

LANDEsarbeitsgericht NÜRNBERG

7 Sa 158/12

4 Ca 702/11

(Arbeitsgericht Weiden)

Datum: 30.04.2013

Rechtsvorschriften: § 286 ZPO; § 626 BGB

Orientierungshilfe:

Tatkündigung eines langjährig Angestellten, der einen geschäftsschädigenden Beitrag auf einem Internetforum veröffentlicht hat.

Urteil:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Weiden vom 08.03.2012 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um den Bestand eines Arbeitsverhältnisses.

Die Beklagte zu 2 ist Träger der Beklagten zu 1.

Der Kläger war seit 01.02.1979 bei der Beklagten zu 2 bzw. deren Rechtsvorgängerin als Kreditabwickler beschäftigt. Er ist mit einem Grad der Behinderung von 50% schwerbehindert.

Auf das Arbeitsverhältnis findet der TVöD-S Anwendung. Der Kläger war in die Entgeltgruppe 10 eingruppiert.

Bei der Beklagten zu 1 besteht ein Personalrat. Der Kläger war Ersatzmitglied.

Der Kläger war seit 20.10.2010 arbeitsunfähig erkrankt.

Am 30.06.2011 erschien im Internetforum unter www.we...-aktuell.de ein unter dem Pseudonym „Tito“ verfasster Beitrag mit folgendem Inhalt:

In einem Waldstück bei W... wurden mehrere Kisten mit brisanten Kundenunterlagen bzw. Internas der S... O... gefunden. U.a. waren Prüfungsberichte des S...verbandes, des Bafin und Prüfberichte der eigenen Revision dabei. Diesen Unterlagen ist zu entnehmen, dass die derzeitige wirtschaftliche Lage der S... O... angespannt, jedoch nicht hoffnungslos ist. Das Bafin bestätigt, dass an einer Fusionslösung zügig gearbeitet werden soll. Von einem Termin, 30.08.2011, wie immer in der Presse berichtet, ist jedoch nicht die Rede. Dem Empfehlungsschreiben des Bafin ist auch nicht zu entnehmen, dass ein Mehrwertgutachten gefordert wird. Kopien eines Kurzgutachten des S...verbandes ist zu entnehmen, dass eine Fusion mit den Vereinigten S... N... ausreichend ist. Eine Verbandss... zur Problemlösung wäre denkbar. Eine Stand alone Lösung ist nach einer Prolongation des Darlehens eine weitere Lösung. Einem Gesprächsprotokoll, L...-Z...-Se... ist zu entnehmen, dass eine Fusion mit dem ungeliebten Nachbarn keineswegs erwünscht ist. Lieber verzichtet man auf Anteile bei der Großfusion. Ein Zuwarten kommt laut Landrat L... wegen den nächsten Kommunalwahlen nicht in Frage. Der Oberbürgermeister sieht das genauso. Sämtliche Beteiligten sind der Überzeugung, dass sich der Fusionsstrudel bis zur nächsten Wahl gelegt hat. Nach den Kommunalwahlen, will man jedoch zügig eine Straffung des Zweigstellennetzes der S... O... in Angriff nehmen. Dies ist auch Forderung der Verantwortlichen aus R.... Auf Wunsch des Landrats wird der Westlandkreis jedoch von den Schließungen verschont. Geschlossen werden sollen die Zweigstellen G..., Ne..., K..., P..., T... M... Straße, B... und Pl.... Die Kundenbindungen sollen in den betroffenen Orten über einen mobilen Vertrieb weiterhin an die S... gebunden werden. Mit dem Abbau der Personalkosten soll sofort begonnen werden. Dies würde die ZEB in die Hand nehmen. Die Zeb kennt wirksame Methoden den Mitarbeiterstamm zu dezimieren. Direktor Z... hat Landrat L... und den Oberbürgermeister gebeten solche Zusagen wie Fusionsstarifvertrag etc. in Zukunft nicht mehr tätigen. Ein Fusionsstarifvertrag ist für einen Personalabbau kontraproduktiv. Er würde die ZEB Bemühungen größtenteils zu Nichte machen. Der S...verband wünscht keinesfalls eine Verbandss.... In Bayern wäre dies ein Novum. Der S...verband hat sich im Gegenzug bereit erklärt auf eine weitere Abwertung im Kreditbereich zu verzichten. Nachdem ein Konjunkturabschwung bevorsteht, werden Kreditausfälle mit den wirtschaftlich schlechten Rahmenbedingungen begründet. Der S... R... würde dies wahrscheinlich auch gelegen kommen, sie könnte dann einen Teil ihrer maroden Kredite berichtigen und die Schuld auf die Misere der S... O... schieben. Landrat L... hat dem Protokoll zu Folge es bedauert, dass Direktor Z... bei den Politikern und im Landkreis in den letzten Jahren sämtliches Vertrauen verspielt hat.

