Statt seiner sei nun Herr H., ein Mitarbeiter der I. & T. International GmbH, zum IT-Leiter bestellt worden. Er könne auch ohne weiteres bei der Beklagten zu 1) im Bereich Organisation weiterbeschäftigt werden. Entsprechende Aufgaben erledige zurzeit der Mitarbeiter T.. Zudem könne er im Controlling und im Bereich „Prozessentwicklung“ weiterarbeiten. Auch die Beklagte zu 2) sei weiterhin zu betreuen. Auch könne er noch die Leitung des Lagers bei der Beklagten zu 2)

übernehmen. Er bestreitet, dass es bei der Beklagten zu 2) keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit gebe sowie die ordnungsgemäße Durchführung der Sozialauswahl und die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates. Ein Grund zum Widerruf der Bestellung als Datenschutzbeauftragter bestünde gleichfalls nicht. Die Abmahnungen seien aus der Personalakte zu entfernen. Sie seien schon aus formalen Gründen zu beanstanden. Die Abmahnung vom 28.11.2011 enthalte keine konkrete Rüge des Fehlverhaltens. Sie sei auch materiell unwirksam, weil er die geforderte Stellungnahme ohne Zugriff auf die EDV nicht habe abgeben können. Er könne entsprechende Fehler und Probleme nicht allein aus dem Gedächtnis reproduzieren. Da es in den letzten 22 Jahren auch keine schriftlichen Problemlberichte gegeben habe, habe er auch nicht auf einen entsprechenden Bericht zurückgreifen können. Aus dem gleichen Grunde sei auch die Abmahnung vom 2.11.2012 unwirksam.

Der Kläger beantragte erstinstanzlich zuletzt,

1. **festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung vom 26.9.2011 aufgelöst wird;**
2. **festzustellen, dass der Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten durch die Beklagte zu 1) vom 15.9.2011 unwirksam ist;**
3. **festzustellen, dass der Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten durch die Beklagte zu 2) vom 22.9.2011 ebenfalls unwirksam sei;**
4. **die Beklagte zu verurteilen, die ihm unter dem 28.11.2011 erteilte Abmahnung ersatzlos aus der Personalakte zu entfernen;**
5. **die Beklagte zu verurteilen, die ihm unter dem 2.12.2011 erteilte Abmahnung ersatzlos aus der Personalakte zu entfernen;**
6. **für den Fall des Obsiegens die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagten zu 1) und 2) beantragten erstinstanzlich,

**die Klage abzuweisen.**

Die Beklagte zu 1) hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wirksam. Zunächst habe es nie eine Zusage gegeben, den Kläger im Wege der Personalüberlassung an die I. auszuleihen. Er sei im Organigramm der I. vielmehr von vornherein als deren Mitarbeiter vorgesehen gewesen. Dies sei auch erforderlich, um bei der I. eine "Zweiklassengesellschaft" zu vermeiden, was dem Kläger am 30.6.2011 in einem Gespräch mit dem Geschäftsführer Herrn N. auch erklärt worden sei. Dem stehe auch nicht der Interessenausgleich entgegen, weil der Kläger als leitender Angestellter darin nicht erwähnt worden sei. Infolge des Betriebsübergangs sei der Arbeitsplatz des Klägers bei ihr entfallen. Sie verfüge seither weder über eine ICT-Abteilung noch eine Abteilung Allgemeine Verwaltung/Qualitätsmanagement. Aufgaben im Controlling habe der Kläger nie verrichtet. Sie verfüge auch nicht über freie Arbeitsplätze. Ein solcher stünde auch nicht bei der I. zur Verfügung. Denn sie, die Beklagte zu 1), habe keinen faktischen Einfluss auf die I., eine Beschäftigung des Klägers dort durchzusetzen. Der Arbeitsplatz sei nun auch nicht mehr frei. Nachdem der Kläger nicht erschienen sei, sei seine Position mit einem der beiden Geschäftsführer nachbesetzt worden. Eine Sozialauswahl sei nicht vorzunehmen gewesen, da er einziger IT-Leiter gewesen sei. Der Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten sei wirksam, weil es bei ihr keine IT-Abteilung mehr gäbe und der Kläger als IT-Leiter ohnehin nicht zum Datenschutzbeauftragten hätte bestellt werden dürfen. Dass der Kläger den offenbaren Interessenkonflikt selbst nicht erkannt habe, zeige gleichfalls seine Ungeeignetheit. Die Abmahnungen seien gerechtfertigt. Zu seinen typischen Aufgaben als Bereichsleiter habe es gehört, die Geschäftsleitung über etwaige Unrichtigkeiten, Fehler und Verstöße hinsichtlich der Geschehensabläufe in den Bereichen "Verwaltung und IT" zu unterrichten. Ihm sei auch die Art der geforderten Informationen bekannt, da er den Rechenschaftsbericht alljährlich zu erstatten gehabt habe.

Das Arbeitsgericht Krefeld hat der Klage teilweise stattgegeben. Es hat festgestellt, dass die Kündigung vom 26.9.2011 das Arbeitsverhältnis nicht beendet habe. Wegen der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten sei die Kündigung gem. § 4 f Abs. 3 BDSG innerhalb eines Jahres nach der Beendigung dieser Position nur fristlos möglich. Insoweit berufe sich die Beklagte auf betriebsbedingte Gründe, die nur ausnahmsweise als fristloser Kündigungsgrund in Betracht kommen könnten. Ein entsprechender Ausnahmefall läge nicht vor. Jedenfalls könne sich der Kläger darauf berufen, dass er Aufgaben bei der I. wahrnehmen könne. Diese sei zwar eine von der Beklagten zu 1) zu unterscheidende Gesellschaft, der Kläger könne sich jedoch ausnahmsweise auf einen konzerndimensionalen Kündigungsschutz berufen. Dies ergebe sich aus der Struktur der I. als „Shared Service Center“. Bei einer derartigen für mehrere Gesellschaften zuständigen Servicegesellschaft reiche für den relevanten Einfluss ein Gesellschaftsanteil von 50% aus. Es sei nicht

