

4 Sa 391/09
2b Ca 7565/08 H
(ArbG München)

Verkündet am: 01.04.2010

Heger
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

TEILURTEIL

In dem Rechtsstreit

B.
B-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte C.
C-Straße, C-Stadt

gegen

Firma D. GmbH
D-Straße, D-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt E.
E-Straße, E-Stadt

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtlichen Richter Batz und Helmschrott

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Teilurteil des Arbeitsgerichts München vom 25. Februar 2009 - 2b Ca 7565/08 H - in Ziffer 1. teilweise abgeändert:**

Es wird festgestellt, dass durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 20. September 2005 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst worden ist.

- II. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.**

- III. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten im vorliegend entschiedenen Zusammenhang um die Rechtswirksamkeit einer – weiteren, zunächst als vorsorgliche ausgesprochenen – außerordentlichen Kündigung der beklagten Arbeitgeberin gegenüber dem Kläger.

Der – nach den vorliegenden Unterlagen: am 0.0.1953 geborene, verheiratete – Kläger war auf der Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 12.01.1999 (Anl. K4 Bl. 4 bis 6 d. A.) ab 01.02.1999 als „Triebfahrzeugführer“ – Lokomotivführer – bei der Beklagten, die einen Privatbahnlinienvorkehr in Oberbayern betreibt, mit einer Vergütung von zuletzt ca. 0,00 brutto/Monat beschäftigt.

Die Beklagte hatte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger erstmals mit Schreiben vom 07.09.2005 außerordentlich fristlos, gleichzeitig hilfsweise ordentlich (aufgrund der anwendbaren tarifvertraglichen Kündigungsfrist: zum 31.12.2005) gekündigt. Diese Kündigung ist insgesamt Gegenstand einer anderen, früheren, mit Klageschriftsatz vom 16.09.2005 eingereichten, Kündigungsschutzklage (München, Az. 2b Ca 14552/05 H). Streitgegenstände des vorliegenden Rechtsstreits gemäß, zunächst, Klageschriftsatz vom 23.09.2005 sind eine weitere vorsorgliche außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 20.09.2005 (Bl. 7 d. A.) – über die durch vorliegendes Urteil entschieden ist - sowie nachfolgende, jeweils mit Schreiben vom 28.09.2005 ebenfalls vorsorglich zum einen als außerordentliche fristlose und zum anderen gleichzeitig als hilfsweise ordentlich fristgemäß - wiederum zum 31.12.2005 - ausgesprochene Kündigungen der Beklagten (Anl. K3 u. K4, Bl. 14 u. Bl. 15 d. A.).

Im (ersten) Rechtsstreit hatte das Arbeitsgericht mit Endurteil vom 19.05.2006 die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung vom 07.09.2005 sowohl als außerordentlicher fristloser als auch als ordentlicher Kündigung festgestellt, gleichzeitig jedoch das Arbeitsverhältnis auf Antrag der Beklagten zum 31.12.2005 gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst. Im Verfahren über die von beiden Parteien hiergegen eingelegten Berufungen hat das Landesarbeitsgericht (Az. 8 Sa 787/06) nach durchgeführter Beweisaufnahme mit Beschluss vom 12.02.2008 diesen Rechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung im vorliegenden Verfahren über die zeitlich späteren Kündigungen (vom 20.09.2005 und vom 28.09.2005) mit der näheren Begründung ausgesetzt, dass sich die Berufungskammer jedenfalls hinsichtlich der dort erstinstanzlich auch entschiedenen ordentlichen Kündigung vom 07.09.2005 im Hinblick auf die im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen späteren außerordentlichen fristlosen Kündigungen vom 20.09.2005 und vom 28.09.2005 an einer Entscheidung gehindert sehe und sie angesichts der Begründung „dieser beiden Kündigungen“ von der Möglichkeit einer (Teil-)Entscheidung über die Rechtswirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 07.09.2005 als solcher absehe.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das Arbeitsgericht München mit Urteil vom 25.02.2009 die Klage hinsichtlich der gestellten Anträge zur außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 20.09.2005 und gleichzeitig hinsichtlich der nachfolgenden (dritten) außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 28.09.2005 abgewiesen. Auf Hinweis der Berufungskammer auch darauf, dass über die hier streitgegenständlichen Kündigungen –

die außerordentliche fristlose Kündigung vom 20.09.2005 und die weitere vorsorgliche außerordentliche fristlose und gleichzeitige hilfsweise ordentliche Kündigung jeweils vom 28.09.2005 - erst nach rechtskräftiger Entscheidung im Parallelverfahren (8 Sa 787/06) über die zeitlich vorangegangene (erste) Kündigung vom 07.09.2005 als außerordentlicher fristloser Kündigung i. S. deren Rechtsunwirksamkeit und damit des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses über diesen Termin hinaus entschieden werden könne, hat die Beklagte mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 07.12.2009 zum dortigen Berufungsverfahren mitteilen lassen, dass die Frage der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 07.09.2005 (als solcher) nicht weiter verfolgt werde – was die zuständige 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts München mit Beschluss vom 07.12.2009 als Rücknahme der Berufung der Beklagten hinsichtlich der erstinstanzlichen Entscheidung zur Kündigung vom 07.09.2005 in deren Form als außerordentlicher Kündigung gewertet hat.