In den Behältnissen waren auch Unterlagen von ca. 1000 vermögenden Kunden, die Geldanlagen a`la Zu... tätigten. Diese Unterlagen wurden laut den Findern bereits den Behörden angeboten.

Den Prüfungsberichten sind die faulen Kredite zu entnehmen. Es ist interessant, wer alles kein Geld hat. Holzwerke und Einkaufscenter bereiten der S... große Sorgen.

Einem Organigramm ist zu entnehmen, wer die faulen Kredite bearbeitet.

Es sind dies Be..., Mu..., Pf..., H..., Gr... und Kö....

Wir haben bei der Telefonzentrale angerufen und uns mit den Beratern von ca. 150 Firmen verbinden lassen. Wir mussten feststellen, dass nicht alles Gold ist was glänzt.

Details demnächst.

Die Beklagte erstattete mit Schreiben vom 04.07.2011 an die Kriminalinspektion We... wegen des Beitrags im Internetforum Strafanzeige. Die Ermittlungen führten zu dem Ergebnis, dass der Beitrag auf einem Computer erstellt worden war, der sich in einem Me...-Spielcasino mit Internetcafé in Wk... befand. Der Kläger befand sich am 30.06.2011 von 12:06 Uhr bis 13:34 Uhr allein im Internetcafé. Ferner ermittelte die Polizei die dem Pseudonym zuzuordnende e-mail - Adresse, nämlich Cs...@gmx.de.

Am 21.07.2011 fand aufgrund eines Durchsuchungsbeschlusses vom 20.07.2011 beim Kläger eine Hausdurchsuchung statt. Es wurde eine Reihe von Dokumenten sichergestellt, die einen Bezug zur Beklagten zu 1 aufwiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf die in Kopie vorgelegte Liste Bezug genommen (Bl. 348/349 d.A.). Darüber hinaus fand die Polizei in einer Klarsichthülle ein Blatt Papier mit der e-mail - Adresse Cs...@gmx.de und der zugehörigen Kundennummer.

Mit Schreiben vom 26.07.2011 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie überzeugt sei, dass der Kläger der Urheber des Forumsbeitrags gewesen sei und dadurch schwerwiegende Pflichtverletzungen begangen habe. Zumindest bestehe der Verdacht, dass er dies getan habe. Dem Schreiben waren eine Fotokopie der Strafanzeige der Beklagten vom 03.05.2011 (Bl. 32 d.A.), eine Fotokopie des Forumsbeitrags vom 30.06.2011, eine Fotokopie der Strafanzeige vom 04.07.2011 (Bl. 36 d.A.) und eine Fotokopie des Durchsuchungsbeschlusses vom 20.07.2011 (Bl. 37 d.A.) beigelegt. Der Kläger wurde aufgefordert, sich bis 29.07.2011 zu den Vorwürfen zu äußern. Wegen des genauen Inhalts des Schreibens wird auf die vorgelegte Kopie verwiesen (Bl. 141 d.A.). Nachdem die Frist zur Stellungnahme auf Bitte der Prozessvertreterin des Klägers bis 05.08.2011 verlängert worden war, teilte die Prozessvertreterin des Klägers unter dem 05.08.2011 mit, ihr Mandant sei, da die Beklagte keine weiteren Unterlagen vorgelegt habe, nach wie vor nicht in der Lage, eine weitergehende Stellungnahme zum Inhalt des Schreibens vom 26.07.2011 abzugeben.

Die Beklagte zu 1 hörte den Personalrat mit Schreiben vom 26.07.2011 zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers an. Sie stützte die Kündigungsab-

sicht darauf, dass sie es als erwiesen ansehe, dass der Kläger Urheber des Beitrags im Internetforum vom 30.06.2011 gewesen sei. Wegen des Wortlauts des Anschreibens wird auf die vorgelegte Kopie Bezug genommen (Bl. 145 ff d.A.).

Die Beklagte zu 1 beantragte am 26.07.2011 beim Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen Tatkündigung des Klägers. Am 09.08.2011 teilte das Integrationsamt mit, dass die Zustimmung erteilt worden sei. Eine auf die Aufhebung des Bescheids gerichtete Klage wies das Verwaltungsgericht Regensburg mit Urteil vom 01.03.2013 ab (Az: RO K 12.563).

Mit Schreiben vom 09.08.2011 kündigte die Beklagte zu 1 das Arbeitsverhältnis „außerordentlich fristlos“, da sie überzeugt sei, dass der Kläger der Urheber des genannten Forumseintrags sei. Der Kläger erhob gegen die Kündigung am 23.08.2011 die vorliegende Klage zum Arbeitsgericht Weiden.

Unter dem 25.08.2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut „außerordentlich fristlos“ und begründete dies damit, sie habe jedenfalls den dringenden Verdacht, dass der Kläger Urheber des Forumseintrags sei. Gegen diese Kündigung wandte sich der Kläger mit einer Klageerweiterung vom 05.09.2011.