schlüssig wenn die Beklagte zu 1) behaupte, sie könne die Beschäftigung des Klägers bei der I. nicht durchsetzen. Denn eine Servicegesellschaft unterliege stets dem faktischen Einfluss der beteiligten Gesellschaften. Jedenfalls hinsichtlich der fristlosen Kündigung sei entscheidend, dass die Beklagte zu 1) nicht zumindest versucht habe, den Kläger auf seine vorgesehene Stelle im Shared Service Center zu versetzen. Dem stehe der Widerspruch des Klägers gegen den Betriebsübergang nicht entgegen, weil er damit nur ein ihm eingeräumtes Recht geltend gemacht habe. Die Abmahnungen vom 28.11.2011 und 2.12.2011 seien aus der Personalakte zu entfernen. Denn der Kläger habe nicht gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßen. Die Weisung der Beklagten, ohne IT-Zugriff einen die IT betreffenden Bericht zu verfassen sei unwirksam, weil die Beklagte zu 1) damit die Grenzen des ihr zustehenden Direktionsrechtes überschritten habe. Demgegenüber sei die Abberufung des Klägers als Datenschutzbeauftragter durch die Beklagten zu 1) und 2) wirksam. Der Kläger als Leiter der Abteilung IT könne nicht wirksam zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden, weil zwischen beiden Positionen ein unlösbarer Interessenkonflikt bestehe. Mit der weisungsgebundenen Aufgabe des IT-Leiters sei die freie Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten nicht zu vereinbaren. Der Kläger könne von der Beklagten zu 1) und 2) auch nicht die Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen verlangen. Denn die Erfüllung der Weiterbeschäftigungspflicht sei der Beklagten zu 1) unzumutbar. Es müsse zuerst ein entsprechender Gesellschafterbeschluss bei der I. herbeigeführt werden, der während des Kündigungsschutzprozesses nicht tunlich sei. Insoweit überwiege das Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung.

Gegen das ihm am 15.3.2012 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 30.3.2012 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese am 11.5.2012 begründet. Gegen das ihr am 16.3.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte zu 1) mit einem am 12.4.2012 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese gleichzeitig begründet.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil, soweit der Klage stattgegeben worden ist und verfolgt im Übrigen seine Ansprüche weiter. Zutreffend habe das Arbeitsgericht die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung festgestellt, weil eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bestünde. Da er zunächst auch bei der I. tätig geworden sei, existiere dort eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Dass die übrigen an der I. beteiligten Unternehmen zu seiner Beschäftigung bereit gewesen seien, ergebe sich zum einen aus der tatsächlichen Beschäftigung, zum anderen aus dem vorgelegten Konzept, in das er integriert gewesen sei. Der Arbeitgeber handele auch treuwidrig, wenn ein Mitarbeiter, der dem Betriebsübergang widerspreche, nicht weiterbeschäftigt werde, obwohl dies möglich sei. Auch eine Weiterbeschäftigung bei der Beklagten zu 1) selbst sei

möglich. Insoweit sei eine Sozialauswahl durchzuführen, denn er könne die Arbeitsplätze der Mitarbeiter T. und T. besetzen. Die Abmahnungen seien aus der Personalakte zu entfernen, weil keine Pflichten verletzt worden seien. Unzutreffend habe das Arbeitsgericht aber den Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten für wirksam gehalten. In den vom Arbeitsgericht herangezogenen Entscheidungen gehe es nicht um die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten, sondern um den Widerspruch eines Betriebsrates gegen die Versetzung bzw. Berufung zum Datenschutzbeauftragten. Hier habe er, der Kläger, seine Zuverlässigkeit durch langjährige Tätigkeit unter Beweis gestellt. Auch bei der Beklagten zu 2) sei er zum Datenschutzbeauftragten bestellt worden. Gerade bei der Beklagten zu 2) sei nicht ersichtlich, weshalb ein Grund zur fristlosen Abberufung bestehen sollte. Der Weiterbeschäftigungsanspruch bestehe, da er bei der I. beschäftigt werden könne. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, die Stelle anderweitig vergeben zu haben. Hinsichtlich der Beschäftigung bei der Beklagten zu 1) habe er die Möglichkeiten der Beschäftigung aufgezeigt für die Bereiche Controlling und Prozessmanagement. Sein Antrag sei hinreichend bestimmt, wenn er Beschäftigung benenne und der Beklagten die Auswahl überlasse.

Der Kläger beantragt,

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichtes Krefeld vom 5.3.2012, Az.: 3 Ca 1986/11 wird teilweise abgeändert und festgestellt, dass der Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten durch die Beklagte zu 1) vom 15.9.2011 unwirksam ist;**
- 2. festzustellen, dass der Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten durch die Beklagte zu 2) vom 22.9.2011 ebenfalls unwirksam ist;**
- 3. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu den bisherigen Arbeitsbedingungen bei der Firma I. Business Service GmbH als Leiter der Abteilung ICT/Allgemeine Verwaltung/Qualitätsmanagement weiter zu beschäftigen;**
- 4. hilfsweise, die Beklagte zu 1) zu verurteilen, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache als Leiter Controlling oder für das Prozessmanagement oder mit einer gleichwertigen Tätigkeit weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte zu 1) beantragt,



1. **Das Urteil des Arbeitsgerichtes Krefeld vom 5.3.2012, Az.: 3 Ca 1986/11 wird teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.**
2. **Die Berufung des Klägers zurückzuweisen.**