Die Beklagte stützt die vorliegend gegenständliche außerordentliche Kündigung vom 20.09.2005 allein darauf, dass der Kläger am 25.08.2005 bei der Polizeiwache in A-Stadt mit dem Ziel vorgesprochen habe, die Beklagte anzuschwärzen und in Misskredit zu bringen, insbesondere ein aufsichtsrechtliches Verfahren des Eisenbahnbundesamtes als unmittelbarer Aufsichtsbehörde gegen die Beklagte einzuleiten. Wohl als Reaktion auf die vorausgegangenen Abmahnungen habe der Kläger hierbei wahrheitswidrige Behauptungen aufgestellt, dass es bei der Beklagten erhebliche Probleme mit der Funktion der Bremsanlage gegeben, er die Beklagte bereits mehrfach in schriftlicher Form über einen sog. Störbogen davon in Kenntnis gesetzt gehabt habe und in der Vergangenheit auch mit Bränden bei/von der Beklagten nachlässig umgegangen worden sei.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts hinsichtlich der durch das vorliegende Urteil des Berufungsgerichtes allein entschiedenen außerordentlichen Kündigung vom 20.09.2008 und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im ersten Rechtszug hierzu im Übrigen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Teilurteils des Arbeitsgerichtes München vom 25.02.2009, das den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 20.04.2009 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses die Klage – auch – hinsichtlich der außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 20.09.2005 mit der Begründung abgewiesen hat, dass diese Kündigung nicht wegen unterbliebener oder nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates oder im Hinblick auf die Einhaltung

der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam und unter den Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB berechtigt sei, da das Gespräch des Klägers am 25.08.2005 in der Polizeiinspektion C-Stadt über die behaupteten Sicherheitsmängel bei der Beklagten als Kündigungsgrund an sich geeignet sei, weil der Kläger dort zumindest leichtfertig falsche Angaben gemacht und damit gerechnet habe, dass Ermittlungen gegen die Beklagte durch das Eisenbahnbundesamt oder die Staatsanwaltschaft eingeleitet würden, was mit dem Ziel des Klägers erfolgt sei, die Beklagte anzuschwärzen und in Misskredit zu bringen. Der Kläger habe in diesem Gespräch massive Sicherheitsvorwürfe gegen die Beklagte erhoben, ohne dass er im vorliegenden Verfahren mehr als einen einzigen konkreten Fall einer beeinträchtigten Bremsfunktion des vom Kläger gesteuerten Zuges benennen hätte können oder Anhaltspunkte für Bremsprobleme in den Zügen der Beklagten sonst vorlägen. Die Unterstellungen des Klägers hierzu erschienen deshalb absolut abstrus. Damit sei auch unter Berücksichtigung der erforderlichen Interessenabwägung die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 20.09.2005 wirksam und habe das Arbeitsverhältnis beendet - weshalb die Kündigungsschutzklage hinsichtlich der weiteren außerordentlichen Kündigung zum 28.09.2005 ebenfalls unbegründet sei, da damit zu diesem Zeitpunkt gar kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden habe, das aufgelöst hätte werden können.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 08.05.2009, am selben Tag zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht eingegangen, zu deren Begründung er nach auf seinen Antrag erfolgter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 22.07.2009 mit Schriftsatz vom selben Tag, an diesem Tag wiederum zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, ausgeführt hat, dass dem Bericht des Klägers gegenüber einem ihm bekannten Polizisten in A-Stadt über sicherheitsrelevante Mängel an den Fahrzeugen der Beklagten, der der fristlosen Kündigung vom 20.09.2005 zugrunde liege, vorausgegangen sei, dass er als verantwortlicher Zugführer am 17.07.2005 zum wiederholten Male Probleme mit der exakten Funktion der Getriebbremse des von ihm gesteuerten Zuges gehabt habe, welche Probleme die Beklagte offensichtlich gekannt, jedoch nicht ausreichend ernst genommen, sondern abgestritten habe. Der Kläger habe diese Beeinträchtigung der Bremsfunktion an dem von ihm gesteuerten Zug an diesem Tag spätabends bei Dienstschluss in das sog. Übergabebuch eingetragen. Am Folgetag, 18.07.2005, ha-

