

## **Kündigung wegen ehrverletzender Äußerungen in einem privaten WhatsApp Chat**

### **Leitsatz**

1. Äußerungen in einer privaten Chatgruppe genießen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht, wenn der Äußernde auf die Wahrung der Vertraulichkeit vertrauen durfte.
2. Die Tatsache, dass die Äußerungen durch die Protokollierung des Chatverlaufs schriftlich festgehalten werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.
3. Bei einer privaten Chatgruppe bestehend aus 7 Personen, die miteinander befreundet sind, können die Mitglieder in der Regel darauf vertrauen, dass Dritten der Chatverlauf nicht offengelegt wird.

### **Orientierungssatz**

(Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 2 AZR 19/23)

### **Verfahrensgang**

vorgehend ArbG Hannover, 24. Februar 2022, 10 Ca 148/21, Urteil  
anhängig BAG, kein Datum verfügbar, 2 AZR 19/23

### **Tenor**

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hannover vom 24.02.2022 – 10 Ca 148/21 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung, Annahmeverzugslohnansprüche und die Erteilung eines Zeugnisses.
- 2 Die Beklagte ist ein Luftverkehrsunternehmen mit Sitz in C-Stadt. Zum Zeitpunkt der Kündigung beschäftigte sie ca. 2.100 Arbeitnehmer.
- 3 Der Kläger ist 42 Jahre alt, verheiratet und einem minderjährigen Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist seit dem 00.00.2000 bei der Beklagten zuletzt als Gruppenleiter technische Logistik zu einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von 4.602,16 EUR beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis ist nach den anzuwendenden tariflichen Regelungen ordentlich unkündbar.
- 4 Im Zuge einer Restrukturierung schlossen die Beklagte, der Kläger und die G.

Transfergesellschaft mbH (G.) einen Drei-Parteien-Vertrag, nach dem das Arbeitsverhältnis der Parteien aus dringenden betriebsbedingten Gründen zum 30.09.2021. beendet werden und der Kläger ab dem 01.10.2021 bis zum 30.09.2022 in ein Anstellungsverhältnis mit der G. eintreten sollte. Wegen des Wortlautes des Drei-Parteien-Vertrages wird auf Bl. 4-9 dA. Bezug genommen. Unter dem 18.05.2021 schlossen die Beklagte und der Kläger eine Ergänzungsvereinbarung, nach der dem Kläger zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Anstellungsverhältnisses eine Abfindung in Höhe von 83.781,72 EUR brutto zuzüglich Zusatzleistungen gezahlt werden sollte. Wegen des Wortlautes der Ergänzungsvereinbarung wird auf Bl. 10 und 11 dA. Bezug genommen.

- 5 Seit 2014 gehörte der Kläger einer Chat-Gruppe ursprünglich bestehend aus ihm, und den Mitarbeitern der Beklagten B., G., G., H. und F. Vom 19.11.2020 bis zum 17.01.2021 gehörte der Gruppe darüber hinaus der ehemalige Mitarbeiter der Beklagten G. an. Die Mitglieder der Gruppe sind untereinander langjährig befreundet, die Mitglieder G. sind Brüder. Unter dem Gruppennamen „H.L.T.“ tauschten die Mitglieder auf ihren privaten Smartphones über den Messengerdienst WhatsApp Nachrichten aus.
- 6 Im Rahmen von Gesprächen über einen Arbeitsplatzkonflikt mit dem Mitarbeiter der Beklagten S. zeigte das Gruppenmitglied G. dem Mitarbeiter den Verlauf des WhatsApp-Chats auf seinem Smartphone. Der Mitarbeiter S. kopierte den Chat-Verlauf auf sein eigenes Smartphone. Am 07.07.2021 teilte der Vorsitzende des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats G. dem Personalleiter L. während dessen Urlaubsabwesenheit das Bestehen der WhatsApp-Gruppe „H.L.T.“ mit und berichtete über den Inhalt des Chats. Im Nachgang zu diesem Gespräch übersandte er ein 316-seitiges Word-Dokument mit dem Inhalt des Chat-Verlaufs für die Zeit vom 19.11.2020 bis 17. Januar 2021. Der Chat-Verlauf enthielt von dem Kläger unter anderem folgende Äußerungen:
  - 7 „Drecks L. stellt es so hin als würden wir hier alle nur rausfliegen weil die Piloten geblockt haben
  - 8 Was kann denn das Gebäude dafür? Sollen diese Leute besser den F. aufsuchen und zusammenschlagen ...
  - 9 Ich komme her ... reiße mir aber kein Arm aus ... aber bin da ... werde ja schließlich noch bezahlt. Rest interessiert mich nicht
  - 10 Und der ganze Rest von dieser drecksfirma
  - 11 Drecksladen
  - 12 Der soll bloß abhauen der Knecht
  - 13 F. geht unter ... aber ist mit egal alles
  - 14 Ich hasse ihn und den ganzen Laden
  - 15 Lächerlicher Laden
  - 16 G. war mal gut zum blasen ... das war' s
  - 17 M. dicke Titten .. das wars