Die Beklagte zu 2) beantragt,

**die Berufung des Klägers zurückzuweisen.**

Der Kläger beantragt,

**die Berufung der Beklagten zu 1) zurückzuweisen.**

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil in dem Umfang, in dem das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hat. Im Übrigen verfolgt die Beklagte zu 1) das Ziel der umfassenden Klageabweisung weiter. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes Krefeld sei die Kündigung wirksam. Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Shared Service Center bestünde nicht. Denn eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungsverpflichtung sei nicht anzuerkennen. Die insoweit vom Bundesarbeitsgericht anerkannten Sachverhalte für eine konzerndimensionale Betrachtungsweise lägen nicht vor. Zunächst habe sich die I. nicht zur Übernahme des Klägers bereit erklärt. Auch habe es keine entsprechende Zusage an den Kläger gegeben, im Wege der Personalgestellung bei der I. tätig zu werden. Derartige Behauptungen des Klägers seien unsubstantiiert. Hintergrund sei, dass man bei der I. keine „Zweiklassengesellschaft“ habe dulden wollen. Der Kläger sei auch erst im Hinblick auf den Betriebsübergang bei der I. tätig geworden. Maßstab für einen Einsatz bei der I. sei alleine der Arbeitsvertrag, der den Einsatz nicht ermögliche. Sie, die Beklagte zu 1), übe auch keinen bestimmenden Einfluss auf die I. aus. Dies ergebe sich schon aus der Beteiligung von nur 50%. Ein erforderlicher Gesellschafterbeschluss müsse deshalb von allen beteiligten Unternehmen getroffen werden. Dazu bestünde aber vor dem Hintergrund der drohenden „Zweiklassengesellschaft“ keine Bereitschaft. Auch aus dem Umstand, dass es sich bei der I. um ein Shared Service handle, ergebe sich nichts. Hinzu komme, dass die Stelle des Klägers als IT-Leiter zwischenzeitlich auch besetzt worden sei. Eine Pflicht, diese Stelle freizuhalten habe nicht bestanden. Auch sei unklar, auf welcher Stelle der Kläger hätte weiterbeschäftigt werden können. Die Abmahnung sei zu Recht erfolgt. Dem Kläger sei kein umfassender Bericht abverlangt worden. Er sei lediglich dazu aufgefordert worden, auf Basis seiner Tätigkeit bis zum 25.8.2011 eine Einschätzung zu etwaigen Vorfällen zu geben. Der Kläger werde nicht ernsthaft

behaupten wollen, er könne sich in diesem Zeitraum an keinen einzigen Vorgang erinnern. Die entsprechende Weisung sei auch nicht unbillig, wie das Arbeitsgericht meine. Sie könne vom Kläger eine Einschätzung auch ohne Rückgriff auf das operative System verlangen.

Die Berufung des Klägers sei demgegenüber unzulässig, weil er sich nicht mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil auseinandergesetzt habe. Der Widerruf der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten sei wirksam. Denn der Kläger könne als IT-Leiter nicht wirksam zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden. Soweit er meine, seine langjährige Tätigkeit spreche für seine Zuverlässigkeit, zeige diese Einschätzung zugleich seine offensichtliche Ungeeignetheit. Denn es hätte ihm auffallen müssen, dass er als IT-Leiter nicht auch Datenschutzbeauftragter sein könne. Auch sonst habe er während seiner Amtszeit erhebliche Fehler gemacht. So habe er bei einem Outsourcing nicht auf die Erforderlichkeit der Auftragsdatenverarbeitung hingewiesen. Auch ein Weiterbeschäftigungsanspruch bestünde nicht. Eine Beschäftigung in den Bereichen Controlling und Prozessmanagement könne der Kläger nicht beanspruchen, da er dort allenfalls rudimentär tätig geworden sei. Der Arbeitsvertrag ermögliche eine Beschäftigung in diesem Bereich auch nicht. Eine Weiterbeschäftigung bei der I. habe das Arbeitsgericht aus zutreffenden Erwägungen verneint. Eine Personalgestellung bei der I. scheide im Übrigen auch aus Rechtsgründen aus, weil § 1 AÜG n.F. nur noch die „vorübergehende“ Überlassung von Arbeitnehmern vorsehe. Dies treffe auf den vom Kläger gewünschten Einsatz nicht zu. Die Weiterbeschäftigung sei wegen des Vetos der I. letztlich „unmöglich“.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I.**

Die Berufungen sind - soweit sie zulässig sind - unbegründet. Zutreffend hat das Arbeitsgericht entschieden, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 26.9.2011 aufgelöst worden ist. Ebenso hat es die Beklagte zu 1) zu Recht verpflichtet, die Abmahnungen vom 28.11.2011 und 2.12.2011 aus der Personalakte des Klägers zu entfernen. Die Berufung des Klägers gegen seine Abberufung als Datenschutzbeauftragten und die vom Arbeitsgericht abgelehnte Weiterbeschäftigung ist indes bereits unzulässig.

**A)** Die Berufung der Beklagten zu 1) ist zulässig, aber unbegründet.

**1.** Die Berufung der Beklagten zu 1) ist zulässig.

**a)** Wird ein Urteil mit der Berufung angefochten, muss die Berufungsbegründung nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 ZPO auf die Berufungsgründe des § 513 Abs. 1 ZPO gestützt werden. Entsprechend ihrer Beschränkung auf eine Fehlerkorrektur des erstinstanzlichen Urteils kommen als Berufungsgründe nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis Nr. 4 ZPO in Betracht, eine Rechtsverletzung (Nr. 2); unrichtige oder unvollständige Tatsachenfeststellungen des Arbeitsgerichts (Nr. 3), sowie neue Tatsachen, Angriffs- und Verteidigungsmittel (Nr. 4). Die Berufungsbegründung muss im Einzelnen erkennen lassen, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art sowie aus welchen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält. Eine schlüssige, rechtlich haltbare Begründung kann zwar nicht verlangt werden, doch muss die Berufungsschrift sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils argumentativ befassen, wenn es diese bekämpfen will. Deshalb hat der Berufungsführer die Beurteilung des Streitfalles durch den Erstrichter zu überprüfen und darauf hinzuweisen, in welchen Punkten und mit welchem Grund er das angefochtene Urteil für unrichtig hält (vgl. BAG v. 28.5.2009 – 2 AZR 223/08 – juris; BAG v. 8.10.2008 – 5 AZR 526/07, NZA 2008, 1429; BAG v. 10.2.2005 – 6 AZR 183/04, NZA 2005, 597; BAG v. 15.8.2002 – 2 AZR 473/0, AP Nr. 55 zu § 519 Nr. 55, jeweils m. w. N.; LAG Rheinland-Pfalz v. 12.3.2009 – 10 Sa 568/08, juris; LAG Rheinland-Pfalz 5.6.2008 – 10 Sa 128/08, juris).