be der Kläger allerdings sehen müssen, dass der von ihm am Vortag gefahrene fehlerhafte Zug bereits wieder anderweitig in Einsatz gewesen sei, worüber der Kläger beunruhigt gewesen sei. Am Folgetag habe dieser Zug an einem Bahnübergang zwischen F-Stadt und G-Stadt eine Notbremsung durchgeführt und sei erst einige Meter hinter dem Bahnübergang zum Stehen gekommen, weshalb es zu einer Kollision mit einem Pkw gekommen sei, dessen Insasse getötet worden sei. Nach Kenntnis des Klägers sei dieser Vorfall trotz des tödlichen Unfalls von der Staatsanwaltschaft nicht weiter untersucht worden, weshalb ungeprüft geblieben sei, ob dieser Zug wegen der vom Kläger zuvor wahrgenommenen Bremsprobleme einen zu langen Bremsweg gehabt habe – bei korrekter Anwendung der Vorschriften hätte dieser Zug vor dem Bahnübergang zum Stehen kommen müssen, wodurch der tödliche Unfall vermieden worden wäre. Ähnliche Eindrücke mangelnden Sicherheitsdenkens bei der Beklagten habe der Kläger auch sonst gewonnen; er habe eine Häufung von Bränden im Zugbetrieb der Beklagten erlebt, ohne dass deren Ursachen abschließend geklärt worden seien, deshalb Wiederholungsgefahr wegen eines Konstruktionsfehlers nicht ausgeschlossen gewesen sei. Nach dem tödlichen Unfall vom 19.07.2005 habe der Kläger sich verstärkt Sorgen gemacht, selbst einmal in einen solchen Unfall verwickelt zu werden, weshalb er – nachdem er bei der Geschäftsleitung mit seinen Sicherheitsbedenken nicht durchgedrungen sei - nach einigen Wochen einen befreundeten Polizisten um Rat gefragt habe, wobei er hierdurch weder bei der Muttergesellschaft noch beim Eisenbahnbundesamt förmliche Schritte gegen seinen Arbeitgeber einleiten habe wollen. Ihm sei zwar im Verlauf des Gesprächs bewusst geworden, dass letztlich auch der Vorgesetzte des Polizisten von diesem Gespräch erfahren würde, er habe aber nicht im Entferntesten damit gerechnet, dass der Aktenvermerk hierüber sofort dem Eisenbahnbundesamt übermittelt werden würde. Der Kläger habe in diesem Gespräch mit dem Sachbearbeiter der Polizei weder falsche Angaben gemacht noch hätten diese dem „Anschwärzen“ der Beklagten, vielmehr den Sicherheitsbelangen gedient. Damit seien die schützenswerten Rechte der Beklagten an einem guten Leumund mit dem Interesse des Klägers an seiner körperlichen Unversehrtheit, seiner Verantwortlichkeit als Zugführer und seinem strafrechtlichem Risiko abzuwägen gewesen.

Der Kläger beantragt:

Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 20.09.2005 ausgesprochene außerordentliche und fristlose Kündigung, dem Kläger zugegangen am 22.09.2005, das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet hat.

Die Beklagte trägt zur Begründung ihres Antrages auf Zurückweisung der Berufung vor, dass das Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis richtig und es ihr nicht mehr zumutbar sei, den Kläger weiterzubeschäftigen. Motivation seines Handels sei es entgegen seiner Behauptung nicht gewesen, im Gespräch mit dem Polizeibeamten Bedenken hinsichtlich der Betriebssicherheit der von der Beklagten eingesetzten Züge zum Ausdruck zu bringen, sondern der Kläger sei verärgert darüber gewesen, dass er wegen Fehlverhaltens zuvor dreimal arbeitsrechtlich abgemahnt gewesen sei, vor allem wegen Geschwindigkeitsüberschreitungen in sog. Langsamfahrstellen, weshalb er versucht habe, für sich eine „Story“ zu erfinden, um seine unverantwortlichen Geschwindigkeitsüberschreitungen zu bagatellisieren. Der Kläger habe geglaubt, dass dann, wenn er nur genügend Staub aufwirble, sein pflichtwidriges Verhalten nicht mehr erkennbar sei oder in den Hintergrund trete. Mit dem Gespräch bei der Polizei habe der Kläger zur Vermeidung einer Kündigung wegen erneuter Geschwindigkeitsüberschreitungen nach Mitteln und Wegen zur Bagatellisierung der ihm zur Last gelegten Verstöße gesucht. Die Behauptungen des Klägers, dass am 17.07.2005 zum wiederholten Male Probleme mit der exakten Funktion der Getriebepbremse des von ihm gefahrenen Zuges aufgetreten seien, würden bestritten. Lediglich nach der Abmahnung des Klägers vom 20.06.2005 wegen eines Geschwindigkeitsverstoßes am 14.06.2005 sei am 22.06.2005 auf dem Schreibtisch des Triebfahrzeugdisponenten der Beklagten im Bahnbetriebswerk A-Stadt einmal ein vom Kläger ausgestellter Störbogen aufgetaucht, woraufhin der monierte Tachometer ersetzt und überprüft und dabei ein einwandfreies Funktionieren und eine optimale Einstellung dieses Gerätes festgestellt worden seien. Sonstige Fehlermeldungen habe der Kläger zu keinem Zeitpunkt abgegeben. Das Verhalten des Klägers sei umso schlimmer, da er seine frei erfundene Geschichte mit seinem Zug verknüpfe, der, wie aus der Presse bekannt, wenig später in einen Unfall mit Personenschaden verwickelt worden sei, weil ein