Das Arbeitsgericht Weiden wies die Klage mit Urteil vom 08.03.2012 ab. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 wurde dies damit begründet, dass zwischen dieser und dem Kläger kein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Im Übrigen sei die Kündigung vom 09.08.2011 wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes als Tatkündigung gerechtfertigt.

Das Urteil wurde dem Kläger am 21.03.2012 zugestellt.

Der Kläger legte gegen das Urteil am 23.03.2012 Berufung ein und begründete sie am 16.07.2012. Bis dahin war die Berufungsbegründungsfrist verlängert worden.

Der Kläger rügt, das Erstgericht sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen.

Die Kündigung verstoße bereits gegen § 15 KSchG. Der Personalrat sei vor den Kündigungen nicht ordnungsgemäß angehört worden. Das Gleiche gelte für die Schwerbehindertenvertretung.

Der Kläger macht geltend, die Zustimmungsbescheide des Integrationsamts seien un-

wirksam. Die Beklagte zu 1 sei nicht berechtigt gewesen, die Zustimmung zu beantragen.

Der Kläger macht geltend, das Erstgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass er Urheber des Beitrags im Internetforum gewesen sei. Die Beklagte habe hierfür nicht den Nachweis geführt. Die von der Videokamera im Internetcafé aufgenommenen Bilder dürften, da sie unter Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen zustande gekommen seien, nicht verwertet werden. Es könne nicht objektiv festgestellt werden, dass er den Beitrag ins Internetforum eingestellt habe und nicht nur zufällig zur falschen Zeit am falschen Ort gewesen sei. Die Spielothek Me... verfüge über ein unverschlüsseltes Wireless Lan. Er gehe davon aus, dass dies auch am 30.06.2011 der Fall gewesen sei. Die Freischaltung erfolge über Münzeinwurf. Nach dem Geldeinwurf öffne sich eine Bedieneroberfläche, die eine Nutzung über WLAN bereitstelle. Nach dem Anklicken des WLAN - Buttons erscheine ein dreistelliger Zugangscode, mit dem der Zugang ins Internet möglich sei. An dem inneren PC sei dann keine Nutzung mehr möglich. Es sei problemlos möglich, dass es Dritten von außen ohne weiteres möglich sei, über das WLAN – Netz der Spielothek Me... ins Internet zu gelangen. Der Kläger trägt vor, alle PCs in der Spielothek hätten die gleiche IP gehabt. Die von der Polizei festgestellte IP sei daher nicht zwingend dem PC zuzuordnen, an dem er gesessen sei. Er führt aus, bei einem Besuch der Spielothek am 21.08.2011 habe er festgestellt, dass die Uhrzeit am PC ca. 40 Minuten von seiner Funkuhrzeit abgewichen sei. Es sei damit nicht ausgeschlossen, dass die Uhrzeit am PC am 30.06.2011 nicht der tatsächlichen Uhrzeit entsprochen habe. Die Beklagte habe auch nicht den Nachweis geführt, dass er „Tito“ sei. Am 08.01.2012 sei gegen 17.10 Uhr ein Beitrag von „Tito“ ins Netz gestellt worden. Zu dieser Zeit sei er nachweislich in einem Konzert gewesen. Am 28.03.2012 und am 05.04.2012 seien weitere Beiträge von „Tito“ im Netz erschienen, als er nachweislich woanders gewesen sei.

Der Kläger macht geltend, es bestehe kein Motiv für die ihm unterstellte Handlungsweise. Da er durchgehend seit 20.10.2010 erkrankt gewesen sei, habe er keinen Zugang mehr zu Unterlagen und Informationen aus der S..., die veröffentlicht worden seien.

Der Kläger führt aus, nahezu alle Vorkommnisse in den Beiträgen seien bereits bekannt bzw. veröffentlicht gewesen und damit allgemein bekannt gewesen.

Der Kläger macht geltend, es lägen keine ausreichenden Gründe vor, die den Verdacht begründen könnten, er habe den Beitrag ins Netz gestellt. Er sei gerade nicht der Täter,

schwerwiegende Umstände sprächen gegen die behauptete Täterschaft.

Die Beklagte habe nicht alles unternommen, um den Sachverhalt aufzuklären. So habe sie nicht geprüft, ob ein WLAN – Netz vorhanden gewesen sei, und sei nicht ihrer Verpflichtung nachgekommen, zu prüfen, ob, was naheliegend gewesen sei, ein Dritter als Täter in Betracht komme.

Der Kläger trägt vor, er sei bei zwei Ärzten in Behandlung gewesen. Einer sei in Sch..., einer in Wb.... An den Behandlungstagen sei er ins Internet gegangen, um die Wartezeit zwischen zwei Behandlungsterminen zu überbrücken, und habe gesurft. Ob das am 30.06.2011 auch ein Behandlungstag gewesen sei, wisse er nicht.