**b)** Wesentlich ist, dass sich schon aus der Berufungsbegründung ergibt, welche Gesichtspunkte der Berufungskläger seiner Rechtsverfolgung oder -verteidigung zugrunde legen, insbesondere welche tatsächlichen und rechtlichen Er-

wägungen des erstinstanzlichen Urteils er bekämpfen und auf welche Gründe er sich hierfür stützen will. Es ist die auf den Streitfall zugeschnittene Darlegung notwendig, in welchen Punkten und aus welchen materiell rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält. Allerdings dürfen im Hinblick auf die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie keine unzumutbaren Anforderungen an den Inhalt von Berufungsbegründungen gestellt werden. Hat der Gesetzgeber in einer Verfahrensordnung mehrere Instanzen eröffnet, darf der Zugang zur jeweiligen Instanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (BVerfG v. 4.3.2004 – 1 BvR 1892/03, BVerfGE 110, 339; BAG v. 28.5.2009 – 2 AZR 223/08, juris; BGH v. 18.10.2005 – VI ZB 81/04, NJW-RR 2006, 285; BGH v. 18.12.2003 – I ZR 195/01, NJW-RR 2004, 1002; BGH v. 10.1.1996 – IV ZB 29/95, juris; BGH v. 25.1.1990 – IX ZB 89/89, juris; BGH v. 15.6.1993 – XI ZR 111/92, juris; BAG v. 11.3.1998 – 2 AZR 497/97; LAG Hamm v. 30.4.2008 – 6 Sa 1800/07, juris).

Hat das Arbeitsgericht über mehrere selbstständige Ansprüche entschieden, muss sich die Begründung mit jedem für fehlerhaft gehaltenen Anspruch befassen (BAG v. 27.1.2004 – 1 AZR 105/03, juris; BAG v. 6.12.1994 – 9 AZN 337/94, juris; BAG v. 11.3.1998 – 2 AZR 497/97, juris).

**c)** Bei einer umfassenden Anfechtung des Urteils muss die Berufungsbegründung also das gesamte Urteil in Frage stellen. Daran fehlt es, soweit bezüglich mehrerer selbstständiger Ansprüche oder quantitativ abgegrenzter Teile des Streitgegenstandes kein konkreter Angriff erfolgt, es sei denn, es wird wenigstens eine den gesamten Anspruch durchgehend erfassende Rüge erhoben. Andernfalls ist die Berufung für den nicht begründeten Teil unzulässig (BAG v. 23.11.2006 – 6 AZR 317/06, NZA 2007, 630; BGH v. 13.2.1997, NJW 1997, 1309; LAG Hessen v. 26.11.2007 – 16 Sa 877/07, juris; LAG Düsseldorf v. 29.06.2007 – 9 Sa 447/07, juris; Musielak/Ball ZPO § 520 Rz. 38).

**d)** Hier bestehen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung der Beklagten zu 1) betreffend die Kündigungsschutzklage. Das Arbeitsgericht hat die Abweisung der Kündigungsschutzklage zweifach begründet. Einerseits mit der angenommenen tatsächlichen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Wege der konzerndimensionalen Betrachtung des Kündigungsschutzes. Bei einer Servicegesellschaft, die für mehrere Gesellschaften zuständig sei, reiche für den relevanten Einfluss ein Gesellschaftsanteil von 50% aus. Es sei nicht schlüssig, wenn die Beklagte zu 1) behaupte, sie könne die Beschäftigung des Klägers bei der I. nicht durchsetzen. Denn eine Servicegesellschaft unterliege stets dem faktischen Einfluss der beteiligten Gesellschaften. Insoweit ist die Berufung von der Beklagten zu 1) vollumfänglich angegriffen worden.

Andererseits hat das Arbeitsgericht einen weiteren Begründungsstrang bei der Interessenabwägung aufgezeigt. Es hat argumentiert, dass jedenfalls hinsichtlich der fristlosen Kündigung entscheidend sei, dass die Beklagte zu 1) nicht zumindest versucht habe, den Kläger auf seine vorgesehene Stelle im Shared Service Center zu versetzen. Dem stehe der Widerspruch des Klägers gegen den Betriebsübergang nicht entgegen, weil er damit nur ein ihm eingeräumtes Recht geltend gemacht habe. Mit dieser Argumentation hat sich die Beklagte zu 1) nicht ausdrücklich befasst. Der insoweit geführte Angriff ergibt sich jedoch aus den Darlegungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Ausübung des Widerspruchsrechtes.

**2.** Die Berufung der Beklagten ist aber unbegründet.

**a)** Zutreffend hat das Arbeitsgericht entschieden, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 26.9.2011 aufgelöst worden ist.

**aa)** Der Kläger ist von der Beklagten zu 1) zu deren Datenschutzbeauftragten bestellt worden. Dabei handelt es sich nach § 4 f Abs. 1 BDSG auch um eine zwingende Bestellung, weil die Beklagte unstreitig personenbezogene Daten im relevanten Umfang verarbeitet.

Gem. § 4 f Abs. 3 Satz 5 und 6 BDSG kann das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis deshalb während der Zeit der Bestellung und bis zu einem Jahr nach der Abberufung nicht ordentlich gekündigt werden sondern nur aus Tatsachen, die die verantwortliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Das Arbeitsverhältnis kann in diesem Fall deshalb nur noch außerordentlich gem. § 626 BGB gekündigt werden (vgl. ErfK/Wank, § 4 f BDSG Rz. 5).

Da selbst bei Wirksamkeit der Abberufung die Jahresfrist noch nicht abgelaufen ist, greift der besondere Kündigungsschutz für den Kläger.

**bb)** Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Diese Voraussetzungen sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zweistufig zu prüfen. Auf der ersten Stufe dieser Prüfung ist festzustellen, ob der Kündigungssachverhalt an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu begründen. Auf der zweiten Stufe wird geprüft, ob die fristlose Kündigung unter Berücksichtigung aller Um-

stände des Einzelfalls im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere unter Berücksichtigung des Ultima-Ratio-Prinzips gerechtfertigt ist (BAG v. 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; BAG v. 12.5.2010 – 2 AZR 845/08; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 103/08 – Juris; BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 78/06 – AP Nr. 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG v. 7.7.2005 – 2 AZR 581/04 – BAGE 115, 195; KR/Fischermeier § 262 BGB Rz. 84).

Dabei ist zu beachten, dass die Darlegungs- und Beweislast für den Kündigungsgrund, also die Tatsachen, die die Kündigung bedingen, der Arbeitgeber trägt. Dieser Darlegungslast genügt der Arbeitgeber zunächst durch die detaillierte Angabe des Kündigungsgrundes. (so schon BAG v. 12.8.1976 – 2 AZR 237/75 – DB 1976, 2357; APS/Dörner, § 1 KSchG Rz.439; ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rz.361; KR/Griebeling, § 1 KSchG Rz.412).