Krafffahrer das Warnsignal am Bahnübergang übersehen gehabt habe. Dass der Kläger hierbei ins Blaue hinein phantasiert habe, werde letztlich auch dadurch belegt, dass sowohl das durchgeführte Ermittlungsverfahren als auch Ermittlungen des Eisenbahn Bundesamtes zu keinem Ergebnis gelangt seien. Der vom Kläger gegen die Beklagte erhobene Vorwurf, mindestens fahrlässig den Tod eines anderen Menschen verursacht zu haben, wiege schwer. Das Arbeitsgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass dieses Gespräch in der Polizeiwache A-Stadt zur Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung an sich geeignet sei, da der Kläger nicht ernsthaft damit gerechnet habe, dass dieses Gespräch mit dem ihm bekannten Polizeibeamten unter vier Augen bleiben würde, sondern weitere Folgen nach sich ziehen müsse, zumal es sein Ziel gewesen sei, die von ihm behaupteten Missstände bei der Beklagten abzustellen. Auch die Grundsätze der Interessenabwägung könnten der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 20.09.2005 nicht entgegenstehen. Hierbei verdienen die Gründe, die den Arbeitnehmer zur Anzeigerstattung bewogen hätten, besondere Bedeutung. Erfolge die Erstattung der Anzeige ausschließlich, um den Arbeitgeber zu schädigen bzw. „fertigzumachen“, könne eine unverhältnismäßige Reaktion vorliegen.

Wegen des Vorbringens der Parteien im zweiten Rechtszug zur vorliegend allein entschiedenen außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 20.09.2005 im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 22.07.2009 und vom 27.08.2009 sowie - hinsichtlich der prozessualen, entscheidungsstrategischen, Situation - auf die rechtlichen Hinweise der Berufungskammer gemäß der entsprechenden Feststellungen in der Sitzungsniederschrift vom 29.10.2009 Bezug genommen.

Das Berufungsgericht hat aufgrund Beweisbeschlusses vom 11.03.2010 Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme des von beiden Parteien benannten Zeugen H. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 11.03.2010 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers hat zunächst hinsichtlich der Entscheidung des Arbeitsgerichtes zur weiteren außerordentlichen fristlosen Kündigung der Beklagten vom 20.09.2005 in der Sache Erfolg.

I.

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung des Klägers ist begründet, soweit sie sich gegen die erstinstanzliche Entscheidung zur Wirksamkeit der – weiteren – außerordentlichen fristlosen Kündigung der Beklagten vom 20.09.2005 richtet.

1. Im Anschluss an die ausführlichen rechtlichen Hinweise der Berufungskammer in der (ersten) mündlichen Verhandlung am 29.10.2009, die in der dortigen Sitzungsniederschrift festgehalten sind, wird - auch im Hinblick auf die Fortsetzung des Berufungsverfahrens und die prozessuale Entscheidungssituation - auf Folgendes hingewiesen:

a) Die Entscheidung über die im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen, zunächst konsequent als vorsorgliche ausgesprochenen, weiteren Kündigungen der Beklagten – die außerordentliche fristlose Kündigung vom 20.09.2005, über die vorliegend befunden ist, und die wiederum zeitlich danach erklärte vorsorgliche außerordentliche fristlose Kündigung vom 28.09.2005 sowie die ordentliche Kündigung ebenfalls vom 28.09.2005 zum 31.12.2005 – setzt zwingend voraus, dass zuvor rechtskräftig feststeht, dass zu diesen Zeitpunkten überhaupt ein, damit allererst kündbares – weil erst dadurch

von den vorsorglichen Kündigungen vom 20.09.2005 und vom 28.09.2005 erfassbares –, Arbeitsverhältnis bestand. War das Arbeitsverhältnis bereits durch die erste, außerordentliche fristlose, Kündigung vom 07.09.2005 beendet, wäre damit allen späteren Kündigungen, auch der hier unmittelbar streitgegenständlichen außerordentlichen fristlosen Kündigung mit Schreiben der Beklagten vom 20.09.2005, der Boden entzogen – diese damit, als konsequent vorsorgliche erklärte, automatisch obsolet.

Dies bedingt zwangsläufig, dass vor einer Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit über die nachrangigen – vorsorglichen - Kündigungen die zeitlich als erste ausgesprochene und zeitlich am frühesten wirkende Kündigung der Beklagten – die außerordentliche, hilfsweise fristgemäß (ebenfalls zum 31.12.2005) ausgesprochene, Kündigung vom 07.09.2005 - als solche außerordentliche fristlose Kündigung im Parallelverfahren rechtskräftig für rechtsunwirksam befunden sein musste (vgl. hierzu näher etwa BAG, U. v. 27.04.2006, 2 AZR 360/05, AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969 – Az. 17 f/25 - ; BAG, B. v. 26.06.2008, 6 AZN 648/07, AP 66 zu § 4 KSchG 1969 – Rz. 12 - ; U. v. 10.11.2005, 2 AZR 623/04, EzA Nr. 11 zu § 626 BGB 2002 – I. 1. b aa der Gründe - ; U. v. 16.06.2005, 6 AZR 451/04 EzA Nr. 15 zu § 17 KSchG – III. 3. a der Gründe - ; U. v. 28.11.2007, 5 AZR 952/06 EzA Nr. 4 zu § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung – Rz. 12 – , jeweils m. w. N.).