Der Kläger beantragt:

1. Das am 08.03.2012 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Weiden/OPf., Az.: 4 Ca 702/11, zugestellt am 21.03.2011, wird aufgehoben.
2. Es wird entsprechend den Anträgen des Klägers und Berufungsklägers in I. Instanz beantragt:
 - a) Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers und Berufungsklägers durch die außerordentliche fristlose Kündigung vom 09.08.2011 nicht mit Ablauf des 09.08.2011 aufgelöst worden ist.
 - b) Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers und Berufungsklägers durch die außerordentliche fristlose Kündigung vom 25.08.2011 nicht mit Ablauf des 25.08.2011 aufgelöst worden ist. sowie den Beklagten und Berufungsbeklagten die Kosten beider Rechtszüge aufzuerlegen.

Er beantragt weiter:

Das Arbeitsverhältnis wird gemäß §§ 9, 10 KSchG am 09.08.2011 aufgelöst. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, an den Kläger eine Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die aber 60.690,90 € brutto nicht unterschreiten sollte, nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über den jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Zustellung dieses Antrags bzw. Übergabe dieses Antrags an Zustellungs Statt zu bezahlen.

- 7 -

Die Beklagten und Berufungsbeklagten beantragen,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen sowie die Zurückweisung des Auflösungsantrags.

Die Beklagten führen aus, der Beklagten zu 1 obliege gemäß § 11 Absatz 3 der Satzung der Beklagten zu 2 in Verbindung mit dem Verwaltungsbeschluss Nr. 67 vom 06.05.2008 die Regelung der Dienstverhältnisse der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer.

Sie machen geltend, der Kläger sei der Urheber des Internetbeitrags vom 30.06.2011 gewesen. Dies sei das Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen. Es sei auszuschließen, dass ein Dritter sich zur fraglichen Zeit in einen PC in der Spielothek Me... eingeloggt habe. Aufgrund der bei der Videoüberwachung gewonnenen Aufzeichnungen stehe fest, dass sich im tatrelevanten Zeitraum niemand außer dem Kläger im Internetcafé aufgehalten habe.

Die Beklagten tragen vor, am 19.07.2011 habe Herr KHK Sf...sie aufgesucht und ein Gespräch u.a. mit Herrn Z..., dem Vorstandsvorsitzenden der Beklagten zu 1, geführt. Herr Sf... habe den Anwesenden das Bildmaterial aus der Überwachungskamera des Internetcafé gezeigt. Alle hätten die dort abgebildete Person als den Kläger identifiziert.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, § 64 Absatz 1 und 2 b) und c) ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Absatz 1 ArbGG.

Die Berufung ist unbegründet.

Das Urteil des Erstgerichts ist nicht wegen eines prozessualen Mangels aufzuheben. Dabei war der Frage, ob das Erstgericht ordnungsgemäß besetzt war, nicht nachzugehen. Da das Berufungsgericht Tatsachengericht ist, wäre ein etwaiger Besetzungsmangel des Erstgerichts rechtlich irrelevant.

Soweit das Erstgericht die Klage gegen die Beklagte zu 1 wegen fehlender Passivlegitimation abgewiesen hat, wird auf die Ausführungen des Erstgerichts Bezug genommen. Eine Kündigungsschutzklage ist, auch wenn das Kündigungsrecht einem Dritten übertragen ist, stets gegen den Arbeitgeber zu richten.

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 09.08.2011 hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit sofortiger Wirkung beendet, § 626 BGB.

Die Kündigung vom 09.08.2011 leidet nicht unter einem formellen Mangel.

Die Kündigung ist nicht unwirksam, weil die Schwerbehindertenvertretung vorher nicht gemäß § 95 Absatz 2 Satz 1 SGB IX beteiligt worden sei. § 95 Absatz 2 Satz 1 SGB IX bezieht sich zwar auch auf Kündigungen. Die unterbliebene Beteiligung nach dieser Vorschrift führt indes nicht zur Unwirksamkeit der Maßnahme (vgl. Bundesarbeitsgericht - Urteil vom 28.07.1983 - 2 AZR 122/82 = BAGE 43/210 und DB 1984/133 zur inhaltlich gleichen Regelung des § 22 Absatz 2 SchwbG in der bis 31.12.1983 geltenden Fassung). Im Übrigen hat die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung beteiligt, wie sich aus der vorgelegten Anlage B 20 (Bl. 154 ff d. a.) ergibt.