**(1)** Die Beklagte beruft sich zur Begründung der gegenüber dem Kläger ausgesprochenen Kündigung auf betriebsbedingte Gründe. Derartige betriebsbedingte Gründe können eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen (BAG v. 18.3.2010 – 2 AZR 337/08, NZA-RR 2011, 18). Eine außerordentliche und zugleich fristlose Kündigung aus betriebsbedingten Gründen ist selbst gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer regelmäßig unzulässig. Zu prüfen ist, ob dem Arbeitgeber im Fall ordentlicher Kündbarkeit eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar wäre. Das ist bei einer betriebsbedingten Kündigung regelmäßig nicht der Fall. Dem Arbeitgeber ist, wenn aus betrieblichen Gründen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer entfällt, selbst im Insolvenzfall zumutbar, die Kündigungsfrist einzuhalten (BAG v. 18.3.2010 – 2 AZR 337/08, NZA-RR 2011, 18; BAG v. 8.4.2003 – 2 AZR 355/02, AP Nr. 181 zu § 626 BGB). Führt dies zu Vergütungsansprüchen der Arbeitnehmer aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs, ohne dass der Arbeitgeber eine Verwendungsmöglichkeit für die Arbeitskraft des Arbeitnehmers hat, verwirklicht sich darin lediglich das unternehmerische Risiko des Arbeitgebers (BAG v. 6.10.2005 – 2 AZR 362/04, NZA-RR 2006, 416; BAG v. 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, AP Nr. 275 zu § 613a BGB; BAG v. 8.4.2003 – 2 AZR 355/02, AP Nr. 181 zu § 626 BGB).

**(2)** Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung mit einer - notwendig einzuhaltenden - Auslauffrist kommt in Betracht, wenn andernfalls der Ausschluss der ordentlichen Kündigung dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit ggf. noch über Jahre weiterbeschäftigen müsste und ihm dies unzumutbar ist (BAG v. 18.3.2010 – 2 AZR 337/08, NZA-RR 2011, 18; BAG v. 10.5.2007 – 2 AZR 626/05, BAGE 122, 264; BAG v. 8.4.2003 – 2 AZR 355/02, AP Nr. 181 zu § 626 BGB).

Ist das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis auf Dauer sinnentleert, weil eine Arbeitsleistung nicht mehr erbracht werden kann und deshalb auf unzumutbar lange Zeit Vergütung ohne Gegenleistung gezahlt werden müsste, ist der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit gerechtfertigt (BAG v. 6.10.2005 – 2 AZR 362/04, NZA-RR 2006, 416; BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 215/03, AP Nr. 278 zu § 613a BGB). Dem Arbeitgeber soll nichts Unmögliches oder evident Unzumutbares abverlangt werden.

Die fristlose Kündigung kommt mit sozialer Auslaufzeit also ausnahmsweise in Betracht, wenn der Arbeitgeber gezwungen wäre, ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrechtzuerhalten. Allerdings ist der Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in einem besonderen Maß verpflichtet, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden (BAG v. 18.3.2010 – 2 AZR 337/08, NZA-RR 2011, 18; BAG v. 10.5.2007 – 2 AZR 626/05, BAGE 122, 264; BAG v. 6.10.2005 – 2 AZR 362/04, NZA-RR 2006, 416; BAG v. 8.4.2003 – 2 AZR 355/02, AP Nr. 181 zu § 626 BGB). Besteht noch irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzusetzen, wird es ihm regelmäßig zumutbar sein, den Arbeitnehmer entsprechend einzusetzen. Erst wenn alle denkbaren Lösungsversuche ausscheiden, kann - ausnahmsweise - ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit vorliegen (BAG v. 18.3.2010 – 2 AZR 337/08, NZA-RR 2011, 18; BAG v. 10.5.2007 – 2 AZR 626/05, BAGE 122, 264; BAG v. 6.10.2005 – 2 AZR 362/04, NZA-RR 2006, 416; BAG v. 8.4.2003 – 2 AZR 355/02, AP Nr. 181 zu § 626 BGB).

Zunächst hat das Arbeitsgericht aus Sicht der Kammer zutreffend darauf abgestellt, dass nicht ersichtlich ist, dass die Beklagte ihren gestiegenen Anforderungen zur Weiterbeschäftigung des Klägers nachgekommen ist. Die erkennende Kammer folgt insoweit den Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Die Beklagte zu 1) hat zum zweiten Argumentationsstrang des Arbeitsgerichtes im Rahmen der Interessenabwägung keine Tatsachen vorgetragen, die im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben.

Zudem ist ein weiterer Gesichtspunkt zu beachten. Aus Sicht der Kammer liegt schon kein unzumutbarer Zeitraum vor, in dem das Arbeitsverhältnis durch die Beklagte zu 1) aufrecht erhalten werden müsste. Die ordentliche Kündigung wäre ab dem 16.9.2012 zum 31.12.2013 möglich. Insoweit handelt es sich um

einen Zeitraum 27,5 Monaten, der die vom Bundesarbeitsgericht zugrunde gelegte maximale Grenze deutlich unterschreitet.

Dass der Zeitraum von 27,5 Monaten nicht ausreichen kann, um zu Gunsten des Arbeitgebers ein auf Dauer sinnentleertes Arbeitsverhältnis annehmen zu können, verdeutlicht die Wertung des § 15 Abs. 4 TzBfG. Danach steht (nur) dem Arbeitnehmer nach Ablauf von fünf Jahren bei langfristigen Verträgen ein Kündigungsrecht zu. Die Norm soll eine überlange Bindung des Arbeitnehmers an das Arbeitsverhältnis verhindern und durch die Einräumung eines Kündigungsrechts der persönlichen Freiheit des Arbeitnehmers dienen. Jedenfalls kann bei einer noch verbleibenden Vertragsbindung von deutlich unter fünf Jahren regelmäßig nicht von einer unzumutbar langen Bindung ausgegangen werden (BAG v. 6.10.2005 – 2 AZR 362/04, NZA-RR 2006, 416; APS/Kiel, § 626 BGB Rz. 318 e). Zwar muss der Arbeitgeber auch die Arbeitsverhältnisse von gesetzlich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern wirksam beenden können, wenn er etwa seinen Beruf und seine Unternehmenstätigkeit (ganz oder teilweise) aufgeben will. Die Privatautonomie besteht jedoch nur im Rahmen der Gesetze. Dabei sind auch lange Bindungsdauern möglich. Durch die für das Arbeitsverhältnis bestehende Unkündbarkeitsregelung trägt der Arbeitgeber ein erhöhtes wirtschaftliches Risiko. Die Unsicherheit über den künftigen Arbeitsbedarf gehört zu dem von ihm zu tragenden Wirtschafts- und Betriebsrisiko (BAG v. 6.10.2005 – 2 AZR 362/04, NZA-RR 2006, 416). Ohne zusätzliche besondere Gründe, die hier nicht vorgetragen worden sind, kann bei einer noch verbleibenden Vertragsdauer von deutlich unter drei Jahren grundsätzlich noch kein auf Dauer sinnentleertes Arbeitsverhältnis angenommen werden. Hinzu kommt, dass sich die Länge der Vertragsdauer auch aus der Privatautonomie ergibt. Denn die Beklagte hat mit dem Kläger eine Kündigungsfrist von 12 Monaten zum Quartalsende vereinbart, die die gesetzliche Kündigungsfrist von sieben Monaten um ein Vielfaches überschreitet. Auch daran muss sich die Beklagte festhalten lassen und kann das Argument der überlangen und unzumutbaren Bindungsdauer nicht für sich fruchtbar machen.