b) Solange dies noch offen war, hätte deshalb im vorliegenden Verfahren über die späteren konsequent zunächst vorsorglichen – zeitlich später erklärten und als außerordentliche fristlose Kündigungen das Arbeitsverhältnis später beendenden –, Kündigungen vom 20.09.2005 und vom 28.09.2005 nicht entschieden werden können und dürfen – bzw. hätte, bei jeder rechtskräftigen Entscheidung über diese hier gegenständlichen späteren Kündigungen vor Abschluss des Verfahrens über die vorrangige erste außerordentliche fristlose Kündigung vom 07.09.2005, damit zwangsläufig deren Rechtsunwirksamkeit festgestanden, da die Möglichkeit einer abweichenden gerichtlichen Entscheidung über die Unwirksamkeit der zeitlich ersten Kündigung vom 07.09.2005 als außerordentlicher fristloser Kündigung zur Rechtskraftdurchbrechung (§ 323 ZPO) der Entscheidung über die spätere(n) Kündigung(en) vom 20.09.2005 und vom 28.09.2005 führen könnte (vgl. BAG, aaO).

Aus diesen Gründen hätte das Arbeitsgericht vor rechtskräftigem Abschluss des somit insoweit vorgreiflichen anderen Verfahrens über die Kündigung vom 07.09.2005 als außerordentlicher fristloser Kündigung hier erstinstanzlich nicht bereits über die vorliegend verfahrensgegenständlichen nachfolgenden Kündigungen entscheiden dürfen – umso weniger im anderen Verfahren (Arbeitsgericht München, Az. 2b Ca 14552/05 H bzw. nunmehr LAG München, 8 Sa 787/06) über die Rechtswirksamkeit der Kündigung vom 07.09.2005 als hilfsweise ordentlicher Kündigung zum 31.12.2005 befinden (und das Arbeitsverhältnis, wie dort geschehen, zu diesem Termin auflösen) können, da auch Letzteres logisch zwingend voraussetzt, dass die vorliegend streitgegenständlichen späteren Kündigungen vom 20.09.2005 (als allein fristlose Kündigung) und vom 28.09.2005 (sowohl als außerordentliche fristlose als auch als ordentliche Kündigung ebenfalls zum 31.12.2005) das Arbeitsverhältnis ebenso nicht bereits rechtswirksam vor oder mit dem 31.12.2005 aufgelöst gehabt hätten (!) – was eben vor Rechtskraft einer Entscheidung über die außerordentlichen Kündigungen vom 20.09.2005 und vom 28.09.2005, Letztere auch als hilfsweise ordentliche Kündigung zum 31.12.2005, eine stattgebende Entscheidung über die (hilfsweise) ordentliche Kündigung vom 07.09.2005 zum 31.12.2005 und Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu letzterem Termin ausgeschlossen hätte.

Damit hätte auch der Aussetzungsbeschluss der 8. Kammer des LAG München im Kündigungsschutzverfahren über die Kündigung vom 07.09.2005 hinsichtlich dieser - als außerordentlicher fristloser - vorgreiflichen Kündigung insoweit nicht ergehen dürfen (dies haben allerdings beide Parteien ohne Weiteres hingenommen – weshalb sie an der vor allem auch hierdurch verursachten mittlerweile nicht unerheblichen Gesamtvorfahrendauer eine „Mitschuld“ treffen dürfte ...).

c) Nachdem jedoch die Beklagte nach den entsprechenden Hinweisen der Berufungskammer in der mündlichen Verhandlung vom 29.10.2009 endlich – ersichtlich auf nochmalige Nachfrage des zwischenzeitlichen Vorsitzenden der 8. Kammer – mit Schriftsatz vom 07.12.2009 zum Verfahren 8 Sa 787/06 erklärt hat, dass die dort mit „Anschlussberufung“ (?) geltend gemachte Wirksamkeit der Kündigung vom 07.09.2009 als außerordentlicher (fristloser) Kündigung nicht mehr weiterverfolgt werde – was die Kammer 8 mit Beschluss vom 07.12.2009 konsequent als Rücknahme der Berufung der Beklagten dort hinsichtlich der erstinstanzlichen Entscheidung zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 07.09.2009 als außerordentlicher Kündigung gewertet hat – , war, alle-

rerst, der Weg zur Verhandlung und Entscheidung über die vorliegenden streitgegenständlichen späteren Kündigungen der Beklagten, zunächst der hier entschiedenen außerordentlichen Kündigung vom 20.09.2005, frei.

d) Aus im Ergebnis ähnlichen Gründen wie vorstehend hätte das Arbeitsgericht hier auch nicht durch „Teilurteil“ entscheiden dürfen, da es in der Sache sowohl die außerordentliche fristlose Kündigung vom 20.09.2005 als materiellrechtlich wirksam angesehen und auch gleichzeitig - damit überflüssig – über die weitere vorsorgliche fristlose Kündigung vom 28.09.2005 (!) und damit aus seiner Sicht über den Streitstoff dieses Rechtsstreits insgesamt entschieden hat ...

