
Datum: 10.07.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 14. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 Sa 1711/10
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0710.14SA1711.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Iserlohn, 5 Ca 1055/09
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 2 AZR 743/12
Schlagworte: Anhörung, außerordentliche Kündigung, Betriebsrat, Beweismittel, Beweisverwertungsverbot, informationelle Selbstbestimmung, Nachschieben von Kündigungsgründen, Persönlichkeitsrecht, Telekommunikation, Vermögensdelikt
Normen: Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 GG, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, § 102 Abs. 1 BetrVG, § 626 BGB, § 32 BDSG, § 206 StGB, § 88 TKG, § 286 ZPO

Leitsätze:

1. Stützt sich der Arbeitgeber zum Nachweis des Vorwurfs, der Arbeitnehmer habe ein gegen ihn gerichtetes Vermögensdelikt begangen, auf den Inhalt von Chatprotokollen, die auf dem Arbeitsplatzrechner des Arbeitnehmers nach Ausspruch der Kündigung vorgefunden wurden, handelt es sich nicht um ein Nachschieben von Kündigungsgründen, zu dem der Betriebsrat vorher angehört werden muss.
2. Aus einer ggf. gegen § 206 StGB, § 88 TKG, § 32 BDSG und § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG verstoßenden Erlangung der auf einem Arbeitsplatzrechner vorgefundenen abgespeicherten Chatprotokolle folgt kein Beweisverwertungsverbot, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern lediglich eine gelegentliche private Nutzung elektronischer Ressourcen gestattet und zugleich darauf hinweist, dass bei einer Abwicklung persönlicher Angelegenheiten auf elektronischen Geräten und über das Netzwerk der Mitarbeiter keine Vertraulichkeit erwarten und der Arbeitgeber die Nutzung überwachen und bei gegebener

Notwendigkeit die Daten einsehen kann, die der Mitarbeiter anlegt oder mit anderen austauscht. Ein Arbeitnehmer muss, wenn er illegale Aktivitäten gegen seinen Arbeitgeber entwickelt, bei einer derart eingeschränkten Vertraulichkeit der Privatnutzung damit rechnen, dass Spuren, die er durch die Nutzung von elektronischen Ressourcen des Arbeitgebers hinterlässt, in einem Prozess gegen ihn verwendet werden.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird unter ihrer Zurückweisung im Übrigen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 14. September 2010 (5 Ca 1055/09) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 13. März 2009, sondern durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20. März 2009 mit dem Ablauf dieses Tages sein Ende gefunden hat.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 19/20, die Beklagte zu 1/20.

Die Revision wird für den Kläger zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier fristloser, hilfsweise fristgerechter Kündigungen der Beklagten, zudem verlangen sie wechselseitig die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. | 2 |
| Der am 19. Januar 1963 geborene, verheiratete und zwei Kindern gegenüber unterhaltspflichtige Kläger war seit dem 1. Januar 1989 als Netzwerkingenieur bei der Beklagten, einem Armaturenhersteller, beschäftigt. Die regelmäßige Arbeitszeit betrug 40 Stunden in der Woche, die Vergütung zuletzt 6.085,00 Euro brutto monatlich. Grundlage des Arbeitsverhältnisses waren die in dem Einstellungsschreiben der Beklagten vom 9. Dezember 1988 niedergelegten Arbeitsbedingungen (wegen der Einzelheiten vgl. Anlage K2 zur Klageschrift, Bl. 6 - 8 d. A.). | 3 |
| Die Beklagte sprach gegenüber dem Kläger am 13. März 2009 und 20. März 2009 jeweils eine außerordentliche, hilfsweise fristgerechte Kündigung zum nächstmöglichen Termin aus. | 4 |

Beide Kündigungen stützt sie auf dieselben Kündigungssachverhalte. Zum einen wirft sie dem Kläger vor, Armaturen vom Typ "Rainshower" über die Internetplattform eBay veräußert zu haben. Zum anderen habe er Produkte aus dem aktuellen Sortiment der Beklagten an ihre Mitarbeiter im Betrieb verkauft. In beiden Fällen habe der Verkaufspreis zum Teil weit unter dem offiziellen Verkaufspreis für Endkunden, dem Großhandelspreis und dem Mitarbeiterverkaufspreis gelegen, woraus sich ergebe, dass der Kläger die verkauften Waren entweder gestohlen, unterschlagen oder gehehlt habe. Die Beklagte stützt ihre Kündigungen sowohl auf den Vorwurf der Tatbegehung als auch auf einen entsprechenden Verdacht. Zum Nachweis stützt sich die Beklagte u. a. auf Protokolle von Chats über Skype (im Folgenden: Chatprotokolle), die auf einem der vom Kläger genutzten Rechner vorgefunden worden sein sollen.

Die Nutzung unternehmenseigener PCs, Server und Großrechner ist in der Organisationsrichtlinie Nr. 184/1 vom 15. September 2002 dahin geregelt, dass die private Nutzung ausnahmslos verboten ist. Der dem Kläger am 25. Juli 2007 übergebene Unternehmenskodex aus dem Jahr 2007 erlaubt dagegen in Nr. 10.3 die gelegentliche oder vereinzelte private Nutzung von elektronischen Ressourcen der Beklagten. Wegen der Einzelheiten zu diesen unternehmensinternen Regelungen wird auf die von der Beklagten vorgelegten Kopien (Anlage B1 und B2 zur Klageerwiderung vom 4. September 2009, Bl. 154 ff., 158 ff. d. A.) verwiesen. Für den Personalkauf besteht die Verfahrensanweisung Nr. HR-008/0 der Beklagten vom 1. April 2007. Danach können Produkte ausschließlich für den Eigenbedarf erworben werden und dürfen nicht an Dritte veräußert werden. Der aktuelle Rabatt ist in einer Anlage auf zuletzt 45 % des Bruttoverkaufspreises festgelegt. Die Anweisung regelt schließlich das Verfahren des Personalkaufs. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die vorgelegte Kopie (Anlage B3 zur Klageerwiderung vom 4. September 2009, Bl. 165 ff. d. A.) verwiesen.

Im Januar 2009 erfuhr die Beklagte, dass ihr Mitarbeiter L1 D1 über seinen eBay-Account "z4F1" zwei in ihrem Eigentum stehende Blackberrys aus ihrem Bestand veräußert hatte. Sie stellte weiter fest, dass über den genannten eBay-Account am 20. Oktober 2008 mit der Artikelnummer 123451234567 eine Armatur des Typs Rainshower 27032 für 418,90 Euro verkauft worden war. Der Neupreis der Armatur beträgt 1.366,75 Euro. Der Großhandelspreis liegt bei ca. 60 % des Ladenpreises (entspricht 820,08 Euro), der Mitarbeiterverkaufspreis bei 751,72 Euro. Eine weitere Armatur dieses Typs wurde unter der Artikelnummer 123456789012 für einen Preis von 518,79 Euro verkauft, das genaue Verkaufsdatum ist unbekannt. Zwei Wochen vor und nach den Auktionen war im System der Beklagten ein Fehlbestand von zwei Armaturen verzeichnet.

In einem Gespräch am 19. Februar 2009 gab der Mitarbeiter D1 an, seinen eBay-Account einer anderen Person für den Verkauf der Armaturen zur Verfügung gestellt zu haben. Deren Namen wollte er jedoch nicht nennen. Am 27. Februar 2009 fand ein weiteres Gespräch mit diesem Mitarbeiter statt, an dem zum einen auch seine Ehefrau, zum anderen der Chefsyndikus Dr. Z1 der Beklagten sowie deren Bereichsleiter Personal und Organisation, der Zeuge M1, und der Vorsitzende des Betriebsrats der Beklagten, der Zeuge P1, teilnahmen. In diesem Gespräch wurde der Kläger als Nutzer des Accounts für den Verkauf der Rainshower-Armaturen genannt.

Im Zuge der weiteren Recherchen erinnerte sich der IT-Leiter der Beklagten, der Zeuge G1, dass der Kläger für seine Kollegen in 2008 Armaturen beschafft hatte. Nachdem er von seinem Abteilungsleiter M2 erfahren hatte, dass der Kläger Armaturen bei einem Großhändler unter Mitarbeiterverkaufspreis einkaufen könne, beschloss er mit seinem

5

6

7

8

Abteilungsleiter, diese Privatgeschäfte während der Arbeitszeit zu unterbinden. Weitere Geschäfte wurden danach vom Abteilungsleiter nicht beobachtet. Vor diesem Hintergrund führten der Zeuge G1 und der Abteilungsleiter M2 mit dem Kläger am 9., 10. und 12. März 2009 Gespräche, in denen es um die Bezugsquelle des Klägers für diese Verkäufe ging. Die Einzelheiten sind streitig, im Ergebnis verweigerte der Kläger genauere Angaben hierzu.

Am 13. März 2009 fand zwischen diesen Personen unter Hinzuziehung des Zeugen M1 ein erneutes Gespräch statt. In diesem wurde dem Kläger vorgehalten, dass er von zwei Personen als Verkäufer von Grohe-Produkten weit unter Preis benannt worden sei. Dies stritt der Kläger ab. Wie auch schon zuvor erwähnte er die guten Verbindungen des inzwischen zum 28. Februar 2009 ausgeschiedenen Mitarbeiters D1 zur Entwicklungsabteilung. In diesem Gespräch übergab der Zeuge M1 dem Kläger die erste Kündigung. Nach einer - nach Vortrag der Beklagten erneuten - Anhörung des Betriebsrats wurde dem Kläger am 20. März 2009 die zweite Kündigung ausgehändigt. 9

Zur Anhörung des Betriebsrats hat die Beklagte zum einen zwei im Wesentlichen inhaltsgleiche Formulare, welche als "Kündigungsantrag an das Personalwesen" überschrieben sind, überreicht mit der Behauptung, hierbei handele es sich um die schriftliche Anhörung des Betriebsrats. Die Formulare enthalten neben Angaben zur Person des Klägers (u. a. zu Familienstand und Kindern die Angabe: "Verh./1 Kind") und zur Art der Kündigung ("Die Kündigung soll erfolgen fristlos") Folgendes zu den Kündigungsgründen: 10

Die Kündigung ist aus folgenden Gründen erforderlich (Termine, Uhrzeiten, Gespräche, Abmahnungen, Ermahnungen, disziplinarische Maßnahmen, Fehlzeiten, Leistungen u. a.; keine Wertungen, reiner Sachverhalt, den letzten Tatbestand zuerst, frühere Vorfälle nicht vergessen): 11

Geschäftsschädigendes Verhalten, welches durch mehrere Mitarbeiter des Hauses bezeugte Aussagen belegt wird: Herr H1 hat Grohe-Neuprodukte unterhalb des Herstellerpreises und unterhalb des Mitarbeitereinkaufspreises sowohl auf einer Internetplattform als auch im direkten Verkauf zum Kauf angeboten. Entsprechende Zeugenaussagen und Dokumentationen liegen in der Personalabteilung vor. 12

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Kopien (Anlage B15 und B16 zur Klageerwiderung vom 4. September 2009, Bl. 223 bis 224 d. A.) verwiesen. Das Formular der Anlage B15 ist undatiert, das Formular der Anlage B16 auf den 17. März 2009 datiert. Die Anlage B16 enthält zudem ein weiteres, oben rechts mit "Seite 2" gekennzeichnetes Blatt, das "An den Vorsitzenden des Betriebsrats H2/E2" adressiert ist, und folgenden Inhalt hat (wegen der weiteren Einzelheiten vgl. Anlage B16 zur Klageerwiderung vom 4. September 2009, Bl. 225 d. A.): 13

Mitteilung über die Kündigungsabsicht 14

Wir beabsichtigen, gegenüber Herrn C1 H1 eine fristlose und hilfsweise zugleich eine fristgemäße Kündigung zum nächstzulässigen Kündigungstermin ... auszusprechen. 15

Bitte entnehmen Sie dem Kündigungsantrag auf der folgenden Seite alle wesentlichen Daten und die Schilderung der Gründe. Für ein zusätzliches Gespräch stehen wir gerne zur Verfügung. Wir bitten um Stellungnahme. 16

Unter dem 19. März 2009 teilte der Betriebsrat Folgendes mit (vgl. Anlage B17 zur Klageerwiderung vom 4. September 2009, Bl. 226 f. d. A.): 17