Die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung vom 09.08.2011 liegt vor. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte zu 1 berechtigt war, den entsprechenden Antrag beim Integrationsamt zu stellen. Dies zu prüfen, obliegt nicht den Arbeitsgerichten. Vielmehr ist die arbeitsgerichtliche Prüfungscompetenz darauf beschränkt, zu überprüfen, ob das Integrationsamt die Zustimmung erteilt hat. Dies ist vorliegend der Fall. Das Integrationsamt hat am 09.08.2011 mitgeteilt, dass die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung erteilt worden sei. Eine auf die Aufhebung des Bescheids gerichtete Klage wies das Verwaltungsgericht Regensburg mit Urteil vom 01.03.2013 ab (Az: RO K 12.563). Dies ist zwischen den Parteien unstreitig.

Schließlich ist auch das Verfahren gemäß Art. 77 Absatz 1 Satz 1 BayPVG ordnungsgemäß durchgeführt worden. Die Beklagte zu 1 hat den bei ihr bestehenden Personalrat vor Ausspruch der Kündigung mit Schreiben vom 26.07.2011 (Bl. 145 ff d.A.) angehört.

Da die Beklagte zu 1 zur Kündigung befugt war, war der bei ihr eingerichtete Personalrat vor der Kündigung zu beteiligen, Art. 80 Absatz 1 BayPVG.

Die Befugnis ergibt sich aus § 11 Absatz 3 der Satzung des Beklagten zu 2 vom 21.07.2005 iVm dem Verwaltungsratsbeschluss Nr. 67 vom 06.05.2008 (Bl. 105 bzw. 599 d.A.; Anlage B 2). Soweit der Kläger einwendet, bei der Anlage B 2 handele es sich nur um eine Beschlussvorlage, wird darauf hingewiesen, dass die Anlage B 2 bzw. B 46 das Sitzungsprotokoll über die Sitzung vom 06.05.2008 darstellt. Darin sind zum einen die vom Vorstand formulierte Beschlussvorlage und zum anderen der annehmende Verwaltungsratsbeschluss enthalten.

Die Anhörung vom 26.07.2011 genügt den Anforderungen, die an eine ordnungsgemäße Mitwirkung des Personalrats gestellt werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, ist die Mitwirkung eine eigenständige, zwischen der Mitbestimmung und der Anhörung bzw. Unterrichtung stehende Beteiligungsform. Sie soll der Personalvertretung in besonders nachdrücklicher, formalisierter Form Gehör verschaffen und sicherstellen, dass ihre Überlegungen in die Entscheidung der Dienststelle einbezogen werden, ohne ihr jedoch wie im Fall der Mitbestimmung einen rechtlich festgelegten Einfluss auf die Maßnahmen der Dienststelle zu eröffnen. Dazu sind ihr die Kenntnisse zu vermitteln, die sie bezogen auf den konkreten Beteiligungsgegenstand zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte benötigt, ohne eigene Nachforschungen anstellen zu müssen. Es gelten dafür im Mitwirkungsverfahren keine strengeren Maßstäbe als bei der Anhörung des Betriebsrats. Vielmehr sind die zu § 102 BetrVG entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden (vgl. Bundesarbeitsgericht - Urteil vom 22.04.2010 - 6 AZR 828/08 = ZTR 2010/430 und PersV 2010/384).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind an die Mitteilungspflicht nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie an die Darlegung des Arbeitgebers im Prozess. Es gilt der Grundsatz der „subjektiven Determinierung“. Der Betriebsrat ist danach ordnungsgemäß angehört, wenn ihm der Arbeitgeber die die Kündigung aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat. Erst eine bewusst unrichtige oder unvollständige und damit irreführende Darstellung führt zu einer fehlerhaften Anhörung. Zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Information gehört auch die Unterrichtung über dem Arbeitgeber bekannte und für eine Stellungnahme des Betriebsrats möglicherweise bedeutsame Tatsachen, die den Arbeitnehmer entlasten und deshalb gegen den Ausspruch

einer Kündigung sprechen können (vgl. Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 05.11.2009 - 2 AZR 676/08 = AP Nr. 183 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung und NZA 2010/457).

Gemessen an diesen Kriterien ist die Anhörung des Personalrats nicht zu beanstanden.

Die Beklagte zu 1 hat dem Personalrat mitgeteilt, dass und wem sie außerordentlich zu kündigen beabsichtige. Sie hat ausgeführt, welche Vertragsverletzungen sie dem Kläger zur Last legt und warum sie von seiner Täterschaft ausgeht. Schließlich hat sie auch mitgeteilt, dass sie eine Interessenabwägung vorgenommen habe und zum Ergebnis gekommen sei, dass die Kündigung die zwingende Konsequenz sei.

Für die Kündigung liegt ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Absatz 1 BGB bzw. § 34 Absatz 2 TVöD-S vor. Dass der Kläger unter den Schutz des § 15 Absatz 2 Satz 2 KSchG fällt, hat er nicht ausreichend dargelegt. Er war zwar unstreitig Ersatzmitglied im Personalrat. Er hat indes nicht dargelegt, dass er innerhalb eines Jahres vor Ausspruch der Kündigung als Personalrat tätig war.