**(3)** Nichts anderes folgt aus dem Widerspruch des Klägers gegen den Betriebsübergang. Denn damit macht der Kläger nur von einem ihm gesetzlich eingeräumten Recht Gebrauch.

Der einem Betriebsübergang widersprechende Arbeitnehmer übt ein ihm einfachgesetzlich zugebilligtes Recht aus. Sein Widerspruchsrecht ist von Gesetzes wegen weder an eine Begründung gebunden noch müssen objektiv vernünftige Gründe vorliegen. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers darf nicht dadurch entwertet werden, dass ihm über den Umweg einer späteren Kündigung bzw. anlässlich einer Sozialauswahl bei einer solchen Kündigung



eine Begründung für sein vorheriges, auch begründungslos zulässiges Verhalten abverlangt wird. Ist der Widerspruch rechtswirksam erfolgt, muss der Arbeitnehmer so gestellt werden, als habe der Betriebsübergang nicht stattgefunden. In diesem Fall steht er wieder im „Verteilungswettbewerb“ um die vorhandenen Arbeitsplätze im Betrieb (BAG v. 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33). Dabei ist dann auch der besondere Kündigungsschutz zu beachten und darf auch nicht bei der Betrachtung der Überlangen Bindungsdauer berücksichtigt werden.

**cc)** Eine Ausnahme greift auch nicht auf Grundlage von § 15 Abs. 5 Satz 2, § 15 Abs. 4 KSchG. Zwar wird zuweilen erwogen, bei einer Kündigung des Datenschutzbeauftragten sei § 15 Abs. 5 Satz 2, § 15 Abs. 4 KSchG analog anzuwenden (Dzida/Kröplin, BB 2010, 1027). Danach kann ein Betriebsratsmitglied, das in einer Betriebsabteilung beschäftigt wird, ausnahmsweise ordentlich gekündigt werden, wenn eine Betriebsabteilung stillgelegt wird und das Betriebsratsmitglied nicht in eine andere Betriebsabteilung übernommen werden kann.

Eine analoge Anwendung von § 15 Abs. 5 Satz 2, § 15 Abs. 4 KSchG verbietet sich aber schon deshalb, weil § 4 f BDSG eine eigenständige abschließende Regelung schafft.

Ein Gesetz auslegen heißt seinen Sinn zu erforschen. Maßgeblich ist dabei der im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille des Gesetzgebers. Bei der Auslegung von Gesetzen ist zunächst vom Wortlaut der Regelung auszugehen. Abzustellen ist ferner auf den systematischen Zusammenhang und den Normzweck, sofern er im Gesetz erkennbaren Ausdruck gefunden hat (BAG v. 17.1.2008 – 2 AZR 902/06, NZA 2008, 872; BAG v. 16.6.2005 – 6 AZR 108/01, BAGE 115, 113). Häufig kann nur bei Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Sinn und Zweck zutreffend ermittelt werden. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zu einer zweckmäßigen, vernünftigen und gerechten Regelung führt.

Ausgangspunkt ist insoweit die grammatikalische Auslegung. Diese führt zu einem eindeutigen Ergebnis, weil das Gesetz ausdrücklich den besonderen Kündigungsschutz begründet, ohne Ausnahmen, wie sie z.B in § 15 Abs. 5 Satz 2, § 15 Abs. 4 KSchG vorgesehen sind, zu normieren. Aus der Auslegung als solche ergibt sich also nichts. Denkbar ist lediglich die Analogie, also die Übertragung eines konkreten Regelungswerkes auf einen ähnlich gelagerten Sachverhalt. Sie überschreitet die Grenze des möglichen Wortsinns, die wie gesehen die eigentliche Grenze der Auslegung darstellt. Entscheidend für die Analogie ist deshalb das Vorhandensein einer planwidrigen Regelungslücke (vgl. nur BGH v. 14.12.2006 – IX ZR 92/06, NJW 2007, 993). Eine Analogie

setzt deshalb voraus, dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGH v. 14.12.2006 – IX ZR 92/06, NJW 2007, 993BGH v. 13.3.2003 – I ZR 290/00, NJW 2003, 1932; BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 274/02, NJW 2003, 2601). Die Unvollständigkeit des Gesetzes muss "planwidrig" sein (vgl. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. S. 373; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz 2. Aufl. S. 37). Der dem Gesetz zugrunde liegende Regelungsplan ist aus ihm selbst im Wege der historischen und teleologischen Auslegung zu erschließen und es ist zu fragen, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, planwidrig unvollständig ist. Die dem Plan des Gesetzgebers widersprechende Lücke muss dabei nicht von Erlass des Gesetzes an bestehen, sondern kann sich auch später durch eine Veränderung der Lebensverhältnisse ergeben haben. Vorliegend fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke (BGH v. 14.12.2006 – IX ZR 92/06, NJW 2007, 993).