Stellungnahme des Betriebsrats zum Antrag auf fristlose Kündigung und hilfsweise fristgemäßen Kündigung zum nächstzulässigen Termin für Herrn C1 H1	18
Im Anhörungsgespräch am 19.03.2009 hat Herr H1 das ihm vorgeworfene Verhalten abgestritten.	19
Aufgrund dieser widersprüchlichen Aussagen kann der Betriebsrat keine Entscheidung treffen. Der Sachverhalt sollte auf rechtlichem Weg geklärt werden.	20
Am 13. März 2009, 14:04 Uhr, erstattete die Beklagte sowohl gegen den Ex-Mitarbeiter D1 als auch den Kläger eine Strafanzeige bei der Kreispolizeibehörde Märkischer Kreis. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens übergab die Beklagte der Polizei am 9. März 2010 um 08:33 Uhr zum Zwecke der Auswertung und Untersuchung drei Rechner, welche dem Kläger sowie dem ExMitarbeiter D1 zur Verfügung gestanden haben sollen. In einem in der Ermittlungsakte befindlichen Aktenvermerk vom 4. Juni 2010 hielt der die Ermittlung leitende Kriminalhauptkommissar D8 fest, dass sich Hinweise aus den bisherigen Ermittlungen darauf ergäben, dass ein Zugriff auf die Rechner bereits durch die Beklagte bzw. durch ein beauftragtes Unternehmen erfolgt sei. Hiervon wurde die um ITErmittlungsunterstützung ersuchte Zentrale Kriminalitätsbekämpfung - Kriminalkommissariat 21 (im Folgenden: KK 21) - unterrichtet. Die Auswertung des KK 21 erfolgte unter dem 16. Dezember 2010. Wegen des Ergebnisses wird auf den entsprechenden Bericht vom selben Tage aus den beigezogenen Akten des Ermittlungsverfahrens gegen den Kläger bei der Staatsanwaltschaft Hagen (304 Js 224/09) einschließlich des Sonderbands IT-Auswertung Bezug genommen. Eine weitere Auswertung veranlasste die Beklagte durch die Unternehmensberatung E1 & Y1 (im Folgenden: E1 & Y1), über welche diese am 17. Dezember 2010 ein Memo verfasste (vgl. wegen der Einzelheiten Anlage B19 zur Berufungsbegründung vom 23. Dezember 2010, Bl. 567 ff. d. A.).	21
Mit seiner am 26. März 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 13. März 2009 sowie die weitere Feststellung verlangt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern auf unbestimmte Zeit fortbesteht. Zudem hat er für den Fall des Obsiegens mit diesen Anträgen die Verurteilung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung verlangt. Mit dem am 24. April 2009 eingegangenen weiteren Schriftsatz hat der Kläger auch die Unwirksamkeit der Kündigung vom 20. März 2009 geltend gemacht.	22
Der Kläger hat eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats sowohl zu der Kündigung vom 13. März 2009 als auch der vom 20. März 2009 bestritten. Des Weiteren hat er abgestritten, die Rainshower-Armaturen über den eBay-Account des ehemaligen Mitarbeiters D1 verkauft zu haben, und im Übrigen die Auffassung vertreten, die Beklagte habe lediglich die nicht näher begründete Vermutung eines Vermögensdelikts, jedoch keinen dringenden Tatverdacht ihm gegenüber dargelegt. Auch der Vorwurf hinsichtlich des Verkaufs von Produkten an Mitarbeiter sei nicht nachvollziehbar.	23
Unter dem 19. Mai 2009 hat die Beklagte dem Kläger erneut fristlos, hilfsweise fristgerecht gekündigt. Der Rechtsstreit über die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage (Arbeitsgericht Iserlohn, 5 Ca 1909/09) ist ausgesetzt. Im Kammertermin des vorliegenden Verfahrens vom 14. September 2009 hat der Kläger erklärt, im Hinblick auf die Nachkündigung seine Anträge auf die ausgesprochenen Kündigungen vom 13. und 20. März 2009 zu beschränken.	24
Der Kläger hat zuletzt beantragt,	25

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristlosen²⁶ hilfsweise fristgemäßen Kündigungen der Beklagten vom 13. März 2009 und vom 20. März 2009 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, 27

die Klage abzuweisen. 28

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Anhörung des Betriebsrats zu beiden 29
Kündigungen ordnungsgemäß erfolgt sei. Die beiden als Anhörungen vorgelegten Schreiben
seien dem Betriebsrat zugegangen und an diesen eindeutig gerichtet. Zudem sei er mündlich
ergänzend und voll umfänglich über alle Umstände der beabsichtigten Kündigungen
informiert worden. Beide Kündigungen seien jeweils unter dem Gesichtspunkt der Tat- und
der Verdachtskündigung gerechtfertigt. Hinsichtlich des Verkaufs von Produkten über eBay
sprächen hierfür die glaubhaften Aussagen der Ehefrau des Mitarbeiters D1 im Gespräch am
27. Februar 2009 sowie im Rahmen ihrer polizeilichen Vernehmung am 25. Februar 2009,
ebenso die Aussage des ehemaligen Mitarbeiters D1 in dessen Beschuldigtenvernehmung
am 3. September 2009. Die Weigerung des Klägers, in den mit ihm geführten Gesprächen
seine Bezugsquellen offen zulegen, sowie die Mitteilung einer Mitarbeiterin gegenüber dem
Zeugen M1 im Nachgang zur Strafanzeige, man würde kaum einen Mitarbeiter in der IT-
Abteilung finden, der keine Waren vom Kläger bezogen habe, begründeten ebenfalls
hinreichend die Kündigung.

Durch Urteil vom 14. September 2010 hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben und zur 30
Begründung ausgeführt, dass beide Kündigungen unwirksam seien. Für die Kündigung vom
13. März 2009 bestehe kein wichtiger Grund. Ein Nachweis dafür, dass der Kläger über den
eBay-Account des ehemaligen Mitarbeiters D1 rechtswidrig erlangte Waren versteigert oder
an andere Mitarbeiter im Betrieb veräußert habe, läge nicht vor und sei auch dem Betriebsrat
nicht vorgetragen worden. Es könne offen bleiben, ob die Umstände eine
Verdachtskündigung rechtfertigen könnten. Hierzu sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß
angehört worden. Aus denselben Gründen sei auch die Kündigung vom 20. März 2009
unwirksam. Wegen der weiteren Einzelheiten zur Begründung wird auf die
Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Seite 9 bis 15, Bl. 402 ff. d. A.) verwiesen.

Das Urteil wurde der Beklagten am 23. September 2010 zugestellt. Hiergegen richtet sich 31
ihre am 30. September 2010 eingelegte und mit dem nach Verlängerung der
Berufungsbegründungsfrist bis zum 23. Dezember 2010 am selben Tag eingegangenen
Schriftsatz begründete Berufung.

Die Beklagte behauptet, der Betriebsrat sei im Einzelnen sowohl über die der Beklagten 32
bekannten Kündigungsgründe als auch über die Absicht, eine Tat- und eine
Verdachtskündigung auszusprechen, unterrichtet worden. Nachdem der
Betriebsratsvorsitzende an dem Gespräch vom 27. Februar 2009 teilgenommen habe, sei er
fortlaufend durch den Zeugen M1 über die Gespräche mit dem Kläger am 9., 10. und 12.
März 2009 unterrichtet worden. Sowohl zur Tat- als auch zur Verdachtskündigung sei der
Zeuge P1 durch den Zeugen M1 abschließend und letztmalig am 12. März 2009 unterrichtet
worden. Der Betriebsrat habe dann den internen Beschluss gefasst, keine Einwände gegen
die Kündigung zu erheben, was der Zeuge P1 dem Zeugen M1 noch am 12. März 2009
mitgeteilt habe. Dabei habe er klargestellt, dass es sich um die abschließende Stellungnahme
handele. Auch nach dem 12. März 2009 bis zur erneuten Anhörung am 17. März 2009 um
13:00 Uhr habe es wiederholt detaillierte Informationen an den Betriebsrat über die
Kündigungsgründe gegeben. Der Zeuge M1 habe sich dabei insbesondere an den Zeugen

P1 und die Betriebsrätin K3 gewandt und diese erneut zum geplanten Ausspruch einer Tat- und Verdachtskündigung angehört. Am 19. März 2009 habe der Betriebsrat nach interner Beschlussfassung anschließend seine schriftliche Stellungnahme abgegeben.

Aufgrund der auf dem Laptop des Klägers festgestellten Chatprotokolle (vgl. zum Inhalt im Einzelnen den Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung vom 23. Dezember 2010, Seite 5 - 19, Bl. 531 - 545 d. A.) stehe zudem fest, dass er die Rainshower-Armaturen über den eBay-Account des ExMitarbeiters D1 verkauft habe. Rechtliche Verwertungshindernisse bestünden nicht. Darüber hinaus ergebe sich aus der Befragung von Mitarbeitern durch E1 & Y1, dass der Kläger an Mitarbeiter über einen längeren Zeitraum hinweg Produkte der Beklagten unter Mitarbeiterverkaufspreis aus dem aktuellen Sortiment verkauft habe. Er habe weder aus Betriebsratsverkäufen von Auslaufmodellen noch aus "Umzugsverschrottungen" diese Armaturen bezogen. Zumindest rechtfertige dieser Vorwurf wie auch weitere die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. So sei festgestellt worden, dass der Kläger pornografische Webseiten besucht sowie pornografisches Material und andere Daten heruntergeladen habe. Zudem habe er unerlaubt Programme wie Skype, ICQ und AIM installiert und genutzt. Er habe an Dateitauschbörsen durch die Installation und Nutzung von UseNext teilgenommen. Die ausgiebige private Nutzung der EDV stelle zudem einen Arbeitszeitbetrug dar. 33

Die Beklagte beantragt, 34

1. auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 14. September 2010 (5 Ca 1045/09) abzuändern und die Klage abzuweisen, 35

2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1., das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2009 aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung zu verurteilen, die jedoch nicht mehr als 15.000,00 Euro betragen soll, 36

3. den Auflösungsantrag des Klägers zurückzuweisen. 37

Der Kläger beantragt, 38

I. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 14. September 2010 wie folgt zu erkennen: 39

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die außerordentlichen, hilfsweise fristgemäßen Kündigungen vom 13. März 2009 und vom 20. März 2009 aufgelöst worden ist. 40

2. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wird zum 31. Oktober 2009 aufgelöst und die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung verurteilt, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch nicht unter 80.000,00 Euro. 41

II. den Auflösungsantrag der Beklagten zurückzuweisen. 42

Der Kläger bestreitet weiterhin die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats zu beiden Kündigungen und die ihm zur Last gelegten Taten. Ebenso wenig sieht er die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung gegeben. Insbesondere bestreitet der Kläger, die von der Beklagten wiedergegebenen Gespräche über Skype mit dem ehemaligen Mitarbeiter D1 in der Zeit vom 11. August 2008 bis 11. März 2009 geführt zu haben. Es bestünden erhebliche Zweifel an der Echtheit dieser Chatprotokolle. Einzig zutreffend sei die Installation des Programms Skype. Dieses habe sich auf einem nicht passwortgeschützten 43

Test-PC befunden. Der Kläger habe einen stationären Test-PC sowie ein Laptop gehabt. Der Test-PC habe problemlos von anderen Mitarbeitern genutzt werden können. Es bleibe daher bestritten, dass keine Manipulationsmöglichkeit bestanden habe. Die Chatprotokolle seien zudem nicht verwertbar, weil der Betriebsrat hierzu nicht angehört worden sei, so dass es sich bei ihrer Einführung in den Prozess um kein zulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen handele. Der eindeutige Verstoß gegen § 206 StGB sowie § 32 BDSG sowie die fehlende Darlegung einer Beachtung der Rechte des Betriebsrats, insbesondere von dessen Einverständnis mit der Verwertung der gewonnenen Daten stehe einer Verwertung im Prozess entgegen.

Ebenso wenig habe der Kläger entwendete Produkte der Beklagten aus dem aktuellen Sortiment unter Mitarbeiterverkaufspreis an Mitarbeiter verkauft. Eine Verwertung der Mitarbeiterinterviews sei wegen des Verstoßes gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG schon unzulässig. Die Durchführung der von der Beklagten angeführten Interviews werde ebenso wie ihr Inhalt bestritten, zudem verhindere die Anonymisierung ihre Überprüfbarkeit. Im Übrigen belege der Inhalt den Vorwurf nicht. Die Warenverkäufe rechtfertigten daher auch nicht eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Die weiteren im Zusammenhang mit dem Auflösungsantrag erhobenen Vorwürfe träfen nicht zu. Insbesondere habe der Kläger nicht die von der Beklagten genannten Dateien heruntergeladen. Der nicht nur vom Kläger genutzte Test-PC habe zwar einen individuellen Internetanschluss, aber keinen Anschluss an das Netzwerk der Firma gehabt. Die Nutzung von Skype, ICQ, AIM und UseNext auf diesem Rechner sei auf ausdrückliche Anweisung zu Testzwecken erfolgt, weil die Nutzung durch die Geschäftsleitung geplant gewesen sei. Im Übrigen rechtfertigten die nunmehr gegenüber dem Kläger erhobenen erheblichen Vorwürfe der Beklagten den Auflösungsantrag des Klägers. 44

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vorbringen der Parteien wird auf die in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Sitzungen des Arbeitsgerichts vom 1. Juni 2009 und 14. September 2010 sowie des Landesarbeitsgerichts vom 31. Januar 2012 und 11. Mai 2012 verwiesen. 45

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin B2 sowie der Zeugen D4, G1, L2, M1, P1, P2 und Z3. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der Sitzungen des Landesarbeitsgerichts am 31. Januar 2012 und 11. Mai 2012 verwiesen. 46

Entscheidungsgründe 47

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung der Beklagten ist überwiegend begründet. Zwar ist die Kündigung der Beklagten vom 13. März 2009 unwirksam (I.). Das Arbeitsverhältnis wurde jedoch durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20. März 2009 mit dem Ablauf dieses Tages beendet (II.). 48

I. 49

Die Kündigung der Beklagten vom 13. März 2009 ist mangels ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 50

1. Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ist eine Kündigung nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat vorher angehört zu haben, 51

sondern auch dann, wenn er seine Unterrichtungspflicht nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachgekommen ist (vgl. BAG, 17. Februar 2000, 2 AZR 913/98, NZA 2000, 761 <762>; 15. November 2001, 2 AZR 380/00, NZA 2002, 970 <973>).