- 18 Covidioten sollten vergast werden (...)
- 19 KZ oder so
- 20 F. hasse ich am meisten
- 21 Ich will alle anderen aber auch ficken
- 22 Lasst uns das letzte Jahr noch mal richtig ficken ... haben eh nix zu verlieren
- 23 S. und M. schicke ich in toolshop ... mal gucken
- 24 F. darf fegen jeden Tag ... auf Knie
- 25 Unsere Piloten müssten alle vergast werden
- 26 Bomben platzieren?
- 27 Nie wieder t. fliegen
- 28 Steckt ein was geht
- 29 C. habe ich direkt gesagt:
- 30 Wollen die mich verarschen? Wenn sie bläst überlege ich es mir nochmal
- 31 Diese Firma ist ein Behinderten und Pflegeheim zugleich
- 32 Ich sehne den tag herbei wo diese Bude anfängt zu brennen
- 33 Und wir wollte nach S. und die Boote von G. versenken
- 34 Anbrennen
- 35 Wie damals im Reich
- 36 Anschlag auf BR wenn das alles so kommt
- 37 Vernichten müssen wir sie alle
- 38 Gewöhnt Euch dran. Mit Türken an der Spitze wird das nix mit dieser Stadt und diesen verein“

- 39 Wegen des weiteren Wortlauts des Chat-Verlaufs wird auf Bl. 70-127R R dA. Bezug genommen.
- 40 Unter dem 08.07.2021 formulierte der Schwerbehindertenvertreter der Beklagten W. eine Erklärung über die Bestätigung der Richtigkeit des Chat-Verlaufs durch den ehemaligen Mitarbeiter G. vor und übersandte sie ihm. Der Mitarbeiter G. sandte die Erklärung unterschrieben zurück. Wegen des Wortlauts der Erklärung wird auf Bl. 128 dA. Bezug genommen. Am 22.07.2021 hörte die Beklagte den Kläger zu dem Inhalt des Chat-Verlaufes an. Mit Schreiben vom 27.07.2021 (Bl. 20-21R dA.) hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an. Der Betriebsrat stimmte der Kündigung am 27.07.2021 zu.
- 41 Mit Schreiben vom 28.07.2021 (Bl. 12 dA.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos und hilfsweise mit sozialer Auslauffrist zum 31.03.2022.
- 42 Mit Schriftsatz vom 30.07.2021, bei dem Arbeitsgericht Hannover eingegangen am 30.07.2021 und der Beklagten zugestellt am 10.08.2021 hat der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben und diese mit Schriftsatz vom 28.01.2022, bei dem Arbeitsgericht Hannover eingegangen am 28.01.2022 und der Beklagten zugestellt am 01.02.2022 um Zahlungsansprüche erweitert.
- 43 Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Inhalt des Chat-Verlaufs habe von der Beklagten nicht verwendet werden dürfen und dürfe auch im Rechtsstreit nicht verwertet werden, da es sich um einen reinen privaten Austausch gehandelt habe. Die Beklagte habe die außerordentliche Kündigung auch zu spät ausgesprochen, da zwischen der Mitteilung des Betriebsratsvorsitzenden an den Personalleiter L. und dem Ausspruch der Kündigung mehr als 2 Wochen gelegen hätten.
- 44 Die Beklagte sei verpflichtet, ihm für die Zeit ab August 2021 Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges abzüglich erhaltener Entgeltersatzleistungen zu zahlen.
- 45 Der Kläger hat beantragt,
- 46 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers zu der Beklagten durch die Kündigung vom 28.07.2021 nicht beendet worden ist, sondern auf Grundlage des Drei-Parteien-Vertrages vom 04.06.2021/20.05.2021 bis zum 30.09.2021 fortbesteht;
- 47 2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 32.555,11 EUR brutto abzüglich an den Kläger gewährter Entgeltersatzleistung in Höhe von 12.992,96 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten hieraus seit Zustellung der Klage zu zahlen.
- 48 3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein Abschlusszeugnis zu erteilen;
- 49 Die Beklagte hat beantragt,
- 50 die Klage abzuweisen.
- 51 Sie hat die Ansicht vertreten, durch die zahlreichen beleidigenden, rassistischen, teilweisen menschenverachtenden und sexistischen Äußerungen und die Aufrufe zur Gewalt habe der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten schwerwiegend verletzt. Die Bestätigung der Echtheit des Chat-Verlaufs vom 08.07.2021 habe der Personalleiter Lemke am 14.07.2021 erhalten.