Es liegen Umstände vor, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (hier: fiktiv 31.03.2012) als für die Beklagte unzumutbar erscheinen lassen.

Der Kläger hat in schwerwiegender Weise die ihm obliegenden vertraglichen Pflichten verletzt.

Der Kläger hat am 30.06.2011 im Internetforum unter www.we...-aktuell.de den unter dem Pseudonym „Tito“ verfassten Beitrag ins Netz gestellt.

Dies ergibt sich aus dem Vorbringen der Beklagten. Der Kläger bestreitet zwar den Tatvorwurf. Das erkennende Gericht ist indes wie auch das Erstgericht von der Richtigkeit des Sachvortrags der Beklagten überzeugt, § 286 ZPO.

Gemäß § 286 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht für wahr zu erachten ist. Die nach § 286 ZPO erforderliche Überzeugung des Richters erfordert keine absolute o-

der unumstößliche Gewissheit und auch keine "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit", sondern nur einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet (vgl. Bundesgerichtshof - Urteil vom 08.07.2008 - VI ZR 274/07 = NJW 2008/2845 und MDR 2008/1093). Grundlage sind die festgestellten Tatsachen. Auch Indizien können zur Überzeugungsbildung beitragen. Zu würdigen sind ferner die prozessualen und vorprozessualen Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen der Parteien und ihrer Vertreter (vgl. Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 25.02.1998 - 2 AZR 327/97; juris).

Danach ist vorliegend ein vernünftiger Zweifel daran, dass der Kläger den Beitrag ins Netz gestellt hat, ausgeschlossen.

Für eine Täterschaft des Klägers spricht zum einen das Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen. Danach ist der fragliche Beitrag auf einem Computer erstellt und ins Netz worden war, der sich in einem Me...-Spielcasino mit Internetcafé in Wk... befand.

Dies ist zwischen den Parteien unstreitig.

Der Kläger hat sich zur Tatzeit als Einziger an einem Computerplatz in dem Spielcasino befunden. Dass er sich im Internetcafé befand, bestreitet der Kläger nicht. Insoweit kommt es auf seinen Einwand, das Video sei unter Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen erlangt worden, nicht an. Der Kläger kann in diesem Zusammenhang auch nicht damit gehört werden, es sei nicht auszuschließen, dass die Uhrzeit am PC am 30.06.2011 nicht der tatsächlichen Uhrzeit entsprochen habe. Das polizeiliche Untersuchungsergebnis stützt sich auf die Uhrzeit in der Aufzeichnungsanlage. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass die Systemzeit mit der Echtzeit übereinstimmte. Dies ergibt sich aus dem Aktenvermerk der Kriminalpolizeiinspektion Weiden i.d. Oberpfalz vom 21.07.2011 (Bl. 131 d.A.).

Auch das Argument des Klägers, es ergebe sich aus der Videoaufzeichnung nicht, dass und was er am PC geschrieben habe, stellt seine Täterschaft nicht in Frage. Es wäre vielmehr Sache des Klägers, zu erklären, zu welchem Zweck er sich am PC im Internetcafé befand. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Entfernung zwischen der Wohnung und dem Internetcafé ca. 60 km beträgt und der Kläger zu Hause einen PC besaß.

Die anlässlich der Hausdurchsuchung am 21.07.2011 unstreitig aufgefundene Klarsichthülle mit dem Blatt Papier, das die e-mail - Adresse Cs...@gmx.de und die zugehörige Kundennummer enthielt, bestätigt die Täterschaft des Klägers ebenfalls. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, wieso der Kläger diese Unterlage bei sich zu Hause hatte. Der Kläger macht zwar geltend, er habe bereits anonym Sachen erhalten. Ein Beispiel sei ein Paket gewesen, das er bei seiner Anwältin, Frau Rechtsanwältin F..., habe öffnen lassen. Der Kläger behauptet indes selbst nicht, die in der Klarsichthülle vorgefundene e-mail - Adresse sei ihm per Post oder anderweitig von außen zugeleitet worden.

Soweit der Kläger vorträgt, es seien am 08.01.2012, am 28.03.2012 und am 05.04.2012 Beiträge von „Tito“ zu Zeiten ins Forum eingestellt worden, in denen er nachweislich auswärts gewesen sei, steht dies der Täterschaft des Klägers gleichfalls nicht entgegen. Die Einträge betreffen andere Zeiten als der Eintrag vom 30.06.2011. Hinzu kommt, dass auch eine andere Person als der Kläger unter dem Pseudonym „Tito“ im Internet auftreten könnte.

Die dargestellten Tatsachen begründen in ausreichender Weise die Überzeugung, dass der Beitrag im Internet auf den Kläger zurückzuführen ist.