2. Eine Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung vom 13. März 2009 lässt sich nicht feststellen. Insbesondere ist die Beklagte beweisfällig dafür geblieben, dass ihr Personalleiter, der Zeuge M1, am 12. März 2009 dem Betriebsratsvorsitzenden, dem Zeugen P1, abschließend und letztmalig über den Kündigungssachverhalt und die beabsichtigte Tat- und hilfsweise Verdachtskündigung angehört und nach interner Beratung der Betriebsratsvorsitzende noch am selben Tag mitgeteilt hat, dass der Betriebsrat keine Einwände gegen die Kündigung erhebe. Diese erstmals nach dem Hinweis des Berufungsgerichts in seinem Beschluss vom 21. Oktober 2011 mit ihrem Schriftsatz vom 12. Dezember 2011 von der Beklagten vorgetragene Behauptung hat sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt. 52

a) Der Zeuge P1 hat bei seiner Vernehmung auf die Frage des Gerichts, wann konkret dem Betriebsrat mitgeteilt worden sei, dass und aus welchen Gründen man dem Kläger kündigen wolle, ausgesagt, dass die erste Betriebsratssitzung über die Kündigung des Klägers am 18. März 2009 stattgefunden habe. Dies teilte er aufgrund der von ihm mitgebrachten und während der Vernehmung eingesehenen Unterlagen des Betriebsrats hierzu mit. In seiner weiteren Aussage führte er aus, den Antrag am 17. März 2009 erhalten zu haben, vorher nicht. Aufgrund dessen habe die Sitzung stattgefunden. Auf weitere Frage des Gerichts hat der Zeuge bekundet, dass er keine Kündigung vom 13. März 2009 kenne, er habe vorher auch keine Stellungnahme zu einer Kündigung des Klägers abgegeben. Er sei vorher zu dieser Kündigung nicht angehört worden. Es hätten zwar Gespräche stattgefunden, aber es habe keinen Kündigungsantrag entsprechend den Formularen der Anlage B15 bis B17 gegeben. Dieses Formular sei für ihn ein offizieller Antrag, wo auch die Fristen begännen, wo das Gremium einzuberufen sei und Beschlüsse zu fassen seien. Auf Nachfrage des Beklagtenvertreters, ob sich der Zeuge sicher sei, dass er keinen "Kündigungsantrag" vom 12. März 2009 erhalten habe, erklärte der Zeuge P1, dass er sich ziemlich sicher sei, weil er die Unterlagen über das Sekretariat habe raussuchen lassen und da nichts dabei gewesen sei. 53

b) Der Zeuge M1 hat auf die Frage, wann der Betriebsrat zu der Kündigung vom 13. März 2009 angehört worden sei, erklärt, nicht mehr genau sagen zu können, wie viele Tage vorher, aber acht oder zehn Tage, jedenfalls unter Einhaltung der Fristen habe man dem Betriebsrat, d.h. dem Zeugen P1 gesagt, dass man dem Kläger kündigen werde, wenn er bei seinen bisherigen Aussagen bleibe. Er, der Zeuge, sei sich deshalb so sicher, weil man zum einen sich juristischen Rat geholt und zum anderen gewusst habe, dass dieser "Schuss sitzen musste", d.h. man sei sich der Bedeutung der Angelegenheit bewusst gewesen. Der Vorstand sei in die Angelegenheit auch involviert gewesen, nicht zuletzt deshalb hätten "wir" das ordentlich abgearbeitet. Auf Vorlage der Anlagen B15 und B16 erklärte der Zeuge, dass beide Schreiben sowohl von ihm als auch der Zeugin B2 unterschrieben worden seien. Er konnte jedoch nicht angeben, wann welches Schreiben an den Betriebsrat gegangen ist. Auf Vorhalt der Aussage des Zeugen P1, einen Kündigungsantrag nur am 17. März 2009 erhalten zu haben, erklärte der Zeuge M1, er müsse jetzt in seinen Kalender schauen, den er nicht dabei habe. Aber gerade weil man in dieser Sache ordnungsgemäß habe handeln wollen, sei er sich sicher, dass man die Formalien eingehalten habe. 54

c) Die Zeugin B2 hat im Rahmen ihrer Vernehmung bestätigt, dass eine der Unterschriften auf den Anlagen B15 und B16 jeweils von ihr stamme. Sie konnte aber erst nach einigem Zögern und Überlegen erklären, dass sie sich denke, auch die Anträge ausgefüllt zu haben. Auf weitere Frage des Gerichts erinnerte sich die Zeugin nicht mehr, ob es sich um zwei Kündigungsanträge handelte, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten an den Zeugen P1 weitergeleitet wurden. Hinsichtlich der Stellungnahme des Betriebsrats gab sie an, dass diese zwei Tage später eingegangen sei. Sie kannte nur eine Stellungnahme des Betriebsrats.

d) Bei einer Würdigung dieser Aussagen ist festzustellen, dass danach offen bleibt und eher zu bezweifeln ist, ob tatsächlich am 12. März 2009 der Zeuge M1 den Zeugen P1 zu einer beabsichtigten Kündigung angehört hat. Dagegen spricht vor allem die für die Kammer in vollem Umfang glaubhafte Aussage des glaubwürdigen Zeugen P1. Seine Aussage war in diesem Punkt eindeutig und insoweit auf die ihm vorliegenden Unterlagen gestützt. Wie auch im übrigen Teil seiner Aussage blieb der Zeuge ersichtlich bei dem, was ihm nach einem Zeitablauf von fast drei Jahren noch in Erinnerung war. Im Übrigen war seine Erinnerung in dieser auch für ihn ungewöhnlichen Angelegenheit so klar und eindeutig, dass es für die Kammer nicht ersichtlich ist, dass der Zeuge eine Betriebsratsanhörung, wenn sie denn tatsächlich stattgefunden hat, nicht angegeben hätte. Zwar war der Zeuge sich unsicher, ob er beide "Kündigungsanträge" gemäß den Anlagen B15 und B16 erhalten hat, d.h. einmal undatiert (Anlage B15) und einmal auf den 17. März 2009 datiert (Anlage B16). Er konnte sich aber eindeutig erinnern, die Rückseite für die Anlage B16, nämlich das Anschreiben an den Betriebsrat mit der Mitteilung über die Kündigungsabsicht (vgl. Anlage B16, Bl. 225 d. A.) erhalten zu haben. Auch das spricht dafür, dass er nur diese Anhörung am 17. März 2009 bekommen hat und nicht schon zuvor eine am 12. März 2009.

Unterstützt wird seine Aussage von der Angabe der Zeugin B2, welche sich nur an eine Stellungnahme des Betriebsrats erinnern konnte, die zwei Tage später einging. Dies kann dann nur die Stellungnahme des Betriebsrats vom 19. März 2009 (Anlage B17) sein. Dagegen konnte sie sich nicht an zwei zeitlich unterschiedlich übergebene Kündigungsanträge erinnern.

Ebenso enthält die Aussage des Zeugen M1 keine verwertbaren Angaben dazu, dass er den Betriebsratsvorsitzenden P1 am 12. März 2009 zu der für den Folgetag offenbar beabsichtigten Kündigung tatsächlich angehört und eine Stellungnahme erhalten hat. Die Erinnerungen des Zeugen sind sowohl zeitlich als auch inhaltlich ungenau. So soll einerseits acht bis zehn Tage vorher der Zeuge P1 angehört worden sein, d.h. zu einem Zeitpunkt, zu dem noch nicht mal die Gespräche mit dem Kläger ab 9. März 2009 stattgefunden hatten. Konkrete Angaben, wann welches der beiden Schreiben der Anlagen B15 und B16 an den Betriebsrat weitergeleitet worden waren, konnte der Zeuge andererseits aber gerade nicht machen. Seine Aussage war im Wesentlichen davon geprägt zu behaupten, man habe ordnungsgemäß gehandelt, weil man ordnungsgemäß handeln wollen. Eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung vom 13. März 2009 lässt sich dem nicht entnehmen.

3. Danach ist eine Betriebsratsanhörung vor Ausspruch der Kündigung vom 13. März 2009 nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen. Ebenso wenig lässt sich eine Stellungnahme des Betriebsrats zu einer solchen Kündigung vor deren Ausspruch feststellen. Der Betriebsrat wurde nicht ordnungsgemäß gehört, dies führt gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 13. März 2009.

II.

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20. März 2009 ist wirksam. Der Betriebsrat wurde zu ihr ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört, soweit es die auf den Vorwurf des Verkaufs von zwei Rainshower-Armaturen bei eBay gestützte Tatkündigung geht (1.). Insoweit besteht für die außerordentliche Kündigung auch ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB (2.).

1. Der nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme festzustellende Verlauf und Inhalt der Betriebsratsanhörung ist ordnungsgemäß im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG. Insbesondere hat die Beklagte ihre Mitteilungspflicht erfüllt und die Kündigung erst nach Erhalt der Stellungnahme des Betriebsrats ausgesprochen. 62

a) Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber die Gründe für seine Kündigungsabsicht so umfassend und genau mitteilt, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Der Arbeitgeber genügt dabei der ihm obliegenden Mitteilungspflicht nicht, wenn er den Kündigungssachverhalt nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig umschreibt, ohne die für seine Bewertung maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen. Jedoch sind an die Mitteilungspflicht im Anhörungsverfahren nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess. Zudem gilt nach dem Grundsatz der "subjektiven Determinierung", dass der Betriebsrat immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (vgl. BAG, 2. November 1983, 7 AZR 65/82, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 29; 27. Juni 1985, 2 AZR 412/84, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 37; 15. November 1995, 2 AZR 974/94, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 73; 15. November 2001, 2 AZR 380/00, AP § 626 BGB Ausschlussfrist Nr. 45; 7. November 2002, 2AZR 493/01, AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 18). 63

Mitzuteilen sind neben dem Kündigungsgrund die Personalien des von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmers, wozu neben dem Namen und Vornamen in der Regel auch das Lebensalter, die Betriebszugehörigkeit sowie Unterhaltspflichten und Familienstand gehören. Allerdings führt die fehlende Mitteilung der genauen Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG, wenn es dem Arbeitgeber wegen der Schwere der Kündigungsvorwürfe auf die genauen Sozialdaten nicht ankommt, der Betriebsrat die Kündigungsabsicht ausreichend beurteilen kann und ihm Lebensalter und Betriebszugehörigkeitszeiten des Arbeitnehmers ungefähr bekannt sind (vgl. BAG, 15. November 1995, 2 AZR 974/94, NZA 1996, 419 <421>) bzw. wenn der Umfang der Unterhaltspflichten weder aus Sicht des Arbeitgebers noch aus der Sicht der Arbeitnehmervertretung bei vernünftiger Betrachtung für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung eine Rolle spielen kann (vgl. BAG, 23. April 2009, 6 AZR 516/08, NZA 2009, 959 <961>). 64

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen, dass die Beklagte den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung vom 20. März 2009 hinsichtlich des Vorwurfs, zwei Rainshower-Armaturen über eBay veräußert zu haben, ordnungsgemäß angehört hat. 65

aa) Zunächst steht aufgrund der - auch insoweit glaubhaften - Aussage des Zeugen P1 fest, dass das Formular "Kündigungsantrag für das Personalwesen" Bestandteil des schriftlichen Anhörungsschreibens an den Betriebsrat vom 17. März 2009 (Anlage B16, Bl. 225 d. A.) gewesen ist. Es handelt sich um die Rückseite zum Anschreiben an den Betriebsrat im Falle einer Anhörung zur Kündigung. Das ergibt sich auch aus seiner Gestaltung. So wird in dem 66

Text des Anschreibens an den Betriebsrat auf den "Kündigungsantrag an das Personalwesen" Bezug genommen, wenn es dort heißt, der Betriebsrat könne dem "Kündigungsantrag auf der folgenden Seite alle wesentlichen Daten und die Schilderung der Gründe" entnehmen. Zum anderen ist oben rechts im Anschreiben der Text "Seite 2" enthalten, was auf ein doppelseitiges Formular schließen lässt.