- 52 Mit Urteil vom 24.02.2022 hat das Arbeitsgericht Hannover dem Feststellungsantrag stattgegeben, die Beklagte verurteilt, an den Kläger 4.602,19 EUR brutto abzüglich gezahlter Entgeltersatzleistung in Höhe von 2.654,40 EUR netto nebst Zinsen seit dem 02.02.2022 zu zahlen und ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen und die Klage im Übrigen abgewiesen.
- 53 Zur Begründung hat es ausgeführt, der Inhalt der Chatprotokolle sei im Rechtsstreit verwertbar. Die Äußerungen des Klägers rechtfertigten aber die Kündigung nicht, da sie in einem privaten Chat gefallen seien und im Hinblick auf die Vertraulichkeit der Kommunikation besonderen Schutz genießen. Die Beklagte sei verpflichtet, dem Kläger unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges Vergütung bis zum 30.09.2021 abzüglich der erhaltenen Entgeltersatzleistungen zu zahlen. Der Kläger könne die Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses verlangen.
- 54 Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 183R-186 dA.), wegen der rechtlichen Würdigung durch das Arbeitsgericht auf die Entscheidungsgründe (Bl. 186-27189R dA.) Bezug genommen.
- 55 Gegen das ihr am 21.03.2022 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 19.04.2022, bei dem Landesarbeitsgericht Niedersachsen eingegangen am 19.04.2022 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27.06.2022 mit Schriftsatz vom 27.06.2022, bei dem Landesarbeitsgericht Niedersachsen eingegangen am 27.06.2022 begründet.
- 56 Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie trägt vor, die Äußerungen des Klägers in dem WhatsApp-Chat rechtfertigten die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger habe nicht darauf vertrauen dürfen, dass seine Äußerungen nicht nach außen getragen werden. In dem WhatsApp-Chat werden schriftliche Äußerungen produziert, die auch mit erheblichem zeitlichen Versatz außenstehenden Dritten vorgelegt werden könnten. Die Äußerungen seien in einem Mitarbeiterkreis von insgesamt 7 Arbeitskollegen gefallen. Hierbei handelt es sich nicht mehr um einen kleinen Personenkreis innerhalb dessen auf die Wahrung der Vertraulichkeit vertraut werden dürfe. Die Chat-Gruppe habe auch einen dienstlichen Bezug gehabt. Im Hinblick auf den Inhalt der Äußerungen sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar gewesen. Die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei eingehalten worden. Da die Kündigung wirksam gewesen sei, stünden dem Kläger die Vergütungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges nicht zu.
- 57 Die Beklagte beantragt,
- 58 das Urteil des Arbeitsgerichts Hannover vom 24. Februar 2022 – 10 Ca 148/21 – abzuändern, soweit es der Klage stattgegeben hat, und die Klage insgesamt abzuweisen.
- 59 Der Kläger beantragt,
- 60 die Berufung zurückzuweisen.
- 61 Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil als im Ergebnis richtig und trägt vor, der Inhalt des Chat-Verlaufes hätte im Rechtsstreit nicht verwertet werden dürfen, da er unter Verletzung der Grundrechte der Beklagten zur Kenntnis gelangt sei. Der Mitarbeiter S. habe durch trickreiches Vorgehen das Mitglied der Chat-Gruppe G. überlistet und sich den Chat-Verlauf verschafft. Die Äußerungen seien auch verfälscht und unvollständig wiedergegeben. Unter Berücksichtigung der verwendeten Medien und Emojis und des Zusammenhangs der Äußerungen ergebe sich ein anderer Inhalt.
- 62 Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer vom 19.12.2022 hat der Kläger erklärt,