Hier hat sich der Gesetzgeber nach Auffassung der Kammer bewusst dazu entschieden, die ihm bekannten Ausnahmetatbestände des § 15 Abs. 5 Satz 2, § 15 Abs. 4 KSchG nicht auf den Datenschutzbeauftragten zu übertragen. Die Vorschrift ist eingeführt worden zum 1.1.2009 und diente gerade der Stärkung der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Arbeitgeber (BT-Drucksache 16/12011, S. 30). Auch wenn der Gesetzgeber damit den Status des Datenschutzbeauftragten an andere Funktionsträger angleichen wollte, folgt daraus nicht, auch die Kündigungseinschränkungen aus anderen Bereichen zu übertragen. Dies wird schon deutlich an den übrigen Regelungen von Beauftragten, bei denen gleichfalls keine eingeschränkte Kündigungsmöglichkeit besteht, z.B. § 21 f Abs. 2 WHG a.F., § 58 Abs.2 BfSchG.

**b)** Ebenso hat das Arbeitsgericht die Beklagte zu 1) zu Recht verpflichtet, die Abmahnungen vom 28.11.2011 und 2.12.2011 aus der Personalakte des Klägers zu entfernen. Der entsprechende Anspruch ergibt sich aus §§ 242, 1004 BGB.

**aa)** Nach ständiger Rechtsprechung des BAG, der Instanzgerichte und der herrschenden Lehre kann der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte verlangen (BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, juris; BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33; BAG v.

22.02.2001 – 6 AZR 398/99, juris; BAG v. 30.5.1996 – 6 AZR 537/95, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2; BAG v. 14.9.1994 – 5 AZR 632/93, BAGE 77, 378; BAG v. 27.11.1985 – 5 AZR 101/84, BAGE 50, 202; LAG Rheinland-Pfalz v. 2.7.2008 – 7 Sa 68/08, juris; LAG Düsseldorf v. 11.3.2003 – 3 Sa 1282/03, juris; vgl. auch APS/Dörner, § 1 KSchG Rz.415; v.Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rz.520; Kittner/Däubler/Zwanziger, Einl. Rz.156a).

Bei der Abmahnung handelt es sich um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Als Gläubiger der Arbeitsleistung weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam. Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, wenn ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, juris; BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33; BAG v. 22.2.2001 – 6 AZR 398/99, juris; BAG v. 30.5.1996 – 6 AZR 537/95, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2). Eine solche missbilligende Äußerung des Arbeitgebers in Form einer Abmahnung ist geeignet, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen. Deshalb kann der Arbeitnehmer die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, wenn die Abmahnung unwirksam ist (vgl. BAG v. 22.2.2001 – 6 AZR 398/99, juris; s. auch BAG v. 16.11.1989 – 6 AZR 64/88, BAGE 63, 240). Sie ist insbesondere dann unwirksam, wenn sie formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, unzutreffende Tatsachen enthält, auf Tatsachen beruht, die vor Gericht nicht bewiesen werden können, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht, unverhältnismäßig ist, verwirkt ist, trotz zutreffender Tatsachenfeststellung durch Ehrverletzungen oder unsachliche Werturteile die Grenzen des vertraglichen Rügerechtes überschreitet, oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an der Abmahnung besteht (zusammenfassend: BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, juris; BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33; BAG v. 22.2.2001 – 6 AZR 398/99, juris).

**bb)** Hier hat das Arbeitsgericht bei seiner Entscheidung zutreffend darauf abgestellt, dass ein Pflichtverstoß des Klägers nicht vorgelegen hat, weil die Weisung der Beklagten, einen Bericht ohne EDV-Zugriff zu erstellen nicht billigem Ermessen entsprochen habe.

Darauf hat das Arbeitsgericht bereits hingewiesen. Die erkennende Kammer folgt insoweit den Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Die Beklagte zu 1) hat zweitinstanzlich zur

Wirksamkeit der von ihr erteilten Weisung keine Tatsachen vorgetragen, die im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben.

Lediglich ergänzend sei angemerkt, dass es nicht darauf ankommt, dass dem Kläger kein umfassender Bericht abverlangt worden sei und er nur eine Einschätzung zu etwaigen Vorfällen habe abgeben sollen. Denn es ist unbillig, geradezu schikanös, wenn die Beklagte zu 1) dem Kläger den Zugriff auf die EDV entzieht und der Kläger dann aus dem Kopf irgendwelche Erinnerungen rudimentär reproduzieren soll. Bei dieser Aufgabe handelt es sich aus Sicht der Kammer lediglich um eine Beschäftigungstherapie, weil die Fehlerprotokolle bei einem EDV-Zugriff ohne weiteres durch die entsprechenden Softwaresysteme abrufbar sind. Den EDV-Leiter damit zu beauftragen ist unbillig.

**B)** Die Berufung des Klägers ist insgesamt unzulässig. Denn sie ist insoweit nicht innerhalb der Frist (§ 519 Abs. 2 Satz 2 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) ausreichend begründet worden.

1. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Berufung sind bereits unter A) ausführlich aufgezeigt worden. Insbesondere ist darauf hingewiesen worden, dass die Berufungsbegründung im Einzelnen erkennen lassen muss, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art sowie aus welchen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält. Eine schlüssige, rechtlich haltbare Begründung kann zwar nicht verlangt werden, doch muss die Berufungsschrift sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils argumentativ befassen, wenn es diese bekämpfen will. Deshalb hat der Berufungsführer die Beurteilung des Streitfalles durch den Erstrichter zu überprüfen und darauf hinzuweisen, in welchen Punkten und mit welchem Grund er das angefochtene Urteil für unrichtig hält (vgl. BAG v. 28.5.2009 – 2 AZR 223/08 – juris; BAG v. 8.10.2008 – 5 AZR 526/07, NZA 2008, 1429; BAG v. 10.2.2005 – 6 AZR 183/04, NZA 2005, 597; BAG v. 15.8.2002 – 2 AZR 473/0, AP Nr. 55 zu § 519 Nr. 55, jeweils m. w. N.; LAG Rheinland-Pfalz v. 12.3.2009 – 10 Sa 568/08, juris; LAG Rheinland-Pfalz 5.6.2008 – 10 Sa 128/08, juris). Wesentlich ist, dass sich schon aus der Berufungsbegründung ergibt, welche Gesichtspunkte der Berufungskläger seiner Rechtsverfolgung oder -verteidigung zugrunde legen, insbesondere welche tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils er bekämpfen und auf welche Gründe er sich hierfür stützen will. Es ist die auf den Streitfall zugeschnittene Darlegung notwendig, in welchen Punkten und aus welchen materiell rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält. Allerdings dürfen im Hinblick auf die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie keine unzumutbaren Anforderungen an den Inhalt von

Berufungsbegründungen gestellt werden. Hat der Gesetzgeber in einer Verfahrensordnung mehrere Instanzen eröffnet, darf der Zugang zur jeweiligen Instanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (BVerfG v. 4.3.2004 – 1 BvR 1892/03, BVerfGE 110, 339; BAG v. 28.5.2009 – 2 AZR 223/08, juris; BGH v. 18.10.2005 – VI ZB 81/04, NJW-RR 2006, 285; BGH v. 18.12.2003 – I ZR 195/01, NJW-RR 2004, 1002; BGH v. 10.1.1996 – IV ZB 29/95, juris; BGH v. 25.1.1990 – IX ZB 89/89, juris; BGH v. 15.6.1993 – XI ZR 111/92, juris; BAG v. 11.3.1998 – 2 AZR 497/97; LAG Hamm v. 30.4.2008 – 6 Sa 1800/07, juris).