Dieses Anhörungsschreiben ist dem Betriebsrat nach Aussage seines Vorsitzenden am 17. März 2009 und damit vor Ausspruch der Kündigung zugegangen. 67

bb) Das Anhörungsschreiben allein reicht für eine ordnungsgemäße Anhörung insbesondere zum Kündigungsgrund jedoch nicht aus. 68

(1) Das Anschreiben an den Betriebsrat vom 17. März 2009 enthält die Anhörung zu einer fristlosen und hilfsweise zugleich fristgemäßen Kündigung des Klägers zum nächstzulässigen Kündigungstermin (Anlage B16, Bl. 225 d. A.). In dem "Kündigungsantrag" (Anlage B16, Bl. 224 d. A.) sind die Personalien des Klägers vollständig, wenn auch hinsichtlich der Kinderzahl mit "1" statt "2" unrichtig genannt. Es besteht zwar ein Widerspruch zum Anschreiben an den Betriebsrat, weil im "Kündigungsantrag" nur angekreuzt ist, dass die Kündigung fristlos erfolgen soll. Das Kästchen vor "fristgemäß zum nächstmöglichen Termin" ist nicht ausgefüllt. Für die Anhörung zur außerordentlichen Kündigung reicht dies jedoch noch aus, weil gegenüber dem Betriebsrat hinreichend klargestellt bleibt, dass eine fristlose Kündigung des Klägers erfolgen soll. Der Betriebsrat selbst ist ausweislich seiner Stellungnahme und nach Aussage des Zeugen P1 davon ausgegangen, sowohl zu einer außerordentlichen als auch zu einer hilfsweise ordentlichen Kündigung angehört zu werden. 69

(2) Die im Formular enthaltene Darstellung der Kündigungsgründe genügt nicht den Anforderungen, die an die Mitteilung der Kündigungsgründe im Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zu stellen sind. Die Beklagte beruft sich lediglich pauschal und schlagwortartig auf geschäftsschädigendes Verhalten. Die Mitteilung der Kündigungsgründe besteht in dem einzigen Satz, dass der Kläger Neuprodukte unterhalb des Herstellerpreises und des Mitarbeitereinkaufspreises sowohl auf einer Internetplattform als auch im direkten Verkauf angeboten habe. Im Übrigen wird lediglich darauf hingewiesen, dass das geschäftsschädigende Verhalten durch mehrere Mitarbeiter des Hauses bezeugt bzw. entsprechende Zeugenaussagen und Dokumentationen der Personalabteilung vorlägen. 70

Für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats ist das unzureichend, was insbesondere angesichts der einleitend dazu in diesem Formular enthaltenen Passage ("Die Kündigung ist aus folgenden Gründen erforderlich (Termine, Uhrzeiten, Gespräche, Abmahnungen, Ermahnungen, disziplinarische Maßnahmen, Fehlzeiten, Leistung u.a.; keine Wertung, reiner Sachverhalt, den letzten Tatbestand zuerst, frühere Vorfälle nicht vergessen") unverständlich ist. Auch im Hinblick darauf, dass bei der Anhörung des Betriebsrats an die Mitteilung der Kündigungsgründe nicht dieselben Anforderungen wie im Kündigungsschutzprozess bestehen, ist eine solch pauschale, durch keinerlei Tatsachen konkretisierte schriftliche Mitteilung für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ungeeignet. 71

cc) Jedoch steht für die Kammer aufgrund der Aussage des Betriebsratsvorsitzenden und Zeugen P1 fest, dass dieser und damit der Betriebsrat insgesamt über die wesentlichen Gründe des Kündigungssachverhalts so informiert war, dass er ihre Stichhaltigkeit prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig werden konnte. 72

(1) Der Betriebsratsvorsitzende hat bekundet, über den Vorfall zunächst dadurch informiert worden zu sein, dass der ehemalige Mitarbeiter D1 einen Blackberry über eBay verkauft habe und in diesem Rahmen ermittelt worden sei, dass über seinen eBay-Account auch noch Rainshower-Armaturen angeboten worden waren. Er konnte sich zwar an das Datum des Gesprächs, an dem auch die Ehefrau D1 teilgenommen hatte, nicht mehr erinnern, jedoch noch gut an seinen Inhalt. Im Vorfeld habe Herr D1 hinsichtlich der Rainshower-Armaturen gesagt, dass nicht er, sondern ein Freund bzw. Kollege diese über seinen Account verkauft habe. Den Namen habe er aber nicht nennen wollen. Er sei dann darauf hingewiesen worden, dass seine Frau auch bei der Beklagten beschäftigt sei und man sie ebenfalls befragen werde. Daraufhin sei es dann zu dem Gespräch gekommen, an dem seitens der Beklagten die Herren Z1 und M1, das Ehepaar D1 und der Zeuge als Betriebsratsvorsitzender teilgenommen hätten. D1 sei zunächst dabei verblieben, den Namen nicht nennen zu wollen. Es handele sich um einen Freund bzw. Kollegen, das würde er nicht machen. Er sei dann darauf hingewiesen worden, dass man dann davon ausgehe, dass er doch der Verkäufer sei. Nach einer Unterbrechung, in der sich das Ehepaar beraten habe, sei das Gespräch dann mit allen wieder fortgesetzt worden. Die Ehefrau habe gesagt, dass sie den Namen nennen würde, und angegeben, dass der Kläger den Account benutzt habe.

An den weiteren Gesprächen mit dem Kläger sei er, der Zeuge, dann nicht beteiligt gewesen, jedoch fortlaufend von dem Zeugen M1 aus der Personalabteilung informiert worden. Er habe lediglich mit dem Kläger und D1 gemeinsam ein persönliches Gespräch geführt, in dem er ihnen nur gesagt habe, sie sollten beide bei der Wahrheit bleiben. 74

Relativ bald nach dem Gespräch mit dem Ehepaar D1 habe man ihm dann gesagt, man werde den Kläger vor die vollendete Tatsache stellen, dass er Armaturen über eBay verkaufe, und würde auch eine Kündigung in Erwägung ziehen. 75

Im Rahmen seiner weiteren Befragung zur Übergabe des Anhörungsschreibens am 17. März 2009 hat der Zeuge zusätzlich bekundet, dass ihm der eBay-Account genannt worden sei. Diesen konnte er auch noch insoweit zutreffend angeben, als er den Namensteil "F1" in Erinnerung hatte. Zudem meinte der Zeuge sich zu erinnern, dass er auch die Unterlagen über die eBay-Verkäufe sowohl betreffend die Armaturen als auch der Blackberrys gesehen habe. Hinsichtlich des Inhalts der Gespräche mit dem Kläger sei ihm gesagt worden, dieser habe erklärt, er verkaufe Artikel, die er über einen Großhändler beziehe, die genaue Quelle habe er nicht preisgeben wollen. Dabei sei es um beides gegangen, zum einen um die Rainshower-Armaturen, zum anderen um den Verkauf weiterer Armaturen im Betrieb. 76

Der Zeuge hat zum weiteren Ablauf des Anhörungsverfahrens bekundet, der Kündigungsantrag sei ihm persönlich entweder durch Frau B2 oder Herrn M1 übergeben worden. Bei der Übergabe des Antrags sei nach seiner Erinnerung nichts näher erläutert worden. Auf die weitere Frage des Gerichts erklärte der Zeuge zunächst, dass es um eine Verdachtskündigung gegangen sei, auf nachfolgende Frage des Gerichts ergänzte er, es sei auch um eine Tat Kündigung gegangen. Auf den Hinweis des Gerichts, dass in dem Kündigungsantrag nur eine fristlose Kündigung angekreuzt sei und in der Stellungnahme auch zu einer hilfsweise fristgemäßen Kündigung Stellung genommen werde, bekundete der Zeuge, dass man seitens des Betriebsrats immer davon ausgehe, dass eine fristlose Kündigung auch in eine fristgemäße Kündigung umgedeutet werden könne. Auf den Vorhalt des Klägervertreters, dass in der Anhörung nur von einer Tat Kündigung die Rede sei, erklärte der Zeuge, dass es im Vorfeld in den Gesprächen mit dem Zeugen M1 darum gegangen sei, was die Konsequenzen für den Kläger sein würden, und dass es dabei sowohl um eine Tat- als auch um eine Verdachtskündigung gehen würde. Weitere Erläuterungen bei der 77

Übergabe des Kündigungsantrages seien seines Wissens dann nicht erfolgt. Die ausdrückliche Frage, ob die Verdachtskündigung auch Gegenstand der Übergabe des Antrags gewesen sei, verneinte der Zeuge. In der Betriebsratssitzung habe man nur über eine Tatkündigung gesprochen.

(2) Auf Grundlage dieser Aussage, welche das Gericht wie auch schon zuvor in vollem Umfang für glaubhaft hält, ist eine ordnungsgemäße Anhörung zu einer Tatkündigung erfolgt, soweit es um den in dem "Kündigungsantrag" pauschal umschriebenen Kündigungsvorwurf "Herr H1 hat Grohe-Neuprodukte unterhalb des Herstellerpreises und unterhalb des Mitarbeitereinkaufspreises ... auf einer Internetplattform ... zum Kauf angeboten" geht. 78

(a) Eine im Vorfeld angesprochene Verdachtskündigung war nach der Formulierung der schriftlichen Anhörung nicht mehr aktuell. Insoweit haben die Vertreter der Beklagten es bei Übergabe des Anhörungsschreibens vom 17. März 2009 versäumt, gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden klar zustellen, dass auch weiterhin eine Verdachtskündigung ausgesprochen werden sollte. Dementsprechend ging der Betriebsrat nach der Aussage seines Vorsitzenden auch nur noch von einer Anhörung zu einer Tatkündigung aus. 79

(b) Im Übrigen sind dem Betriebsratsvorsitzenden als dem nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zuständigen Empfänger der Anhörung die wesentlichen Umstände hinsichtlich des Kündigungssachverhalts, der den Verkauf der beiden Rainshower-Armaturen über eBay betrifft, bereits mitgeteilt worden bzw. bekannt gewesen, so dass es einer über den Inhalt des Anhörungsschreibens vom 17. März 2009 hinausgehenden Mitteilung der Kündigungsgründe nicht bedurfte (vgl. dazu allgemein BAG, 27. Juni 1985, 2 AZR 412/84, NZA 1986, 426; 23. Oktober 2008, 2 AZR 163/07, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 18). Der Betriebsratsvorsitzende wusste, dass es um den Verkauf von zwei Rainshower-Armaturen über eBay ging. Er hat an dem Gespräch mit dem Ehepaar D1 teilgenommen, in dem der Kläger erstmals als Verkäufer genannt wurde. Er wurde vom Zeugen M1 über die weiteren Ermittlungen der Beklagten, insbesondere über den Inhalt der Gespräche mit dem Kläger auf dem Laufenden gehalten. Ihm war bekannt, dass der Kläger seine Bezugsquellen in den mit ihm geführten Gesprächen nicht offen gelegt hatte. Er kannte den für die Verkäufe genutzten eBay-Account sowie die Unterlagen über die Auktionen, etwaige Erinnerungsunsicherheiten hält die Kammer, insbesondere angesichts des Zeitablaufs nicht für so wesentlich, um dies in Frage zu stellen. Insgesamt geht das Gericht aufgrund dieser Aussage von einer wirksamen Anhörung des Betriebsrats aus, ohne dass es auf die auch in diesem Zusammenhang wenig ergiebigen Aussagen der Zeugin B2 und des Zeugen M1 noch ankommt. 80

(c) Aus Art und Inhalt der Information, welche der Betriebsrat insgesamt seit der Einschaltung seines Vorsitzenden bis zur Übergabe der schriftlichen Anhörung vom 17. März 2009 erhielt, ergab sich darüber hinaus, dass es für die Beklagte angesichts der Schwere des Kündigungsvorwurfes auch für den Betriebsrat erkennbar nicht in Betracht kam, dass dem Kläger aufgrund seiner Sozialdaten nicht oder nur ordentlich gekündigt wird. Bei vernünftiger Betrachtung kam es hierauf nicht mehr entscheidend an. Insoweit ist es unschädlich, dass die Anzahl der Kinder im Anhörungsschreiben unzutreffend angegeben wurde. 81

c) Die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats ist der Beklagten auch vor Ausspruch der Kündigung am 20. März 2009 zugegangen. 82

aa) Der Zeuge P1 hat insoweit bekundet, den Zeugen M1 bereits am Vortag mündlich nach Abschluss der Betriebsratssitzung unterrichtet zu haben. Hinsichtlich der schriftlichen Stellungnahme war er sich nicht mehr sicher, ob diese noch am 19. März 2009 erfolgte, weil es sich um eine außerordentliche Sitzung gehandelt habe, die nachmittags stattgefunden 83

habe, und zu diesem Zeitpunkt das Sekretariat des Betriebsrats nicht mehr besetzt gewesen sei. Dies ändert nichts daran, dass er sich hinsichtlich des Zeitpunkts der mündlichen Mitteilung an den Personalleiter sicher war. Damit lag die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats, wie sie sich inhaltlich auch aus der schriftlichen Stellungnahme ergibt, der Beklagten bereits mündlich am 19. März 2009 vor.

bb) Die Kündigung ist erst am Vormittag des 20. März 2009, wie der Zeuge D4 im Einzelnen glaubhaft und glaubwürdig bekundet hat, auf den Weg gebracht und dem Kläger übergeben worden. Der Zeuge D4 hat nach seiner Aussage am Vormittag dieses Tages den Auftrag erhalten, die Mitarbeiterin S4 zu begleiten, die ein Kündigungsschreiben übergeben müsse. Diese Mitarbeiterin habe ihm das Kündigungsschreiben gezeigt und es in den Umschlag getan. Danach sei man zur Adresse des Klägers gefahren und habe es ihm persönlich übergeben. 84

2. Für die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20. März 2009 besteht ein wichtiger Grund, weil der Kläger zumindest eine rechtswidrig erlangte Rainshower-Armatur über eBay verkauft hat und der Beklagten aufgrund dieses Vorfalls eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist. 85

a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Das Gesetz kennt keine "absoluten" Kündigungsgründe, vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich", d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (std. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts, vgl. BAG, 17. Mai 1984, 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91 <92>; 10. Juni 2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 <1229>). 86

b) Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende und unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtete Handlungen des Arbeitnehmers kommen typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht. Das gilt unabhängig von der Höhe eines dem Arbeitgeber durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens. Maßgebend ist vielmehr der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (vgl. BAG, 10. Juni 2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 <1229>; 16. Dezember 2010, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571 <572>). Durch unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers gerichtete rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen verletzt der Arbeitnehmer zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen (vgl. BAG, 10. Juni 2010, a.a.O., 1229 f.). 87

c) Im vorliegenden Fall hat der Kläger zumindest den Verkauf einer zuvor rechtswidrig erlangten Rainshower-Armatur über den eBay-Account seines ehemaligen Kollegen D1 gemeinsam mit diesem durchgeführt. Dies stellt eine vorsätzliche, rechtswidrige und unmittelbar gegen das Vermögen der Beklagten gerichtete Handlung dar, welche an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. 88

aa) Nach dem unstreitigen Vorbringen beider Parteien sind im Oktober 2008 zweimal eine Rainshower-Armatur über eBay verkauft worden. Es handelt sich um die in dem Schreiben der Beklagten an die Firma eBay vom 3. März 2009 (Bl. 171 f. d. A.) konkretisierten Verkäufe vom 20. Oktober 2008 mit der Artikelnummer 160293492063 sowie mit der Artikelnummer 123456789012 mit unbekanntem Verkaufsdatum. Im ersten Fall wurde die Armatur für 418,90 Euro, im zweiten Fall für 518,97 Euro verkauft.

Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang unstreitig, dass zwei Wochen vor und nach der eBay-Auktion im Oktober 2008 ein Fehlbestand von zwei Armaturen dieses Typs bei der Beklagten festgestellt worden ist. 90

Schließlich steht fest, dass der Verkauf über den eBay-Account "z4F1" des ExMitarbeiters D1, abgewickelt wurde. Über denselben Account hatte dieser die von ihm bei der Beklagten entwendeten beiden Blackberrys im Dezember 2008 verkauft. 91

bb) Aus den vorgenannten Umständen ergibt sich im Zusammenhang mit dem Inhalt der Chatprotokolle zwischen den Skype-Nutzern "l1d1" sowie "c1901" vom 20. Februar 2009, 26. Februar 2009 und 2. März 2009, dass der Kläger zumindest eine rechtswidrig erlangte Rainshower-Armatur der Beklagten über den eBay-Account "z4F1" von D1 mit veräußert hat. 92

(1) Ausweislich der Untersuchung des KK 21 (vgl. Ermittlungsakte des Verfahrens StA Hagen 304 Js 24/09, Bericht vom 16. Dezember 2010 sowie Sonderband IT-Auswertung) haben an den genannten Tagen zwischen dem Nutzer des Skype-Accounts "l1d1" sowie dem Nutzer des Skype-Accounts "c1901" am 20. Februar 2009, 26. Februar 2009 und 2. März 2009 Chats stattgefunden, welche auszugsweise, soweit sie für den vorliegenden Fall von Bedeutung und Interesse sind, den in der nachfolgenden Tabelle wiedergegebenen Inhalt haben: 93

Zeile Nr.	Datum, Uhrzeit	Teilnehmer	Inhalt
1	2009.02.20, 07:35:34	c1901	moin L1, wie ist es gelaufen?
2	2009.02.20, 07:36:10	l1d1	moin moin also ich habe jetzt eine Woche aufschub
3	2009.02.20, 07:36:18	c1901	für was?
4	2009.02.20, 07:36:54	l1d1	die wissen noch von der B2, was ich Ende Januar gesagt habe, das mein Account zu Verfügung gestellt worden ist.
5	2009.02.20, 07:37:10	l1d1	die beiden wollen wissen wer das verkauft hat.
6	2009.02.20, 07:37:38	c1901	pass auf ich geh mal zum feuerwehrauto, ruf mich in ein paar minuten mal an
7	2009.02.26, 09:37:53	c1901	sag L1, wie wirst du dich jetzt morgen verhalten, hat B6 mit dir gesprochen
8	2009.02.26, 09:40:58	l1d1	jep hat sie

9	2009.02.26, 09:41:11	l1d1	wir werden dahin gehen
10	2009.02.26, 09:41:15	c1901	und was wiest du tun? hälst du dicht?
11	2009.02.26, 09:41:38	l1d1	die antwort lautet das es sich um einen privatverkauf gehandelt hat
12	2009.02.26, 09:41:48	c1901	danke L1
13	2009.02.26, 09:41:58	c1901	du bist wirklich ein freund
14	2009.02.26, 09:41:58	l1d1	hättest du die scheiß ondus nicht verkauft hätte nie wieder einer danach gefragt
15	2009.02.26, 09:42:05	c1901	ich weis
16	2009.02.26, 09:42:14	c1901	scheiss drecksding
17	2009.02.26, 09:43:20	c1901	es wird so sein wie mein bruder gesagt hat, ich hab gestern nochmal mit ihm telefoniert, mach ich zwar nicht gern, weil er ein a...loch ist, aber er hat kenne, wenn du nichts sagts wird nichts passieren
18	2009.02.26, 09:45:22	l1d1	wir bleiben dabei da es sich um einen privatverkauft gehandelt hat.
19	2009.02.26, 09:45:48	c1901	danke schatzi, du bist echt ein guter
20	2009.02.26, 09:46:07	l1d1	was für einen absender hattest du eigentlich bei dem paketen angegeben?!?
21	2009.02.26, 09: 46:21	c1901	gar keinen
22	2009.02.26, 09:46:31	c1901	mom
23	2009.02.26, 09:46:34	l1d1	lol auch nicht schlecht
24	2009.02.26, 09:48:10	c1901	das eine paket wurde abgeholt, das andere ist nie versendet worden
25	2009.02.26, 09:48:21	l1d1	unter welchen namen lief eigentlich, dein eBay Account?!? weil Doc Z1 ja intensiv in Kontakt mit der eBucht ist.
26	2009.02.26, 09:48:28	l1d1	na dann ist ja gut
27	2009.02.26, 09:48:57	l1d1	ich meine jetzt wegen ondus
28	2009.02.26, 09:49:07	c1901	der lief unter H4

29	2009.02.26, 09:49:29	l1d1	das meine ich nicht! welcher Besitzer?!?
30	2009.02.26, 09:49:33	l1d1	C1 H1
31	2009.02.26, 09:50:05	c1901	ja geht ja nicht anders
32	2009.02.26, 09:50:12	l1d1	dann hoffen wir mal
33	2009.02.26, 09:50:29	c1901	aber was hat das mit dem rainshower zu tun, das versteh ich nicht, weil da werden doch grohe sachen ohne ende angeboten
34	2009.02.26, 09:51:06	l1d1	der prüft jetzt nach, was mit den Rainshowern passiert ist und wi, wo & was mit der Ondus abgelaufen ist.
35	2009.02.26, 09:51:27	l1d1	die rainshower sind die vorstufe und die ondu ist der hauptgang
36	2009.02.26, 09:51:36	c1901	lachhhhhh na lecker
37	2009.02.26, 09:51:55	c1901	aber es ist so wie es ist, er kann gegen privatverkäufe nichts ermitteln
38	2009.02.26, 09:52:08	c1901	ich werde genauso die schnauze halten wie du auch, dann hat er keine chance
39	2009.02.26, 09:52:35	l1d1	mal sehen was so abläuft morgen
40	2009.02.26, 09:53:12	c1901	sie werden dich nageln wollen denke ich, aber wenn du bei deiner aussage bleibst, ist alles ok
41	2009.02.26, 09:53:48	c1901	sie gaben nur darüber einen ansatz wenn du was sagst, asonsten ist das thema, wenn auch leider, mit deinem abgang von grohe durch
42	2009.02.26, 09:54:09	l1d1	jep für die rainshower
43	2009.02.26, 09:54:31	l1d1	bei dem verkauf der ondu ist er auch noch intensiv im gespr
44	2009.02.26, 09:54:35	c1901	den rest wenn was kommt, muss ich dann allein ausbaden
45	2009.02.26, 09:54:40	l1d1	ups im gespräch mit der eBuch
46	2009.02.26, 09:55:23	c1901	ja wenn da noch was kommt muss ich allein mit fertig werden, dein name wird von meiner seite aus nicht fallen

47	2009.02.26, 09:56:05	c1901	und da das ganez ja schon seit ein paar wochen jetzt geht, wird er nicht ohne weiteres von eBay was herausbekommen wegen datenschutz, und einen ansatz von diebstahl kann er nicht nachweisne
48	2009.02.26, 09:56:16	l1d1	es geht dem Z1 ja auch nicht um das mitbieten, sondern um den ablauf wie die ware bei der eBucht gelandet ist.
49	2009.02.26, 09:56:20	c1901	deswegne sagt mein bruder, wird es sich von selbst erledigen
50	2009.02.26, 09:57:00	c1901	ja das ist schon klar, er will wissen wer das reingesetzt hat, aber "e" wird keine uassage geben wegen datenschutz
51	2009.02.26, 09:57:25	l1d1	hoffen wir es, das der Doc keine Infos erhalten wird.
52	2009.02.26, 09:57:37	c1901	sollte trotz alledem, mein name irgendeiwe fallen, was ich nicht glaube, bei der aktion warts du nicht beteiligt und kannst eh nichts dazu sagen
53	2009.02.26, 09:58:15	l1d1	jep es geht ja jetzt nur um den einen Rainshower
54	2009.02.26, 09:58:29	c1901	und der war ein privatverkauf
55	2009.02.26, 09:58:35	l1d1	bzw. 2
56	2009.02.26, 09:58:47	c1901	haben wir da zwei verhökert?
57	2009.02.26, 09:59:01	l1d1	es waren 2 auktionen
58	2009.02.26, 09:59:15	l1d1	einer wurde ja wieder von einem von uns gekauft
59	2009.02.26, 09:59:27	l1d1	glaube ich
60	2009.02.26, 09:59:28	l1d1	keine ahnung
61	2009.02.26, 09:59:31	c1901	stimmt, deswegen hatten wir ihn zweimal drin
62	2009.02.26, 09:59:46	l1d1	ich kann darauf icht mehr sehen, das die auktion über 90 Tage her ist
63	2009.02.26, 10:00:08	c1901	nach 90 tagen sind die weg, ich dachet nach 60
64	2009.02.26, 10:00:40	l1d1	oder 60 Tage sind die Auktionen nicht mehr für die öffentlichkeit sichtbar aber immer noch für die eBucht

65	2009.02.26, 10:01:13	c1901	ahso, na wie dem auch sei, hoffen wir wirklich mal das wir jetzt so mit zwei blauen augen davonkommen
66	2009.02.26, 10:01:27	l1d1	jep
67	2009.02.26, 10:01:35	l1d1	(whew)
68	2009.02.26, 10:01:50	c1901	hoffe das es morgen nicht so hart wird für dich und danke nochmal
69	2009.02.2610:02:29	l1d1	heftig wird es auf jeden Fall, so war es schon letztes Mal
70	2009.02.26, 10:02:46	c1901	wie geht sowas denn ab? auch mit drohungen dir gegenüber?
71	2009.02.26, 10:02:56	l1d1	beides
72	2009.02.26, 10:03:04	c1901	a. löcher
73	2009.02.26, 10:03:32	c1901	hört sich vielciht scheisse an, aber einmal musst du da noch durch hasi
74	2009.02.26, 10:03:52	l1d1	jep isch weiß
75	2009.02.26, 10:04:01	c1901	wann ist das morgen?
76	2009.02.26, 10:04:36	l1d1	13 uhr
77	2009.02.26, 10:05:03	c1901	um die uhrzeit bin ich in menden wegen umzügen, rufst du mich nachher an, wen du asu dem wekr bist?
78	2009.02.26, 10:05:12	c1901	aus dem werk
79	2009.02.26, 10:05:17	l1d1	jep werde ich machen
80	2009.02.26, 10:05:56	c1901	danke, dann viel glück für morgen, halt durch, übrigens sagt mein bruder, das die entscheidung hinzugehen doch besser ist, lenkt den verdacht des verschleiherns ab
81	2009.02.26, 10:06:19	l1d1	ja sah ich das auch
82	2009.03.02, 15:31:38	c1901	hei L1
83	2009.03.02, 15.31:44	c1901	alles firsch mein junge?

84	2009.03.02, 15:31:50	l1d1	alles bestens
85	2009.03.02, 15:32:03	c1901	ich geh grad ein rauchen bist du gleich noch da?
86	2009.03.02, 15:32:08	l1d1	jep bin ich
87	2009.03.02, 15:32:15	c1901	oki bis gleich
88	2009.03.02, 15:32:22	l1d1	(rock)
89	2009.03.02, 15:43:21	c1901	deine laune scheint gut zu sein, neuer job oder war der freitag so gut?
90	2009.03.02, 15:45:35	l1d1	naja freitag war ziemlich kurz das gespräch
91	2009.03.02, 15:45:45	c1901	wie ist es gelaufen?
92	2009.03.02, 15:45:47	l1d1	die antwort blieb ja die gleiche
93	2009.03.02, 15:46:10	l1d1	aber M1 und Co. dachten sich sowas anscheinend schon
94	2009.03.02, 15:46:19	c1901	und damit was das theam durch oder noch irgednwelceh drohungen?
95	2009.03.02, 15:46:44	l1d1	antwort von denen war, das sie andere mittel und wege jetzt einleiten werden
96	2009.03.02, 15:47:12	l1d1	das war jetzt bezogen auf die beiden rainshower von mir
97	2009.03.02, 15:47:29	c1901	na dann warten wir mal ab ob da noch was kommt, ich denke nicht, denn es gibt auch keinen nachweis dafür das hier ws verschwunden ist oder so
98	2009.03.02, 15:47:47	l1d1	jep abwarten und Tee trinken
99	2009.03.02, 15:47:57	c1901	mehr können wir jetzt nicht tun
100	2009.03.02, 15:48:06	c1901	und hoffen das sie sich wieder hinlegen
101	2009.03.02, 15:48:09	l1d1	(wasntme)
102	2009.03.02, 15:48:16	c1901	ich weiss, mal sehen
103	2009.03.02, 15:48:22	c1901	im übrigen ...