er sei seit dem Ausspruch der Kündigung arbeitsunfähig erkrankt.

- 63 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze vom 27.06.2022, 21.07.2022 und 02.12.2022 sowie die Sitzungsniederschrift vom 19.12.2022 Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

- 64 Die Berufung der Beklagten ist zulässig und teilweise begründet.

I.

- 65 Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 64, 66 ArbGG und §§ 519, 520 ZPO).

II.

- 66 Die Berufung ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und die Verurteilung zur Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses richtet. Soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von Annahmeverzugsvergütung richtet, ist sie begründet. Die gleichwohl erfolgte vollständige Zurückweisung der Berufung im Tenor des Berufungsurteils beruht auf einem Fehler der Berufungskammer.

1.

- 67 Im Hinblick auf den Feststellungsantrag zu 1. ist die Berufung unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung vom 28.7.2021 beendet worden ist. Der Feststellungsantrag zu 1. ist zulässig und begründet.

- 68 Die Kündigung vom 28.7.2021 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien weder als außerordentliche fristlose noch als außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit gemäß § 626 Abs. 1 BGB beendet, denn sie ist unwirksam.

a.

- 69 Allerdings ist die Kündigung nicht unwirksam gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG.

- 70 Die Beklagte hat den bei ihr gebildeten Betriebsrat ordnungsgemäß zu der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses angehört.

- 71 Zwar hat die Beklagte dem Betriebsrat im Rahmen der Anhörung nicht mitgeteilt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nach dem anzuwendenden Manteltarifvertrag nicht ordentlich kündbar ist. Das Anhörungsschreiben enthält hierzu keine Angaben. Vielmehr hat die Beklagte eine anzuwendende Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Quartalsende angegeben und

mitgeteilt, sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise ordentlich zu kündigen. Dies steht der Ordnungsgemäßheit der Anhörung aber nicht entgegen.