2. Die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 20.09.2005 – die allein als solche, als einzige der in beiden (Berufungs-)Verfahren streitgegenständlichen Kündigungen, nicht gleichzeitig vorsorglich auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen ist – ist rechtsunwirksam.

a) Eine außerordentliche Kündigung setzt das Vorhandensein eines wichtigen Grundes und damit das Vorliegen von Tatsachen voraus, auf Grund derer dem - hier - kündigenden Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der Frist einer ordentlichen Kündigung nicht zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB) - wobei hierbei näher zu prüfen ist, ob zunächst ein Sachverhalt vorliegt, der an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu bilden, und ob dieser sodann auch bei Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermag (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts). Die außerordentliche Kündigung muss die ultima ratio sein, sie ist deshalb nur zulässig, wenn die Kündigungsgründe das Arbeitsverhältnis so unzumutbar belasten, dass keine mildereren Mittel - wie eine ordentliche Kündigung, Änderungskündigung, Versetzung oder Abmahnung - in Betracht kommen (ebenso ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. zuletzt etwa U. v. 05.11.2009, 2 AZR 609/08, NJW 2010, S. 955 f – Rz. 12 -).

b) Die Beklagte stützt diese Kündigung vom 20.09.2005 darauf – und kann sich wegen der nur hierauf bezogenen Anhörung des Betriebsrates mit Schreiben vom 15.09.2005 (Anl. B 2, Bl. 51 bis Bl. 53 d. A.) materiellrechtlich allein darauf stützen (vgl. auch unten 3.) - , dass der Kläger die Beklagte, deren Geschäftsführer, am 25.08.2005 gegenüber der Polizeiinspektion C-Stadt/A-Stadt – dem zweitinstanzlich vernommenen Zeugen H. – wegen angeblicher Sicherheitsmängel bei der Beklagten aus haltlosen Gründen „angeschwärzt“ und damit, absichtlich, behördliche Verfahren gegen die Beklagte initiiert habe.

aa) Nach der einschlägigen Rechtsprechung insbesondere des Bundesarbeitsgerichts ist bei der kündigungsrechtlichen Bewertung von Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber, ebenso von Anzeigen gegenüber (Aufsichts-)Behörden u. ä. zu berücksichtigen, dass hierin zwar eine kündigungsrelevante Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten, der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht (§ 242 BGB), auch gemäß vorstehender Ausführungen i. S. eines Grundes für eine außerordentliche Kündigung „an sich“ liegen kann, jedoch zu beachten ist, dass zum einen bei schwerwiegenden Vorwürfen ein sonst im Regelfall erforderlicher vorausgegangener Versuch einer innerbetrieblichen Klärung nicht notwendig ist und zum anderen der Arbeitnehmer mit der Erstattung einer Strafanzeige grundsätzlich ein staatsbürgerliches Recht, ein von der Rechtsordnung eingeräumtes Grundrecht, in Anspruch nimmt und die Reichweite und Grenzen der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht durch die Grundrechte näher ausgestaltet sind. Dies impliziert, dass es mit den Grundgeboten des Rechtsstaats nicht vereinbar ist, wenn derjenige, der in gutem Glauben – ohne wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben hierbei gemacht zu haben - eine Strafanzeige erstattet, Nachteile dadurch erleiden soll, dass sich seine Behauptung nach behördlicher Prüfung später als unrichtig oder nicht aufklärbar erweist. Die (nicht wissentliche unwahre oder leichtfertige) Strafanzeige eines Bürgers liegt im allgemeinen Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens und an der Aufklärung von Straftaten, worauf der Rechtsstaat nicht verzichten kann. Jedoch darf sich die Anzeige des Arbeitnehmers nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten darstellen, wofür indiziell sowohl die nachfolgende Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen können; auch die Gründe, die den Arbeitnehmer zur Anzeigerstattung bewogen haben,

verdienen besondere Beachtung. Es ist deshalb im Einzelfall zu bestimmen, wann dem Arbeitnehmer ein vorheriges innerbetriebliches Vorgehen ohne Weiteres zumutbar ist und ein Unterlassen deshalb ein pflichtwidriges Verhalten darstellt (vgl. näher BAG, U. v. 07.12.2006, 2 AZR 400/00, NJW 2007, S. 2204 f – Rz. 17 der Gründe - ; U. v. 12.01.2006, 2 AZR 21/05, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung – Rzn. 45 f - ; U. v. 03.07.2003, 2 AZR 235/02, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung – Rzn. 26 f - ; insb. auch BVerfG, B. v. 02.07.2001, 1 BvR 2049/00, NJW 2001, S. 3474 f ; siehe zu einschlägigen Sachverhalten auch LAG Rheinland-Pfalz, U. v. 17.11.2004, 10 Sa 1329/03, AuA 2005, S. 502 f; LAG Niedersachsen, U. v. 13.06.2005, 5 Sa 137/02, RDV 2006, S. 173 f; LAG Berlin, U. v. 28.03.2006, 7 Sa 1884/05 – Juris – ; hierzu Deiseroth, ZRP 2007, S. 25 f; ders. AuR 2007, S. 198 f; Binkert, AuR 2007, S. 195 f).