Diese Überzeugung wird vor allem nicht durch das Vorbringen des Klägers, es sei möglich, dass ein Dritter den Beitrag über denselben PC ins Netz gestellt habe, erschüttert.

Zugunsten des Klägers wird unterstellt, dass jedenfalls am 30.06.2011 die technische Möglichkeit bestand, sich von außen über WLAN ins System des Me...-Kasinos einzuwählen und Beiträge ins Netz zu stellen. Diese abstrakte Möglichkeit steht indes nicht der Überzeugung entgegen, dass der Kläger am 30.06.2011 im Hinblick auf den streitgegenständlichen Beitrag der Urheber war. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass nach dem eigenen Sachvortrag des Klägers die Freischaltung des PC's über Münzeinwurf erfolgt, nach dem Geldeinwurf sich eine Bedieneroberfläche öffnet, die eine Nutzung über WLAN bereitstellt, nach dem Anklicken des WLAN - Buttons ein dreistelliger Zugangscode erscheint, mit dem der Zugang ins Internet möglich ist und an dem inneren PC dann keine Nutzung mehr möglich ist. Nach dem vom Kläger geschilderten Verfahrensgang hätte der unbekannte Dritte, bevor er sich über WLAN einloggte, den PC mit einem Münzeinwurf im Internetcafé freischalten müssen. Nach der Videoaufzeichnung hat indes in der fraglichen Zeit niemand außer dem Kläger das Café betreten.

Die Täterschaft eines Dritten würde bedeuten, dass eine Person mit Kenntnissen von Interna der Beklagten am selben Tag wie der Kläger in einem Internetcafé erschien, das vom Wohnort des Klägers weit entfernt ist, dort eine WLAN-Leitung durch Münzeinwurf freischaltete und zwar zu einem Zeitpunkt, zu dem der Kläger sich noch nicht dort befand, sich mit LAP-Top oder Notebook nach außen begab und dann im selben Zeitrahmen, in dem sich der Kläger im Internetcafé befand, den Beitrag ins Netz stellte. Dieser Geschehensablauf ist von einer großen Zufälligkeit geprägt.

Noch unwahrscheinlicher wird die Vorstellung von einem unbekannten Dritten, wenn unterstellt wird, dieser habe dem Kläger durch sein Verhalten schaden wollen. Zu den bereits genannten Zufällen hätte hinzukommen müssen, dass der Dritte an genau dem Tag ins Internetcafé ging wie der Kläger und sich so rechtzeitig einloggte, dass er per LAP-Top online war, bevor der Kläger kam. Dies hätte vorausgesetzt, dass der Dritte wusste, dass der Kläger überhaupt an dem besagten Tag ins Internetcafé kommen würde und auch den Zeitpunkt kannte. Hierfür gibt es keinerlei Anhaltspunkte.

Maßgebend ist indes, dass der vom Kläger geschilderte alternative Geschehensablauf zwar möglicherweise geeignet ist, die Bedeutung seiner Anwesenheit im Internetcafé zu relativieren. Die anderen oben beschriebenen Umstände, die für eine Täterschaft des Klägers sprechen, bleiben hiervon indes unberührt.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass keine vernünftigen Zweifel daran bestehen können, dass der Kläger der Urheber des Internetbeitrags ist.

Die Veröffentlichung des Beitrags stellt eine schwere Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers dar.

Der Beitrag ist in höchstem Maße geschäftsschädigend.

Bereits die Schilderung, es seien mehrere Kisten mit Kundenunterlagen bzw. Interna wie Prüfungsberichte des S...verbandes, des Bafin und Revisionsberichte im Wald gefunden worden, setzt die Beklagte zu 1 herab und untergräbt das Vertrauen vor allem der Kunden der Beklagten zu 1. Auch die Ankündigung, es würden im Falle einer Fusion (mit den S... Sch... und R...) die Zweigstelle in G... und sechs weitere namentlich benannte Standorte geschlossen, was nach der Aussage der Beklagten nicht beabsichtigt sei, ist geeignet, bei

Kunden und Mitarbeitern in völlig überflüssiger Weise Unsicherheit zu erzeugen. Schließlich setzt die Behauptung, in den Behältnissen seien Unterlagen von ca. 1.000 vermögenden Kunden gewesen, die Geldanlagen á la Zu... getätigt hätten, die Beklagte ebenfalls in ein schlechtes Licht. So wird der Eindruck erweckt, die Beklagte zu 1 unterstütze Kunden dabei, Steuern zu hinterziehen. Der Hinweis auf angeblich faule Kredite in größerem Ausmaß ist geeignet, den Eindruck zu erwecken, die Beklagte zu 1 sei nicht in der Lage, reell zu wirtschaften, und stehe kurz vor dem finanziellen Aus.

Besonders geschäftsschädigend ist der Umstand, dass die Behauptungen in dem Beitrag durch die Art der Verbreitung einem weiten, unüberschaubaren Kreis von Personen bekannt geworden sind.