- 72 Ungeachtet der Frage, ob ein besonderer Kündigungsschutz überhaupt zu den „Gründen für die Kündigung“ iSv. § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG gehören kann, muss ein Arbeitgeber, der außerordentlich fristlos kündigen möchte, dem Betriebsrat jedenfalls nicht mitteilen, dass dem Arbeitnehmer ein Sonderkündigungsschutz zukommt, der zwar eine ordentliche Kündigung weitgehend ausschließt, die Möglichkeit einer „fristlosen“ Kündigung aber ausdrücklich „unberührt“ lässt. Dem Betriebsrat werden insoweit keine Einwände abgeschnitten. Er kann der Absicht einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in beiden Fällen (ordentliche Kündbarkeit und ordentliche Unkündbarkeit) gleichermaßen entgegensetzen, dem Arbeitgeber sei es zuzumuten, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kündigungsfrist „real“ (ordentliche Kündbarkeit) oder „fiktiv“ (ordentliche Unkündbarkeit) ist; vgl. BAG, 7.5.2020, 2 AZR 678/19, Juris Rn. 16.
- b.
- 73 Die Kündigung ist auch nicht unwirksam gemäß § 626 Abs. 2 BGB.
- 74 Die Beklagte hat die Kündigung nicht nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen, denn zwischen dem Zeitpunkt, in dem der kündigungsberechtigte Personalleiter L. von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat und dem Zugang der Kündigungserklärung lagen nicht mehr als zwei Wochen. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB begann mit Abschluss der Anhörung des Klägers am 22.7.2021 zu laufen.
- 75 Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu laufen begännen. Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts und der Beweismittel verschaffen sollen. Soll der Kündigungsgegner angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen und nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten werden. Für die übrigen Ermittlungen gilt keine Regelfrist. Bei ihnen ist fallbezogen zu beurteilen, ob sie hinreichend zügig betrieben wurden. Sind die Ermittlungen abgeschlossen und hat der Kündigungsberechtigte eine hinreichende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt, beginnt der Lauf der Ausschlussfrist. Unbeachtlich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren; BAG, 27.6.2019, 2 ABR 2/19, Juris Rn. 23.
- 76 Der Personalleiter der Beklagten L. hat unstreitig erstmals am 7.7.2021 von der Chat-Gruppe und dem Inhalt des Chatverlaufs erfahren. Die Bestätigung des ehemaligen Mitarbeiters G. über die Authentizität des übersandten Chatverlaufs hat er erst nach dem 8.7.2021 erhalten. Dies ergibt sich auch aus dem Vortrag des Klägers, denn danach hat der Schwerbehindertenvertreter Wegener die Erklärung für den ehemaligen Mitarbeiter formuliert und diesem zur Unterschrift zugesandt. Unter Berücksichtigung der mit der Hin- und Rücksendung verbundenen Laufzeiten kann die Erklärung dem Personalleiter zumindest nicht lang vor dem von der Beklagten vorgetragenen Zeitpunkt, dem 14.7.2021, vorgelegen haben. Nachdem die Beklagte infolge der Erklärung des ehemaligen Mitarbeiters G. davon ausgehen konnte, dass es belastbare Beweise für die Richtigkeit des Chatverlaufs gibt, hat sie die weiteren Ermittlungen mit der gebotenen Eile durchgeführt. Im Hinblick auf den erheblichen Umfang des Chatverlaufs ist nicht zu erkennen, dass die Beklagte für die Auswertung eine unangemessen lange Zeit benötigt hat. Die Beklagte durfte auch die Anhörung des Klägers für geboten halten. Für die Bewertung der Äußerungen des Klägers im Hinblick auf ihre kündigungsrechtliche Relevanz konnte die Einordnung in ihren Kontext eine Rolle spielen. Insofern konnte eine entsprechende Erklärung des Klägers von Bedeutung sein. Nach Abschluss der Anhörung hat die Beklagte unmittelbar die Anhörung des Betriebsrates veranlasst und die Kündigung ausgesprochen.

c.

77 Die Kündigung ist aber unwirksam, weil es an einem wichtigen Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB fehlt. Es liegen keine Tatsachen vor, auf Grund derer der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Solche Tatsachen sind nicht in den Äußerungen des Klägers im Rahmen der Chatgruppe zu sehen.

(1)

78 Allerdings besteht für den Inhalt des Chat-Protokolls weder ein Sachvortragsverwertungs- noch ein Beweisverwertungsverbot.

79 In diesem Punkt folgt das Gericht in vollem Umfang den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen, macht sie sich zu eigen, verweist auf diese und stellt dies fest (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Von der Verweisung erfasst sind ausdrücklich die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils beginnend mit Seite 8 der Entscheidungsgründe unter I.A.2.a) (Bl. 186R – Bl. 187 dA.).

80 Im Hinblick auf das Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz sieht sich die Berufungskammer lediglich zu folgenden Ausführungen veranlasst.