**2.** Diesen Anforderungen wird die Berufungsbegründung des Klägers nicht gerecht.

**a)** Der Kläger wendet sich mit seiner Berufung zunächst gegen die vom Arbeitsgericht für wirksam erachtete Abberufung als Datenschutzbeauftragter bei der Beklagten zu 1) und 2). Insoweit hat sich das Arbeitsgericht hinsichtlich der Abberufung als Datenschutzbeauftragter gegenüber den Beklagten zu 1) und 2) auf das Merkmal der Interessenkollision berufen. Da der Kläger als IT-Leiter tätig geworden sei, könne er nicht gleichzeitig Datenschutzbeauftragter sein. Denn es bestünde die Gefahr, dass der Kläger seine eigene Arbeit kontrollieren müsse. Er könne aber seine eigene Arbeit nicht weisungsfrei selbst kontrollieren. Da er auch für die IT-Belange der Beklagten zu 2) zuständig gewesen sei, gelte die Interessenkollision in gleicher Weise für die Beklagte zu 2). Mit diesem entscheidenden rechtlichen Gesichtspunkt hat sich der Kläger aus Sicht der Kammer gar nicht auseinandergesetzt. Er meint lediglich, dass der Kläger wegen seiner langjährigen Beschäftigung seine Geeignetheit nachgewiesen habe. Darauf hat die Entscheidung des Arbeitsgerichtes aber gerade nicht abgestellt. Entscheidend ist der durch die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit begründete Interessenkonflikt. Diesen hat er in seiner Berufungsbegründung nicht thematisiert.

**b)** Die Berufung ist auch unzulässig, soweit sie sich gegen die abgelehnte Weiterbeschäftigung richtet. Das Arbeitsgericht hat hinsichtlich der Weiterbeschäftigung darauf abgestellt, dass diese der Beklagten zu 1) im Verhältnis zur I. zur Zeit unzumutbar sei. Denn der Weiterbeschäftigung stünde ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung entgegen. Insoweit hat es darauf abgestellt, dass der Arbeitsplatz bei der I. zwar als freier Arbeitsplatz anzusehen sei, den der Kläger besetzen könne. Bevor der Kläger diese Beschäftigung durchsetzen könne, sei aber – da es sich um die Weiterbeschäftigung bei einem Dritten handle – ein Gesellschafterbeschluss zu fassen. Während des Kündigungsschutzverfahrens sei es der Beklagten zu 1) nicht zumutbar, einen entsprechenden Beschluss zu fassen.

Auch mit dieser Argumentation zum Ausschluss des Beschäftigungsanspruchs hat sich der Kläger aus Sicht der Kammer nicht auseinander gesetzt. Darauf, dass die Stelle anderweitig besetzt sei, wie der Kläger meint, hat das Arbeitsgericht gar nicht abgestellt. Auch auf die Treuwidrigkeit stellt das Arbeitsgericht nicht ab, sondern es geht allein um die Frage, ob es der Beklagten während des Prozesses zuzumuten ist, einen Gesellschafterbeschluss zu fassen. Dazu hat der Kläger nichts vorgetragen.

Hinsichtlich eigener Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei der Beklagten zu 1) hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass der Sachvortrag des Klägers ohne Substanz sei. Es fehle an konkretem Sachvortrag, wie er sich die Weiterbeschäftigung vorstelle. Insoweit habe der Kläger selbst vorgetragen, dass seine bisherigen Beschäftigungsbereich auf das Shared Service Center übertragen worden seien. In dieser Situation müsse der Kläger darlegen, welche konkreten Tätigkeiten bei der Beklagten verblieben seien, die er ausüben könne. Das Vorhandensein einer Aufgabe sei nicht gleichbedeutend mit einer Beschäftigungsmöglichkeit. Auch mit dieser Begründung setzt sich der Kläger nicht hinreichend auseinander. Er benennt mit der Berufung zwar schlagwortartig die Begriff Controlling und Prozessmanagement. Damit wiederholt er jedoch nur seinen Sachvortrag aus der ersten Instanz, ohne aufzuzeigen, inwieweit das Urteil an dieser Stelle nun fehlerhaft gewesen sein soll. Es fehlt aus Sicht der Kammer auch hier an einer Auseinandersetzung mit dem Urteil.

**3.** Soweit man die Berufung des Klägers insoweit für zulässig halten sollte, folgt die Kammer sowohl hinsichtlich des Widerrufs der Bestellung zum Datenschutzbeauftragten als auch hinsichtlich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Der Kläger hat zweitinstanzlich zur angeblichen Verletzung der Aufklärungspflicht keine Tatsachen vorgetragen, die im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben. Hinsichtlich der Abberufung des Klägers als Datenschutzbeauftragter ist anzumerken, dass auch aus Sicht der Kammer der Interessenkonflikt der entscheidende Gesichtspunkt ist. Dieser ergibt sich aus der Tätigkeit des Klägers als IT-Leiter. Für diese Position ist allgemein anerkannt, dass sie nicht mit der erforderlichen Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten korrespondiert.

**II.**

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 97 Abs. 1 ZPO. Danach fallen die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels der Person zur Last, die es eingelegt hat.

**III.**

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht liegen nicht vor. Es ist weder über Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, noch liegt eine divergente Entscheidung der Kammer zu einer divergenzfähigen Entscheidung eines Divergenzgerichtes vor.

**RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.  
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

gez.: Dr. Ulrich

gez.: Bausch

gez.: Reinartz