104	2009.03.02, 15:48:27	l1d1	hmmm das glaube ich nicht, das die sich wieder hinlegen
105	2009.03.02, 15:48:37	c1901	ne das glaub ich auch nicht
106	2009.03.02, 15:48:55	l1d1	den die forschen ja auch noch wegen der ondu intensiv usw.
107	2009.03.02, 15:49:03	c1901	aber ich hoffe das sie mit ihren ermittlungen gegen die pumpe laufen
108	2009.03.02, 15:49:25	l1d1	jetzt ist sowieso nur abwarten angesagt
109	2009.03.02, 15:49:39	c1901	wenn es nur noch um die ondu geht, hab ich auch noch ne idee
110	2009.03.02, 15:49:53	c1901	die hat S5 gekauft
111	2009.03.02, 15:50:03	c1901	war ein fake geschäft für die steuer
112	2009.03.02, 15:52:06	c1901	also erst mal ruhig bleiben und schauen ob und wenn ja was noch kommt, erstmal entspannt sein und dann weiter sehen, auf jeden fall können sie dich nicht mehr nerven, da du jetzt raus bist
113	2009.03.02, 15:52:41	l1d1	jep

(2) Bei den Teilnehmern dieses Chats handelt es sich zur Überzeugung des Gerichts um den ehemaligen Mitarbeiter D1 einerseits, den Kläger andererseits. 95

(a) Der Skype-Teilnehmer "l1d1" ist der ehemalige Mitarbeiter D1. 96

Dies ergibt sich daraus, dass der Skype-Account auf diesen Namen lautet. Darüber hinaus ist dem Inhalt der wiedergegebenen Chats zu entnehmen, dass "l1d1" Ende Januar 2009 ein Gespräch mit der Zeugin B2 geführt hatte (siehe [vorstehende] Tabelle Zeile 4) und zwei weitere Gespräche zwischen ihm und Vertretern der Beklagten stattgefunden haben, und zwar vor dem 20. Februar 2009 (Tabelle Zeile 2 und 5) und am 27. Februar 2009, 13:00 Uhr (Tabelle Zeile 7, 68, 76). Zudem ist "l1d1" bei der Beklagten zu 28. Februar 2009 ausgeschieden (Tabelle Zeile 41 und 112). Tatsächlich haben mit dem ehemaligen Mitarbeiter D1 am 19. und 27. Februar 2009, 13:00 Uhr, Gespräche mit Vertretern der Beklagten stattgefunden. Er ist am 28. Februar 2009 ausgeschieden. Dies entspricht vom zeitlichen Ablauf dem Vorgehen der Beklagten gegenüber ihrem Ex-Mitarbeiter. Dessen Ehefrau heißt zudem B6, wie sich aus der von der Beklagten vorgelegten Besprechungsnotiz vom 16. März 2009 über das Gespräch mit dem Ehepaar D1 vom 27. Februar 2009 (Anlage B 12 zur Klageerwiderung vom 4. September 2009) ergibt. Am Tag vor diesem Gespräch fragt "c1901" "l1d1", wie er sich "morgen" verhalten werde und ob "B6" mit ihm geredet habe. Letzteres bestätigt "l1d1" und teilt mit: "wir werden dahin gehen" (Tabelle Zeile 7 - 9). 97

(b) Der Skype-Teilnehmer "c1901" ist der Kläger. 98

(aa) Hierfür spricht die Identität des Namensteils "c" mit dem Vornamen des Klägers sowie die Übereinstimmung der Zahlen mit Tag und Monat seines Geburtsdatums. Des Weiteren wird der Name des Klägers im Zusammenhang mit einem eBay-Account "H4", über den eine Armatur der Beklagten des Typs Ondus ausweislich des Chatinhalts veräußert wurde, von "l1d1" als Besitzer genannt. Dies bestätigt "c1901" mit der Bemerkung, dass das ja anders nicht gehe (Tabelle Zeile 25 - 31, insbesondere Zeile 30 f.).

(bb) Die Chatprotokolle wurden ausweislich des Berichts zur IT-Ermittlungsunterstützung des 100
KK 21 vom 16. Dezember 2010 (im Folgenden: Bericht) auf einem stationären Rechner
vorgefunden, und zwar auf der Festplatte eines Midi-Towers der Marke "Levono" (richtig:
Lenovo), in dem sich eine Festplatte mit einer Kapazität von 80 Gigabyte, der Bezeichnung
"WD800JD" und der Seriennummer "wmam9yd47340" befand (vgl. Nr. 2.1.1. Bericht). Auf
dieser Festplatte war das Betriebssystem Windows XP Professional installiert. Vorgefunden
wurden diverse eingerichtete Benutzernamen inklusive der vom Betriebssystem angelegten
Benutzer, darunter der Benutzername "g018182" (vgl. zum Ganzen: Nr. 4.1. Bericht).

Des Weiteren wurde Software festgestellt, welche die Kommunikation über das 101
Internet/Netzwerke ermöglicht und/oder Internetspuren auf den Datenträger
erstellt/verursacht, und zwar u. a. die Software Skype. Die Untersuchung ergab weiter, dass
es sich hierbei um eine aktiv durch den Rechnernutzer eingesetzte und für den Betrieb
konfigurierte Software handelt. Eine Chatprotokollierung der Gesprächsverläufe war in dieser
Software aktiviert. Festgestellt wurde die Speicherung und Nutzung dieser Verläufe im
Nutzerprofil "g018182". Hier wurde ein Skype-Profil mit dem Nickname "c1901" erstellt. Unter
diesem Profil waren wiederum diverse Gesprächsverläufe, u. a. mit "l1d1" enthalten (vgl. zum
Ganzen: Nr. 4.1. Bericht und Sonderheft IT-Auswertung).

(cc) Bei der vom KK 21 untersuchten Festplatte des Rechners "Lenovo" handelte es sich um 102
diejenige des dem Kläger während seiner Beschäftigung an seinem Arbeitsplatz bei der
Beklagten zur Verfügung stehenden stationären PC.

(1') Insoweit ist unstrittig und zudem durch die Vernehmung der Zeugen M1, G1 und P2 im 103
Termin vom 11. Mai 2012 von allen drei Zeugen noch einmal bestätigt worden, dass dem
Kläger sowohl ein stationärer Rechner als auch ein Laptop für seine Arbeit zur Verfügung
standen. Der Zeuge P2 hat hierzu am detailliertesten als unmittelbarer Vorgesetzter
ausgesagt, dass auf Wunsch des Klägers dieser einen stationären Rechner erhalten habe.
Daneben habe ihm ein Laptop zur Verfügung gestanden, der als "Projektlaptop" jedoch nicht
nur von ihm, sondern von allen fünf Mitarbeitern des dem Zeugen P2 unterstehenden Teams
genutzt worden sei. Der stationäre Rechner sei der persönliche Rechner gewesen, den jeder
Mitarbeiter für sich genutzt habe. Der Zeuge G1 hat hierzu bekundet, dass als übliche
Ausstattung im Prinzip jeder Mitarbeiter einen stationären Rechner am Arbeitsplatz und für
mobile Einsätze einen Laptop gehabt habe. Auch der Zeuge M1 hat ausgesagt, dass dem
Kläger zwei Rechner, ein stationärer PC und ein Laptop, zur Verfügung gestanden haben.

(2') Die Festplatte stimmt mit derjenigen überein, welche E1 & Y1 untersucht hat. Diese lässt 104
sich eindeutig dem vom Kläger am Arbeitsplatz genutzten stationären PC zuordnen.

(a') Ausweislich des vom Zeugen L2 in seiner Vernehmung am 31. Januar 2012 vorgelegten 105
Übergabeprotokolls vom 3. April 2009 (Bl. 1494 d. A.) wurde an diesem Tag ein PC des
Benutzers "H. H1" mit der Nummer "PC020068", der Typbezeichnung "Lenovo Think Center
Desktop" sowie der Seriennummer "6075BQG-LMADHZ9" von dem Mitarbeiter W1 der
Beklagten an den Zeugen L2 von E1 & Y1 übergeben. Ausweislich eines weiteren vom
Zeugen übergebenen und nach seiner Aussage im Zusammenhang mit der Sicherstellung

der Daten durch E1 & Y1 erstellten Formblattes vom 8. April 2009 (Bl. 1497 d. A.) wurde die Festplatte dieses Rechners bei der Erstellung der Images für eine Auswertung mit Identifikationsdaten versehen. Die Festplatte des Rechners des "Manufacturer: Lenovo" mit der "Model Number: BQG" und der "Serial Number: LMADHZ9" enthielt eine Festplatte mit einer Größe von 80 Gigabyte des "Manufacturer: Western Digital" mit der "Model Number: WD800JD-0811SA1" sowie der "Serial Number WMAM9YD47430". Es handelt sich um dieselbe Festplatte desselben Rechners, die auch das KK 21 ausgewertet hat. Hersteller und Größe sowie Seriennummer der Festplatte sind identisch, auch die Herstellerbezeichnung des Rechners ist trotz des Buchstabendrehers im Bericht des KK 21 identisch.

(b') In seinem Schriftsatz vom 16. Juni 2011 hat der Kläger zudem ausgeführt, dass es sich bei dem in der Berufungsbegründung der Beklagten genannten Rechner mit der Bezeichnung "PC 020068" um einen stationären "Test-PC" handele, den er zusätzlich benutzt habe. Zwar hat er in der mündlichen Verhandlung vom 31. Januar 2012 relativiert, dass er sich hinsichtlich der PC-Bezeichnung "PC 020068" nicht mehr sicher sei, ob diese richtig ist. Jedoch hat er nicht in Frage gestellt, dass er auch einen stationären Rechner genutzt hat. Das KK 21 hat keinen weiteren stationären PC untersucht. 106

(c') Der Windowsbenutzername des Klägers, mit dem er sich während seiner Zugehörigkeit zur Beklagten im Netz anmeldete, lautete "g018182". Dies hat der Kläger sowohl schriftsätzlich als auch in der mündlichen Verhandlung vom 31. Januar 2012 bestätigt. Unter Windows XP Professional wird für jeden Benutzer ein Profil mit dem ihm zugewiesenen Nutzernamen angelegt. Diesem sind die im Profil befindlichen Daten zuzuordnen. Das auf der Festplatte des stationären PC vorgefundene Nutzerprofil "g018182" ist daher dem Kläger zuzuordnen, er hat an diesem Rechner unter diesem Benutzernamen gearbeitet. 107

(dd) Aufgrund der vorgenannten Umstände besteht für die Kammer kein Zweifel, dass das KK 21 die Festplatte des vom Kläger am Arbeitsplatz genutzten stationären PC ausgewertet hat und hierauf die Chatprotokolle unter seinem Windows-Benutzerprofil vorgefunden hat. Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, dass die Chatprotokolle entgegen dem Vortrag der Beklagten nicht auf dem Laptop festgestellt wurden. Dies ändert nichts daran, dass sich die Chatprotokolle auf dem Rechner befanden, der dem Kläger für seine Arbeit zur Verfügung stand und von ihm genutzt wurde, und zwar unter dem Windows-Benutzerprofil, das dem Kläger im Betrieb der Beklagten zugeordnet war. 108

(ee) Die vorgefundenen Chatprotokolle wurden auch vom Kläger als Teilnehmer "c1901" erstellt. Sowohl eine andere Person als Ersteller während der Beschäftigung des Klägers als auch eine nachträgliche Manipulation ab Übergabe der Kündigung und Freistellung des Klägers am 13. März 2009 kommen zur Überzeugung der Kammer nicht in Betracht. 109

(1') Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO haben die Tatsacheninstanzen unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer durchgeführten Beweisaufnahme nach ihrer Überzeugung zu entscheiden, ob sie eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachten. Die Beweiswürdigung muss vollständig, widerspruchsfrei und umfassend sein, ohne dass das Gericht verpflichtet ist, auf jede Einzelaussage eines Zeugen einzugehen. Der Richter hat zu überprüfen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden kann, braucht diese aber nicht vollständig auszuschließen. Ausreichend ist ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. (vgl. BAG, 22. Juli 2004, 8 AZR 394/03, juris Rn. 40; 31. Mai 2007, 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33 <37> m. w. N.). Schließlich darf das Berufungsgericht keine überspannten Anforderungen an das Maß der richterlichen Überzeugung stellen (vgl. BAG, 31. Mai 2007, a. a. O.). 110