81 Bei der Abwägung des Rechts der Beklagten, in einem gerichtlichen Verfahren ihren Standpunkt zu vertreten, dass sie berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zu beenden mit dem Recht des Klägers, der Verwendung der durch das Chatprotokoll gewonnenen Erkenntnisse entgegenzutreten gibt die Erlangung des Chatprotokolls durch den Mitarbeiter S. nicht für den Kläger den Ausschlag. In diesem Zusammenhang kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass sich der Mitarbeiter S. den Chatverlauf ohne Einwilligung oder gegen den erklärten Willen des ehemaligen Mitarbeiters G. auf sein Smartphone überspielt hat. Soweit der Mitarbeiter S. hierdurch rechtswidrig in das Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen haben sollte, trägt die Beklagte hierfür keine Verantwortung. Es ist weder vorgetragen, noch ersichtlich, dass die Beklagte den Mitarbeiter S. dazu veranlasst hat, sich den Chatverlauf zu verschaffen und diesen über den Betriebsrat an sie weiterzugeben. Die Beklagte hatte von dem Bestehen der Chatgruppe und dem Inhalt der ausgetauschten Nachrichten vorher keine Kenntnis. Demgegenüber muss dem Kläger bei seiner Beteiligung an dem Nachrichtenaustausch klar gewesen sein, dass der Inhalt seiner Nachrichten auf seinem Smartphone und den Smartphones der anderen Teilnehmer der Chatgruppe gespeichert wird und auch nach längerer Zeit abrufbar ist. Die Gefahr, dass ein Dritter Zugriff auf die gespeicherten Nachrichten erlangt, weil ein Mitglied der Chatgruppe die Vertraulichkeit nicht wahrt oder, wie hier vorgetragen, unfreiwillig eine Zugriffsmöglichkeit eröffnet, fällt in den Risikobereich des Klägers. Die gegebenenfalls rechtswidrige Erlangung der Nachrichten durch den Mitarbeiter S. begründet keinen weitergehenden Schutz der Daten (vgl. zur Begrenzung der Fernwirkung von Verfahrensfehlern im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren BVerfG, 8.12.2005, 2 BvR 1686/04).

82 Ein Verstoß durch die Verwertung des Inhalts des Chatprotokolls gegen die Datenschutz-Grundverordnung wird von dem Kläger nicht geltend gemacht und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich. Die Kammer geht insoweit von einer nach Art. 9 Abs. 2 Buchstabe f und Art. 6 Abs. 1 Unterabsatz 1 Buchstabe f DSGVO zulässigen und rechtmäßigen Datenverarbeitung aus.

(2)

83 Die Äußerungen des Klägers im Rahmen der Chatgruppe sind grundsätzlich geeignet, eine außerordentliche Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen, rechtfertigen aber im vorliegenden Fall aufgrund der Umstände unter denen sie gefallen sind die Kündigung nicht. Sie sind Bestandteil einer vertraulichen Kommunikation zwischen den Teilnehmern der Chatgruppe



und genießen als solche verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre der durch die Äußerungen betroffenen Personen vorgeht.