bb) Hiernach und vor allem auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch die Einvernahme des Zeugen Polizeihauptkommissar H., den der Kläger am 25.08.2005 als Polizeibeamten und gleichzeitig Nachbarn aufgesucht und der sodann den, anonymisierten, kündigungsauslösenden Aktenvermerk vom 26.08.2005 über dieses Gespräch erstellt hatte (Anl. B 5, Bl. 59 d. A.), kann nicht davon ausgegangen werden, dass hier überhaupt ein Grund für eine Kündigung, zumal für eine außerordentliche fristlose Kündigung, vorliegt.

(1) Der Zeuge H., Polizeibeamter bei der Polizeiinspektion C-Stadt/A-Stadt, hat vor der Berufungskammer ausgesagt, dass er den Kläger als seinen Nachbarn, der im Haus neben dem Wohnhaus des Zeugen, in dem sich auch die Polizeiwache (in der der Zeuge tätig sei) befinde, wohne, kenne. Am fraglichen Tag sei der Kläger bei ihm in der Polizeiwache erschienen und habe einen vertraulichen Rat haben wollen, wobei der Zeuge die erbetene Vertraulichkeit nicht von vornherein zusichern habe können. Der Kläger habe dem Zeugen dann innerbetriebliche Probleme bei der Beklagten, wegen derer auch bereits abgemahnt gewesen sei, geschildert und gefragt, wie er sich verhalten solle. Der Kläger habe hierbei geäußert, dass er Angst habe, dass etwas passiere, da die Bremsen nicht so wie erwartet funktioniert hätten. Der Kläger habe auch von Bränden bei der Beklagten und davon erzählt, dass man dort deswegen nicht so genau nachgeschaut habe.

Der Zeuge habe den Eindruck gehabt, dass der Kläger sich in einem Gewissenskonflikt befunden und auch Angst gehabt habe.

Die Aussage des Zeugen H. war für die Berufungskammer uneingeschränkt glaubhaft. Die Aussage war, zumal unter Berücksichtigung seit Zeitabstandes von etwa 4 ½ Jahren zum Geschehen, präzise, ausreichend differenziert und frei von erkennbaren Widersprüchen. Der Zeuge hat den Inhalt und die Umstände dieses Gespräches in der Polizeiwache ausführlich und überzeugend geschildert. Auch der Eindruck der Berufungskammer von Stil und Ablauf der Aussage und der Persönlichkeit des Zeugen gibt zu keinerlei Zweifeln hinsichtlich deren Glaubwürdigkeit und/oder der Glaubhaftigkeit seiner Aussage Anlass.

(2) Die hiernach bestehenden Vorwürfe, soweit sie zur Überzeugung der Berufungskammer durch die Beweisaufnahme erwiesen sind (§ 286 Abs. 1 ZPO), können entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts eine Kündigung des Klägers nicht rechtfertigen:

Der Kläger hat sich nach dessen Aussage nicht an den Zeugen H. gewandt, um über diesen zielgerichtet eine Strafanzeige einzureichen oder strafrechtliche Ermittlungen gegen die Beklagte von Amts wegen zu veranlassen oder gegen die Beklagte mittelbar aufsichtsrechtliche Maßnahmen – durch das Eisenbahnbundesamt – zu initiieren/lancieren. Nach Aussage des Zeugen kannte der Kläger diesen als Nachbarn, nachdem beide unmittelbar nebeneinander wohnen. Wenngleich der Kläger den Zeugen in der im Nachbarhaus befindlichen Polizeiwache, damit in eher offizieller Funktion und Umgebung, aufsuchte – ihn also nicht lediglich z. B. auf der Straße oder „über den Gartenzaun“ und damit in privatem Kontext darauf ansprach -, wollte der Kläger nach Aussage des Zeugen H. von ihm dezidiert einen vertraulichen Rat erhalten. Obwohl der Zeuge dies dem Kläger ausdrücklich nicht zusichern wollte/konnte und der Kläger trotzdem das Gespräch mit dem Zeugen fortsetzte, fand dieses ersichtlich nicht in der erkennbaren Absicht oder auch im Kontext einer nach den objektiven Umständen greifbar gewollten „Denunziation“ der Beklagten durch den Kläger, der Intention der – bewussten oder ersichtlich unvermeidbaren – Initiierung von straf-/aufsichtsrechtlichen Ermittlungen gegen die Beklagte durch den Kläger statt. Vielmehr befand sich der Kläger als Auslöser für dieses Gespräch nach dem Eindruck des Zeugen in, nicht als vorgeschützt anzuse-

hender, tatsächlicher Sorge wegen nach seiner Ansicht bei der Beklagten aufgetretener technischer Probleme, der Angst vor einem Unfall unter Beteiligung des Klägers, in einem Gewissenskonflikt.