- (2') Der Kläger hat als "c1901" an dem Chat mit "l1d1" teilgenommen und ist Urheber der unter diesem Nickname in den Chatprotokollen vorhandenen Äußerungen ist. Es bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass jemand anderes als der Kläger hierfür während seiner Beschäftigung in Betracht kommt. 111
- (a') Die Chatprotokolle wurden unter dem Windowsbenutzernamen des Klägers in seinem Benutzerprofil auf seinem stationären Arbeitsplatz-PC vorgefunden. Der Zugang ist wie üblich in einem Windows-Netzwerk grundsätzlich nur mit einem Passwort möglich. Ein Dritter kann daher nicht ohne Weiteres auf den Rechner mit dem Benutzernamen des Klägers Zugriff nehmen, es sei denn, er hat kein Passwort eingerichtet, was der Kläger selbst nicht behauptet hat. Vielmehr kann jeder Benutzer unter Windows in einem Netzwerk wie vom Zeugen M1 anschaulich beschrieben mit seinem Benutzernamen grundsätzlich nur auf seine Daten Zugriff nehmen, nicht aber auf die anderer Beschäftigter. Dies gilt jedenfalls nach der Aussage des Zeugen G1 dann, wenn keine entsprechenden Zugriffsberechtigungen für den Benutzer eingerichtet sind. 112
- (b') Des Weiteren ist die vom Kläger vorgetragene Version eines allgemein zugänglichen stationären Test-PC mit einem allgemein bekannten Passwort widerlegt. 113
- (aa') Nach der Aussage des Zeugen P2 war auf Wunsch des Klägers für ihn ein stationärer Arbeitsplatz-PC angeschafft worden. Der Zeuge P2 hat in diesem Zusammenhang zwar bestätigt, dass es in seinem Team hinsichtlich des Umgangs mit Passwörtern eine sogenannte A-B-Regelung gab. Es habe Situationen gegeben, wo der Vertreter eines abwesenden Kollegen speziell dessen Rechner benutzen musste, um z. B. bei IP-gebundener Software überhaupt seine Aufgabe durchführen zu können. Ebenso habe es passieren können, dass bei beiderseitiger Anwesenheit der eine Kollege den anderen gebeten habe, eine Aufgabe für ihn zu übernehmen, für die der Austausch des Passwortes notwendig gewesen sei. Auch im Rahmen von Schicht- und Bereitschaftsdiensten habe ein solcher Austausch stattgefunden. Grundsätzlich habe aber jeder Mitarbeiter ein persönliches Passwort für seinen Rechner. 114
- (bb') Die Kammer hält den Zeugen P2 für glaubwürdig und seine Aussage für glaubhaft. Der Zeuge hat detailliert und offen alle Fragen beantwortet, die an ihn im Rahmen der Vernehmung gestellt wurden. Eine Belastungstendenz zulasten des Klägers war nicht erkennbar, obwohl auch dieser Zeuge sein Ausscheiden bei der Beklagten subjektiv auf die Vorgänge im Zusammenhang mit der Entlassung des Klägers zurückführt. Vielmehr hat der Zeuge sowohl die A-B-Regelung bezüglich des Passwortes als auch die Einrichtung von Skype zu Testzwecken im Rahmen eines nur in seinem Team formulierten Arbeitsauftrags eingeräumt und somit partiell den Vortrag des Klägers in diesen Punkten bestätigt. Es ist kein Gesichtspunkt erkennbar, warum er dann zur Überlassung eines stationären Arbeitsplatzrechners, der dem Mitarbeiter persönlich zur Verfügung steht, und zu der Passwortregelung im Allgemeinen falsche Angaben machen sollte. 115
- (cc') Die danach bestehende Zugänglichkeit des klägerischen Arbeitsplatzrechners ist bei der geschilderten A-B-Regelung auf den Vertreter beschränkt. Allgemein zugänglich für das Team, in dem der Kläger arbeitete, war lediglich der vom Zeugen P2 beschriebene Projektlaptop. Auf diesem waren die Chatprotokolle gerade nicht vorhanden, ausweislich der Untersuchung des KK 21 gibt es auf der Festplatte dieses Geräts nicht mal das Benutzerprofil "g018182" des Klägers. Im Übrigen gab es keinen in der gesamten IT-Abteilung allgemein zugänglichen Test-PC. 116

(c') Ein Dritter kann während der Beschäftigung des Klägers unter dessen Windowsbenutzernamen die Chats unter dem Skype-Account "c1901" danach nur geführt haben, wenn er stets die Zeiten abgepasst hätte, zu denen der Kläger nicht am Arbeitsplatz anwesend gewesen ist. In diesem Fall wäre es zudem notwendig, dass der Computer nicht durch ein Passwort gesperrt oder dieses dem Dritten bekannt war. Das scheidet nach Auffassung der Kammer aber aus.

(aa') Der Kläger hat selbst nicht behauptet, den Arbeitsplatz verlassen zu haben, ohne dass der Rechner passwortgesichert war. Er hat sogar unwidersprochen gelassen, dass er zu den Zeiten, zu denen die Chats protokolliert wurden, im Betrieb war und seine gegenteilige Behauptung insbesondere für den 2. März 2009 nach dem entsprechenden Vortrag der Beklagten unter Vorlage der Zeitnachweise nicht weiter aufrecht erhalten. 118

(bb') Bei dem Dritten hätte es sich zudem um den Beteiligten der A-B-Regelung handeln müssen, damit er über das Passwort verfügt. Auch hier bestehen keine Anhaltspunkte dafür, wer es ist und warum dieser als Urheber in Betracht kommen soll. Zudem erscheint es unwahrscheinlich, dass dieser immer zu den Zeitpunkten im Betrieb war und gerade die Momente abpassen konnte, an denen der Kläger längere Zeit nicht am Arbeitsplatz war, um die Chats mit "l1d1" unter dem Nickname "c1901" zu führen. Weder die Version des Klägers vom stationären Test-PC noch die eines allgemein bekannten Passwortes für diesen PC haben sich, wie bereits ausgeführt, in der Beweisaufnahme bestätigt. 119

(d') Alternativ kommt in Betracht, dass der Dritte aufgrund entsprechender Zugriffsrechte auf das Benutzerprofil des Klägers Zugriff nahm und über Skype die protokollierten Chats führte. Auch hier ist die Kammer vom Gegenteil überzeugt. 120

(aa') Der Zeuge G1 hat in diesem Zusammenhang bekundet, dass andere Personen im Netz mit ihren Anmeldedaten aufgrund der Steuerung der Zugriffsberechtigungen nicht ohne Weiteres Zugriff auf den Rechner des Klägers haben. Im Prinzip handele es sich um ein hierarchisches System. Auf die Daten des Klägers könne jemand mit Administratorrechten zugreifen, wenn diese Rechte einen solchen Datenzugriff umfassen. Im Übrigen habe jeder im Netz angemeldete Nutzer nur auf die Daten Zugriff, die sich im Netz befinden und ihm zugeordnet sind. Befinden sich die Daten auf einem Rechner, der gerade nicht im Netz angemeldet ist, könne er darauf auch nicht zugreifen. 121

Der Zeuge P2 hat hierzu ausgeführt, auf den Rechner des Klägers und sein Profil habe zum einen das Supportteam zugreifen können, wenn es Updates und ähnliches eingepflegt habe. Darüber hinaus habe es eine Unterstützungssoftware (Supportsoftware) gegeben, welche dazu gedient habe, dass man im Remoteverfahren über einen anderen Rechner auf den Rechner eines Mitarbeiters habe Zugriff nehmen können. Das habe aber vorausgesetzt, dass der Mitarbeiter über ein weiteres Passwort sein Einverständnis dazu gegeben habe. 122

(bb') Aus den Aussagen der beiden Zeugen wird deutlich, dass auch bei Bestehen entsprechender Zugriffsrechte eine dritte Person stets eine Anmeldung des Klägers abpassen musste, um über seinen Rechner im Netz unbemerkt in dem Windowsbenutzerprofil "g018182" und unter dem Skype-Account "c1901" die Chats durchzuführen. Der Rechner des Klägers musste zumindest im Netz angemeldet sein, wenn man auf sein Profil und die dort vorhandenen Daten und Programme aufgrund höherer Berechtigungen Zugriff nehmen wollte. Ein unbemerkter Zugriff erscheint wenig wahrscheinlich, wenn nach der Aussage des Zeugen P2 der Kläger Skype zu Testzwecken installiert hatte, so dass ein Start und eine Nutzung des Programms durch andere Personen von ihm hätten bemerkt werden können. Es hätte für einen Dritten deshalb einen erheblichen 123

Aufwand erfordert, jeweils genau während der Zeiten, in denen der Rechner zwar angemeldet war, aber aktuell vom Kläger nicht genutzt wurde, die Chats unbemerkt zu führen.

Zudem liegen keine weiteren von der Beklagten zu widerlegenden und widerlegbaren Umstände vor, aus denen sich ergibt, dass während der Beschäftigung des Klägers ein unbekannter Dritter der Beteiligte dieses Chats mit D1 sein könnte. Der Kläger liefert ebenfalls keine Anhaltspunkte, wer in Betracht kommen und ein Interesse haben könnte. 124

(3') Eine Manipulation des Rechners von der Freistellung des Klägers am 13. März 2009 bis zur Auswertung der Chatprotokolle durch das KK 21 scheidet nach Auffassung der Kammer aus. 125

(a') Der Rechner wurde am 9. März 2010 von der Beklagten der Polizei übergeben und vom KK 21 im Dezember 2010 ausgewertet. Es ist nicht ersichtlich, dass sich der Datenbestand ab der Übergabe der Polizei bis zur Untersuchung durch das KK 21 im Dezember 2010 verändert hat. Der Aktenvermerk des KHK D8 vom 4. Juni 2010 hat lediglich den zuvor bereits erfolgten Zugriff auf die Festplatten der drei übergebenen Rechner zum Gegenstand. 126

(b') Für die Kammer steht fest, dass die vom KK 21 bei der Untersuchung festgestellten Skype-Gesprächsverläufe sich bereits am 3. April 2009 auf der Festplatte des vom Kläger an seinem Arbeitsplatz genutzten stationären Rechners befanden. 127

(aa') Am 3. April 2009 war der Rechner E1 & Y1 zur Auswertung übergeben worden (vgl. Übergabeprotokoll, Bl. 1494 d. A.). Die Identifikationsdaten für die Festplatte wurden laut dem vorgelegten Formblatt (Bl. 1497 d. A.) bereits am 8. April 2009 erstellt. Nach der Aussage des Zeugen L2 werden diese Daten in dem Moment festgehalten, in dem das für die Auswertung erstellte Image auf die eigene Hardware physikalisch heruntergeladen wird. Zugleich wird zur eindeutigen Identifikation des Gesamtdatensatzes mittels eines speziellen Algorithmus ein sog. HASH-Key gebildet. Auch dieser ist in dem Formblatt für die Festplatte enthalten. Wie der Zeuge zuvor in seiner Aussage erläutert hat, werde nach Ausbau der Festplatte diese an einen sog. Writeblocker angeschlossen, der verhindere, dass Daten während des weiteren Prozesses physikalisch verändert werden können. Das sodann erstellte Image beinhalte eine Eins-zu-Eins-Kopie der Festplatte. Es handele sich um ein vollständiges Abbild der Festplatte einschließlich ihrer gelöschten Bereiche. Das Image wird zweifach erstellt, eins dient der unveränderten Aufbewahrung, das andere wird für die Auswertung verwendet. 128

Die im April 2009 sichergestellten Daten wurden zunächst noch in diesem Monat einer ersten Auswertung bei E1 & Y1 unterzogen. Der Zeuge L2 hatte nach seiner Aussage bereits im April 2009 Kenntnis von der Existenz und dem Inhalt der Chatprotokolle. In einem Schreiben vom 16. April 2009, das einen ähnlichen Inhalt gehabt habe wie das Schreiben vom 17. Dezember 2010 (vgl. Anlage B19, Bl. 567 ff. d. A., im Folgenden: Memo), habe er die Beklagte darüber unterrichtet. Auf Veranlassung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten sei dann im Dezember 2010 eine erneute Auswertung der vorhandenen Datenträger vorgenommen worden. Dabei seien die HASH-Keys überprüft und im Einzelnen festgestellt worden, wo und an welchem Speicherort sich die Chatprotokolle befanden. Das sei dann der Beklagten mitgeteilt worden. 129

(bb') Die Kammer hält den Zeugen, der sowohl insgesamt als auch in diesem besonderen Punkt sichtlich um eine inhaltlich korrekte und vollständige Aussage bemüht war, für glaubwürdig und seine Angaben für glaubhaft. Auch wenn er selbst in seiner Funktion nicht die Datensicherung durchgeführt hat, hat er das Verfahren auch in seinen Einzelheiten 130

anschaulich und detailliert beschrieben und durch die vorgelegten Unterlagen belegt. Zudem ist auch kein irgendwie geartetes Belastungsinteresse bezogen auf die Person des Klägers erkennbar. Die Kammer geht daher von der Richtigkeit des vom Zeugen geschilderten Ablaufs der Datensicherung und Auswertung aus.