- 84 Auch in diesem Punkt folgt das Gericht in vollem Umfang den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen, macht sie sich zu eigen, verweist auf diese und stellt dies fest (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Von der Verweisung erfasst sind ausdrücklich die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils beginnend mit Seite 9 der Entscheidungsgründe unter I.A.3. (Bl. 187 – Bl. 188R dA.).
- 85 Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen sieht sich die Kammer zu folgenden Ausführungen veranlasst.
- 86 Zweifel an der Vertraulichkeit der Kommunikation des Klägers mit den anderen Mitgliedern der Chatgruppe ergeben sich nicht daraus, dass die Nachrichten schriftlich niedergelegt wurden. Allerdings weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass mit der Kommunikation über WhatsApp ein erhöhtes Risiko verbunden ist. Während das gesprochene Wort flüchtig ist, wird die Kommunikation in einem WhatsApp Chat dokumentiert. Sie wird auf sämtlichen mobilen Endgeräten der Gruppenmitglieder gespeichert und ist auch nach längerer Zeit reproduzierbar. Während ein Gesprächsinhalt nach Abschluss des Gespräches regelmäßig nur von den Gesprächsteilnehmern und aus dem Gedächtnis wiedergegeben werden kann, lässt sich der Inhalt der Kommunikation über WhatsApp vollständig nachvollziehen und belegen. Dies schränkt die Vertraulichkeit der Kommunikation aber nicht ein.
- 87 Bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Vertrauenspersonen, die in einer Sphäre fallen, die gegen die Wahrnehmung durch den Betroffenen oder Dritte abgeschirmt ist, tritt der Aspekt der Ehrverletzung eines von der Äußerung Betroffenen gegenüber dem einer freien Entfaltung der Persönlichkeit des sich Äußernden zurück. Zum Persönlichkeitsschutz gehört unter den Bedingungen eines besonderen Vertrauensverhältnisses die Möglichkeit des Einzelnen, seine Emotionen frei auszudrücken, geheime Wünsche oder Ängste zu offenbaren und das eigene Urteil über Verhältnisse und Personen oder eine entlastende Selbstdarstellung freimütig kundzugeben. Unter solchen Umständen getroffene Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, genießen in solchen Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht; BVerfG, 23.11.2006, 1 BvR 285/06, Juris Rn. 10. Das schließt auch schriftliche Äußerungen ein (zur Einbeziehung schriftlicher Äußerungen von Strafgefangenen, deren Post der Briefkontrolle unterliegt, in den Schutz der Vertrauensbeziehung vgl. BVerfG, 11.4.1973, 2 BvR 701/72).
- 88 Der Austausch zwischen dem Kläger und den anderen Mitgliedern der Chatgruppe war auf Vertraulichkeit ausgerichtet. Die Mitglieder haben untereinander Ende-zu-Ende verschlüsselte Nachrichten ausgetauscht, die für Außenstehende nicht einsehbar waren. Die Beklagte hat nicht bestritten, dass zwischen den Mitgliedern ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden hat. Die Mitglieder sind langjährig befreundet bzw. im Fall der Mitglieder G. miteinander verwandt. Auf die Zusammensetzung der Gruppe hatten alle Mitglieder Einfluss. Zwar können weitere Mitglieder hinzugefügt werden. Dies ist aber nur im Falle des ehemaligen Mitarbeiters G. im Einverständnis aller Gruppenmitglieder erfolgt. Es mag sein, dass auch ohne Einwilligung oder gegen den Willen des Klägers andere Gruppenmitglieder hätten hinzugefügt werden können. Dies wäre aber vom Kläger bemerkt worden und er hätte seine Kommunikation an eine veränderte Gruppenzusammensetzung anpassen können, wenn aus seiner Sicht die Vertraulichkeit durch die Gruppengröße oder Zusammensetzung beeinträchtigt wäre.
- 89 Die Annahme der Vertraulichkeit ist nicht wegen der Größe der Chatgruppe ausgeschlossen. Die Äußerungen sind nicht vor einem Kreis von Mitarbeitern gefallen, der so groß war, dass der Kläger nicht sicher davon ausgehen durfte, dass seine Kollegen seine Äußerungen für sich behalten würden (vgl. hierzu BAG, 17.3.2000, 2 AZR 927/98, Juris Rn. 25). Die Chatgruppe war mit sechs bzw. sieben Mitgliedern noch leicht zu überschauen. Der Zugang zur Chatgruppe konnte vom Kläger kontrolliert werden und er konnte sicher davon ausgehen, dass er die

Aufnahme weiterer Mitglieder bemerkte. Zu allen Mitgliedern der Gruppe hatte der Kläger ein enges persönliches Verhältnis, das geeignet war, sein Vertrauen auf die Verschwiegenheit der Gruppenmitglieder Dritten gegenüber zu begründen. Er konnte daher davon ausgehen, dass seine Äußerungen über Dritte diesen nicht zur Kenntnis gelangen. Dies gilt umso mehr, als die Mitarbeiter in der Chat-Gruppe bereits seit dem Jahr 2014 Nachrichten ausgetauscht haben, ohne dass diese Außenstehenden bekannt geworden sind.