Eine bewusste und gewollte Geschäftsschädigung rechtfertigt, wie bereits das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, an sich regelmäßig eine außerordentliche Kündigung (vgl. Bundesarbeitsgericht - Urteil vom 06.02.1997 - 2 AZR 38/96 = ArbuR 1997/210).

Auch die vorzunehmende Interessenabwägung im Einzelfall führt zu keinem anderen Ergebnis. Insbesondere ist die vom Erstgericht durchgeführte Interessenabwägung nicht zu beanstanden. Bei der Interessenabwägung ist, wie das Erstgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zutreffend ausgeführt hat, in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen.

Das Erstgericht hat die lange Betriebszugehörigkeit des Klägers gewürdigt, die bestehende Unterhaltsverpflichtung und die Schwerbehinderung. Auf Seiten der Beklagten hat es die Schwere der Pflichtverletzung und den durch sie bewirkten Vertrauensverlust berücksichtigt. Dem schließt sich das erkennende Gericht an. Hinzu kommt, dass der Kläger - aus seiner Sicht konsequent, da er die Tat leugnet - keine Gründe oder Umstände vorgebracht hat, die sein Verhalten als weniger schwerwiegend erscheinen lassen.

Schließlich folgt das erkennende Gericht auch der Ansicht des Erstgerichts, dass eine Abmahnung nicht erforderlich war. Insoweit wird auf die Ausführungen des Erstgerichts Bezug genommen, § 69 Absatz 2 ArbGG.

Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert nicht an § 626 Absatz 2 BGB.

Diese Frist beginnt nach § 626 Absatz 2 Satz 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Die maßgebende Kenntnis setzte vorliegend zwingend voraus, dass der Urheber des Internetbeitrags bekannt war.

Die Beklagte zu 1 hat frühestens am 19.07.2011 Kenntnis vom Kündigungsgrund erlangt. Kenntnis in diesem Sinne lag vor, als der Vorsitzende des kündigungsberechtigten Vorstands erfuhr, dass der Kläger der Urheber der Veröffentlichung war. Dies war am 19.07.2011 der Fall. An diesem Tag wurde der Kläger auf dem von der Polizei vorgelegten Videomaterial identifiziert. Das erkennende Gericht stützt sich insoweit auf das Vorbringen der Beklagten, das der Kläger nicht bestreitet und das deshalb als zugestanden anzusehen ist, § 138 Absatz 3 ZPO. Gerechnet von diesem Zeitpunkt an endete zwar die Zweiwochenfrist mit Ablauf des 02.08.2011. Der Ablauf der Frist des § 626 Absatz 2 BGB war indes aufgeschoben, da für die Kündigung gemäß §§ 91, 85 SGB IX die Zustimmung des Integrationsamts einzuholen war (vgl. Bundesarbeitsgericht - Urteil vom 24.11.2011 - 2 AZR 429/10 = NZA 2012/610 und DB 2012/1390). Die Zustimmung wurde am 09.08.2011 erteilt. Die Beklagte zu 1 sprach die Kündigung unverzüglich (§ 91 Absatz 5 SGB IX), nämlich am selben Tag aus.

Die Kündigung vom 09.08.2011 erweist sich somit unter allen Gesichtspunkten als wirksam.

Die Berufung bleibt auch hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung vom 25.08.2011 erfolglos. Insoweit ist die Klage bereits unzulässig. Ihr fehlt das Feststellungsinteresse, § 256 ZPO.

Zwar liegt das Feststellungsinteresse für eine Kündigungsschutzklage regelmäßig darin begründet, dass sie erforderlich ist, um die Fiktionswirkung des § 7 KSchG zu verhindern. Das Feststellungsinteresse entfällt indes dann, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis zum Kündigungszeitpunkt bereits beendet worden ist. Dann liegt ein rechtliches Interesse an der Feststellung, die Kündigung hätte das Arbeitsverhältnis zu dem späteren Zeitpunkt nicht aufgelöst, nicht (mehr) vor. Ein entsprechendes Rechtsschutzbegehren ist auf die Erstellung eines Rechtsgutachtens gerichtet, dient hingegen nicht der Beseitigung einer Ungewissheit über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses.

Der Auflösungsantrag war abzuweisen.

Soweit er sich gegen die Beklagte zu 1 richtet, ist diese nicht passivlegitimiert. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Darüber hinaus kommt eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 13 Absatz 1 Satz 3 KSchG nicht in Betracht, da das Arbeitsverhältnis bereits durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten beendet worden ist.

Die Berufung war daher insgesamt zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Absatz 1 Satz 1 ZPO.

Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Absatz 2 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Weißenfels
Vorsitzende Richterin
am Landesarbeitsgericht

Hellermann
ehrenamtlicher Richter

zugleich für den ausgeschiedenen
ehrenamtlichen Richter Nickel