Selbst wenn die Sorgen und Ängste des Klägers hinsichtlich fehlender technischer Verkehrssicherheit der Züge der Beklagten, die er in diesen Rechtsstreitigkeiten auch sonst ausführlich geltend macht, übertrieben oder in dieser Form schwer nachvollziehbar sein sollten, bestand die Intention des Gespräches mit dem Zeugen H. nicht in einem, in deren Ausdrucksweise, „Anschwärzen“ der Beklagten, dem von der Beklagten behaupteten „Staub-auf-Wirbeln“ zur Relativierung seiner zuvor abgemahnten eigenen Pflichtwidrigkeiten, in jedenfalls der mittelbaren Absicht, dieser durch damit unvermeidbar initiierte behördliche Ermittlungen schaden zu wollen. Der Kläger hat sich in erster Linie, in primär vertraulicher Absicht, an einen Nachbarn als Polizeibeamten gewandt, diesem „sein Herz ausgeschüttet“ – wenngleich er antizipieren musste, dass - als Kollateralschaden – behördliche Ermittlungen gegen die Beklagte in der Folge jedenfalls nicht auszuschließen waren.

Deshalb kann eine bereits kündigungswidrig erhebliche Anzeige des Klägers hinsichtlich der Beklagten, mit der Erhebung wissentlich oder leichtfertig falscher Angaben, nicht angenommen werden. Auch wenn – hypothetisch ausgehend von den vorgelegten Überlegungen der Beklagten zur inneren Motivation des Klägers für dieses Gespräch aus taktischen Gründen, im Hinblick auf die bereits bestehenden arbeitsrechtlichen Schwierigkeiten und die erfolgten Abmahnungen durch die Beklagte - Dramatisierungstendenzen des Klägers – die beim Zeugen offensichtlich so nicht rübergekommen waren – nicht ausgeschlossen werden können, und wenn dem Kläger weiter zur Last gelegt werden sollte, dass er verpflichtet gewesen wäre, vor dem Gespräch mit dem Nachbarn und Zeugen, als Polizeibeamten, (nochmals) das Gespräch mit der Beklagten zu suchen, bei dieser intensiver zu antichambrieren, müssen diese Vorwürfe doch deutlich weniger schwer wiegen als eine von der Beklagten behauptete, vom Arbeitsgericht auch ohne weiteres so angenommene, leichtfertige – völlig haltlose und ins Blaue hinein vorgenommene – Erhebung falscher Anschuldigungen durch den Kläger gegenüber dem Zeugen in sinistrierender Absicht.

c) Nach allem erweist sich die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20.09.2005 aus materiell-rechtlichen Gründen im Hinblick auf die Anforderungen des § 626 Abs. 1 BGB als rechtsunwirksam – weshalb die, insbesondere erstinstanzlich, weiter streitigen Fragen der Einhaltung der Kündigungserklärungsausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB hinsichtlich dieser Kündigung und ggf. der ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrates hierzu ohne Entscheidungserheblichkeit sind.

3. Eine, auch von Amts wegen mögliche (BAG, U. v. 15.11.2001, 2 AZR 310/00, AP Br. 13 zu § 140 BGB; U. v. 21.02.2008, 8 AZR 157/07, AP Nr. 342 zu § 613a BGB – Rz. 30 -), Umdeutung dieser Kündigung in eine ordentliche Kündigung, ebenfalls zum 31.12.2005, würde wiederum eine rechtskräftige Entscheidung über die Unwirksamkeit der folgenden außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 28.09.2005 voraussetzen (s. o. 1.) und scheidet hier weiter von vornherein auch im Hinblick darauf aus, dass die Beklagte mit Informationsschreiben vom 15.09.2005 (Anl. B 2, Bl. 51 f d. A.) den Betriebsrat allein zu einer aus diesen Gründen beabsichtigten außerordentlichen fristlosen Kündigung angehört hatte – eine umgedeutete ordentliche Kündigung damit bereits an der grundsätzlich erforderlichen Anhörung des Betriebsrats auch hierzu scheitern müsste (und eine der Fallgestaltungen, in denen eine Anhörung allein zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eine Beteiligung des Betriebsrats auch zu einer etwa umgedeuteten ordentlichen Kündigung aus den nämlichen Gründen ersetzen könnte, hier ersichtlich nicht vorlägen).

4. Damit sind auf die Berufung des Klägers das Ersturteil zunächst hinsichtlich der, ursprünglich als vorsorglicher ausgesprochenen, weiteren außerordentlichen Kündigung vom 20.09.2005 insoweit zu ändern und deren Rechtsunwirksamkeit festzustellen.

III.

Die Entscheidung zu den Kosten des Berufungsverfahrens muss einheitlich der dortigen Endentscheidung vorbehalten bleiben.

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen gemäß § 72 a ArbGG die Beklagte hingewiesen wird, zulassen sollte.

Burger

Batz

Helmschrott