- 90 Die Chatgruppe hatte auch keinen dienstlichen Bezug. Sie ist von den Mitgliedern als private Gruppe gebildet worden. Soweit sie sich über Arbeitskollegen und Geschehnisse am Arbeitsplatz ausgetauscht haben, begründet dies keinen dienstlichen Bezug. Insofern handelt es sich lediglich um einen privaten Meinungsaustausch, der sich wegen der gemeinsamen Tätigkeit für die Beklagte auch mit Aspekten des Arbeitslebens der Gruppenmitglieder auseinandersetzt.
- 91 Der Kläger hat auch seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB nicht dadurch verletzt, dass er versucht hat, die anderen Gruppenmitglieder zu arbeitsvertragswidrigem oder strafbarem Handeln zu bewegen. Soweit Äußerungen über gewalttätiges Verhalten gegenüber Mitgliedern der Geschäftsführung der Beklagten und des Betriebsrates erfolgt sind, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich dahinter eine Absicht, entsprechend tätig zu werden verborgen hat. Es ist nicht erkennbar, dass ein Mitglied der Gruppe insoweit tonangebend war. Ebenso wenig ist erkennbar, dass die Mitglieder der Gruppe die genannten Aktionen tatsächlich geplant haben. Die Beklagte hat auch nicht zu Beeinträchtigungen des Betriebsfriedens durch Äußerungen des Klägers gegenüber Dritten oder zu Schlechtleistungen des Klägers vorgetragen. Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, hat der Kläger seine im Rahmen des Chats geäußerte Haltung nicht nach außen getragen.
- 92 Schließlich sind die Äußerungen des Klägers im Rahmen des Gruppenchats nicht geeignet, eine personenbedingte Kündigung zu rechtfertigen.
- 93 Mit der Befugnis zur personenbedingten Kündigung wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung vertragsgerecht zu erfüllen; vgl. BAG, 6.9.2012, 2 AZR 372/11, Juris Rn. 19.
- 94 Die Äußerungen des Klägers lassen nicht den Schluss zu, er sei für die von ihm zu erbringenden Tätigkeit nicht geeignet. Sie mögen unangemessen und beleidigend gewesen sein und fremdenfeindliche und sexistische Inhalte gehabt haben. Es ist aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Kläger außerhalb des Gruppenchats entsprechende Äußerungen getätigt oder entsprechende Verhaltensweisen gezeigt hat. Gegen die Qualität seiner Arbeitsleistungen hat die Beklagte vielmehr keine Einwände erhoben.
- 2.
- 95 Soweit sich die Berufung gegen die Verurteilung der Beklagten zur Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses richtet, ist sie unbegründet, da der darauf gerichtete Antrag des Klägers zulässig und begründet ist.
- 96 Die Beklagte ist, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, gemäß § 106 GewO verpflichtet, dem Kläger ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen.
- 3.
- 97 Im Hinblick auf die Verurteilung zur Zahlung von Annahmeverzugsvergütung ist die Berufung begründet.

98 Die Zahlungsklage des Klägers ist durch seine Erklärung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 19.12.2022 unschlüssig geworden. Der Kläger hat im Rahmen von Vergleichsgesprächen erklärt, er sei nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung erkrankt und arbeitsunfähig gewesen. Damit liegen die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Annahmeverzugsvergütung nicht vor. Der Arbeitgeber gerät unbeschadet der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung aus in seiner Person liegenden Gründen zu bewirken. Die Leistungsfähigkeit ist somit - neben dem Leistungswillen - eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss; vgl. BAG, 21.7.2021, 5 AZR 543/20, Juris Rn. 9 m. w. N..

99 Da der Kläger arbeitsunfähig erkrankt gewesen ist, hat seine Leistungsfähigkeit nicht vorgelegen. Es mag sein, dass dem Kläger jedenfalls für einen Teil des streitigen Zeitraums ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß § 3 Entgeltfortzahlungsg zugestanden hat. Dessen Höhe lässt sich für die Kammer aber nicht berechnen, da keine Einzelheiten zu den Erkrankungszeiträumen vorgetragen worden sind.

100 Soweit die Berufung insgesamt zurückgewiesen worden ist, hat die Kammer bei ihrer Entscheidung die Bedeutung der Erklärung des Klägers im Rahmen der Vergleichsverhandlungen über den Feststellungsantrag für den Zahlungsantrag nicht erkannt.

III.

101 Auch das weitere Vorbringen der Beklagten, auf das in diesem Urteil nicht mehr besonders eingegangen wird, weil die Entscheidungsgründe gemäß § 313 Abs. 3 ZPO lediglich eine kurze Zusammenfassung der tragenden Erwägungen enthalten sollen, führt nicht zu einem abweichenden Ergebnis.

IV.

102 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die Zulassung der Revision folgt aus § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.