(cc') Demnach wurden im Dezember 2010 sowohl von E1 & Y1 als auch vom KK 21 derselbe Datenbestand der Festplatte, wie er bereits am 3. April 2009 bei Übergabe des Rechners von der Beklagten an E1 & Y1 vorhanden war, einer Auswertung unterzogen. Sowohl bei E1 & Y1 als auch beim KK 21 wurden zunächst physikalische Disk-Images erstellt, welche nicht nur eine Sicherung der Daten, sondern eine physikalische Abbildung des Datenträgers einschließlich seiner gelöschten Bereiche enthalten. Für die Auswertung des KK 21 ergibt sich dies aus dessen Darstellung im Bericht (Nr. 2.2, Nr. 3 des Berichts). Für die Auswertung von E1 & Y1 folgt dies aus der bereits wiedergegebenen Aussage des Zeugen L2 sowie den von ihm überreichten Unterlagen. Das KK 21 hat dabei nach Aussage des Zeugen keines der bei E1 & Y1 für seine Untersuchung erstellten Images zur Verfügung gestellt bekommen. Der Datenbestand der von E1 & Y1 untersuchten Festplatte des stationären Rechners wurde selbst nicht verändert, da er nur als Quelle für die Imageerstellung diente und durch den Einsatz des Writeblockers bereits auf Hardware-Ebene verhindert wurde, dass die Datenquelle während der Sicherung modifiziert wird (vgl. S. 3 Memo, Bl. 569 d. A.). Aus derselben Quelle hat das KK 21 sein Image für die Untersuchung erstellt. Ausweislich des Berichts bestand während der gesamten Untersuchung kein Schreibzugriff auf die Datenträger, sie befanden sich weiterhin im Originalzustand (vgl. Nr. 5 Bericht). 131

(dd') Insbesondere ist eine Veränderung während der zwischenzeitlichen Aufbewahrung des Rechners in der Revisionsabteilung der Beklagten in D6 bis zur Übergabe an die Polizei ausgeschlossen. Denn ansonsten wären inhaltliche Unterschiede in den Chatprotokollen festzustellen. Diese sind aber bis auf erklärbare Differenzen in der Uhrzeit nicht vorhanden. 132

(?) Nach Aussage des Leiters der Konzernrevision der Beklagten, des Zeugen Z3, wurden die von E1 & Y1 ausgewerteten Rechner in der Zentrale in D6 in einem Archiv in einem abschließbaren Schrank untergebracht, wobei auch der Raum abschließbar war. Über den Schlüssel verfügte der Mitarbeiter W1, der die Rechner auch in Empfang genommen habe. Der Zeuge hat sodann später bei einem Besuch in D6 gefragt, wo sie seien, und sie auch gesehen. Genaue Daten zur Übergabe konnte er nicht angeben. 133

Aufgrund dieser Aussage lässt sich zwar feststellen, dass die Rechner tatsächlich in D6 gesichert aufbewahrt wurden, jedoch nicht der genaue Zeitraum. Im Übrigen blieb grundsätzlich ein Zugriff der Beklagten möglich. 134

(?) Eine Änderung der Daten lässt sich aufgrund eines Vergleichs der im Rahmen der Auswertung durch E1 & Y1 einerseits, des KK 21 andererseits vorgefundenen Chatprotokolle ausschließen. 135

Die Auswertung der Chatprotokolle durch E1 & Y1 ergibt bis auf die Uhrzeit die Wiedergabe inhaltsgleicher Chats zwischen "l1d1" und "c1901", wie sie auch vom KK 21 festgestellt wurden (vgl. im Einzelnen S. 4 bis 62 des Memo, Bl. 570 ff. d. A. einerseits, Sonderheft IT-Auswertung, Gesprächsverlauf "l1d1" u. a. andererseits). Insbesondere für die hier verwerteten Gesprächsverläufe am 20. und 26. Februar 2009 und am 2. März 2009 besteht eine inhaltliche Identität. 136

Die Differenz der Uhrzeiten, zu denen die Protokollierung nach den beiden Auswertungen erfolgt ist, sieht die Kammer als unerheblich an. Sie beruht offensichtlich auf dem Unterschied 137

von Sommerzeit und Winterzeit und den entsprechenden Einstellungen der jeweils verwendeten Auswertungssoftware. Die Differenz beträgt genau eine Stunde. Die Sicherstellung der Festplattendaten durch E1 & Y1 fand im April 2009 und damit zur Sommerzeit, die entsprechende Datensicherung des KK 21 im Dezember 2010 und damit zur Winterzeit statt. Im Oktober eines jeden Kalenderjahres wird die Zeit jeweils um eine Stunde zurückgedreht. Dem entsprechen die festzustellenden Differenzen in den Uhrzeiten der beiden Chatauswertungen. So ergibt sich für die in der obigen Tabelle wiedergegebenen Chats, dass diese

- am 20. Februar 2009	138
laut Memo E1 & Y1 vom 17. Dezember 2010 zwischen 08:35 Uhr und 08:37 Uhr stattfanden (S. 49 des Memos, Bl 615 d. A.),	139
laut Ausdruck des Gesprächsverlaufs zum Bericht des KK 21 von 07:35 Uhr bis 07:37 (Sonderheft IT-Auswertung, Gesprächsverlauf "l1d1", S. 8 f.),	140
- am 26. Februar 2009	141
laut Memo zwischen 10:37 Uhr und 11:06 Uhr (S. 50 - 55 Memo, Bl. 616 ff. d. A.),	142
laut Ausdruck KK 21 zwischen 09:37 Uhr und 10:06 Uhr (S. 4 - 8 Gesprächsverlauf "l1d1"),	143
- am 2. März 2009	144
laut Memo zwischen 16:31 Uhr und 16:52 Uhr (S. 57 - 59 Memo, Bl. 623 ff. d. A.)	145
laut Ausdruck KK 21 zwischen 15:31 Uhr und 15:52 Uhr (S. 1 - 3 Gesprächsverlauf "l1d1")	146
stattfanden.	147
(?) Demnach ist der Datenbestand, der am 3. April 2009 auf der Festplatte des vom Kläger genutzten stationären PC vorhanden war, einschließlich der Chatprotokolle nicht verändert worden. Andernfalls hätten sich inhaltliche Differenzen in den protokollierten Äußerungen und dem vorgefundenen Speicherort im Benutzerprofil des Klägers feststellen lassen müssen.	148
(c') Die Kammer ist weiter davon überzeugt, dass eine Veränderung der Daten auf diesem PC während der Freistellung des Klägers ab dem 13. März 2009 bis zur Übergabe des Rechners an E1 & Y1 nicht erfolgt ist.	149
(aa') Nach dem Ergebnis der Zeugenaussagen zu diesem Thema lässt sich zwar nicht eindeutig feststellen, wann genau der stationäre Rechner des Klägers sichergestellt und wo er sodann aufbewahrt wurde.	150
(?) Der Zeuge M1 konnte nur seine Anweisung zur Sicherstellung der Rechner wiedergeben, jedoch nicht, wann genau welcher Mitarbeiter im EDV-Bereich die Rechner sichergestellt hat. Er war sich sicher, dass er am Tag der Übergabe des (ersten) Kündigungsschreibens dem Zeugen G1 unmittelbar nach dem Gespräch mit dem Kläger die Anweisung gegeben habe. Im Übrigen war der Zeuge nach seinen Angaben bei der Sicherstellung nicht dabei und hat zur Kontrolle lediglich nachgefragt, ob sie erfolgt sei, was ihm mit "Ja" beantwortet worden sei. Insoweit ist die Aussage des Zeugen zum Zeitpunkt und der tatsächlichen Durchführung der Sicherung des stationären PC unergiebig. Es gilt dasselbe wie für die Aussage des Zeugen zur Betriebsratsanhörung: Es reicht nicht zum Nachweis der Durchführung einer	151

Maßnahme, wenn ein Zeuge aussagt, er habe die Anweisung gegeben, die Maßnahme durchzuführen, er aber bei der Durchführung nicht dabei ist und sie lediglich durch eine Nachfrage kontrolliert.

(?) Der Zeuge G1 konnte sich nicht sicher an eine Anweisung des Zeugen M1 erinnern und hat im Übrigen darauf verwiesen, dass sein Abteilungsleiter M2 die Sicherstellung der Rechner des Klägers durchgeführt habe. Er habe sich jedenfalls nicht um die Rechner gekümmert, nachdem der Kläger ausgeschieden sei. Er konnte sich auch nicht daran erinnern, die Rechner später an einem anderen Platz gesehen zu haben, oder ausschließen, dass er selber die Rechner weggebracht habe. Auch diese Aussage ist zur Frage der Sicherstellung und zum Verbleib des stationären PC nach der Freistellung des Klägers bis zur Übergabe an E1 & Y1 unergiebig. Dabei ist es unerheblich, ob die Aussage des Zeugen in diesem Punkt im Gegensatz zu anderen Fragekomplexen deshalb so wenig konkret war, weil seine Freistellung und sein späteres Ausscheiden als IT-Leiter im Juni 2009 von der Beklagten nach seinen Angaben damit begründet wurde, er habe nicht früh genug auf das Verhalten des Klägers reagiert. Das ändert nichts daran, dass sich konkrete Fakten zur Sicherstellung des stationären Rechners aus dieser Aussage nicht ergeben. 152

(?) Nach Angaben des Zeugen P2 ist der Projektlaptop, den der Kläger mitbenutzte, maximal eine Woche nach seinem Ausscheiden sichergestellt worden. Dabei sei er allerdings nicht zugegen gewesen. Er habe nur gehört, dass der Abteilungsleiter M2 den Laptop mitgenommen habe. Dieser habe den stationären Rechner eine Weile später in seiner Anwesenheit abgeholt, wobei er ein genaues Datum nicht angeben konnte. Auch aus dieser Aussage ergibt sich nicht, wann genau vor dem 3. April 2009 der stationäre PC vom Arbeitsplatz des Klägers entfernt wurde und keinem Zugriff Dritter mehr ausgesetzt war. 153

(?) Schließlich konnte der Zeuge Z3 ebenfalls keine konkreten Angaben zur Aufbewahrung der Rechner bis zur Übergabe an E1 & Y1 machen. Die Rechner seien intern beschlagnahmt worden. Von wem, wann und wo sie sodann aufbewahrt wurden, wusste der Zeuge nicht. 154

(bb') Im Ergebnis besteht damit zwar die theoretische Möglichkeit einer Datenmanipulation ab dem 13. März 2009, die zur Überzeugung der Kammer aber im vorliegenden Fall keine durchgreifenden Bedenken begründet. 155

(?) Nach dem tatsächlichen Ausscheiden des Klägers könnte, weil der Verbleib des stationären PC am Arbeitsplatz, insbesondere die Zeitspanne bis zu seiner Sicherstellung ungeklärt ist, grundsätzlich ein Dritter auf seinen Rechner bis zur Übergabe an E1 & Y1 zugegriffen und die Chatprotokolle nachträglich unter seinem Windowsbenutzernamen "g018182" sowie dem Skype-Account "c1901" implementiert haben. Für diese Variante einer nachträglichen Implementation ist aber fraglich, wer daran ein Interesse hätte haben sollen, entweder vorhandene Chatprotokolle zu implementieren oder gar durch nachträgliche Erstellung solcher Protokolle den Kläger zu belasten. Die für die Aufklärung des Falles maßgeblichen Verantwortlichen der Beklagten (Dr. Z1, M1, G1) hatten ausschließlich ein Interesse daran herauszufinden, auf welchem Weg die Rainshower-Armaturen in eBay eingestellt wurden, wie dasselbe mit einem weiteren Artikel (Ondus) passieren konnte und wie der Kläger unter Mitarbeiterereinkaufspreis Waren veräußern konnte. Dann nützt es nichts, dem Kläger irgendetwas Gefälschtes anzuhängen, was zudem diese Frage letztlich nicht klärt, auch wenn man durch die Einbeziehung des Vorstands der Beklagten unter Aufklärungs- und Erfolgsdruck stand. 156

(?) Anhaltspunkte dafür, dass der Vertreter des Klägers nachträglich die Chatprotokolle auf dessen stationären PC aufgespielt oder sie erstellt hat, sind nicht vorhanden. Ein allgemein 157

zugänglicher Test-PC war der stationäre Arbeitsplatzrechner des Klägers wie gezeigt nicht. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Rechner angemeldet im Netz geblieben ist, nachdem der Kläger die Kündigung am 13. März 2011 erhalten hatte und den Betrieb verlassen musste. Es sind demnach weder Anhaltspunkte erkennbar noch vom Kläger vorgetragen und damit für die Beklagte widerlegbar, die ernsthaft die tatsächliche Umsetzung der theoretischen Möglichkeit plausibel erscheinen lassen, dass nachträglich ein Dritter die Chatprotokolle auf dem stationären Arbeitsplatzrechner des Klägers implementiert hat, um den Kläger damit zu belasten.

(4') Im Ergebnis besteht danach für die Kammer der notwendige Grad an Gewissheit, der den Zweifeln in diesem Punkt Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, dass der Kläger mit dem Chatteilnehmer "c1901" identisch ist und dass er die am 20. und 26. Februar 2009 und 2. März 2009 protokollierten Gespräche mit dem ehemaligen Mitarbeiter D1 als Teilnehmer unter dem Nickname "l1d1" über Skype geführt hat. 158

(3) Aufgrund des Inhalts der Chatprotokolle steht weiter fest, dass der Kläger gemeinsam mit L1 D1 über eBay im Jahr 2008 zumindest eine unredlich erworbene Rainshower-Armatur veräußert hat. 159

(a) Nach dem Inhalt der Chats haben der Kläger und D1 Möglichkeiten einer Verschleierung des tatsächlichen Ablaufs des Verkaufs der Rainshower-Armatur in dem Personalgespräch, das für D1 am 27. Februar 2009 stattfinden sollte, miteinander besprochen, weil diese und eine weitere Armatur nicht legal erworben worden waren und diese Tatsache vor der Beklagten geheim gehalten werden sollte. 160

(aa) Aus dem Chat vom 20. Februar 2009 (Tabelle Zeile 1 - 6) ergibt sich, dass D1 der Zeugin B2 Ende Januar 2009 gegenüber erklärt hatte, dass er seinen Account einer anderen Person zur Verfügung gestellt hatte und nunmehr zwei nicht näher genannte Personen wissen wollten, wer "das" verkauft hatte. Daraufhin bat der Kläger D1, ihn ein paar Minuten später anzurufen, wenn er beim "Feuerwehrauto" und damit nicht mehr am Arbeitsplatz ist. Dieser Kontakt fand demnach statt, nachdem D1 am Vortag ein Gespräch mit dem Zeugen M1 und dem Chefsyndikus Dr. Z1 gehabt hatte. 161

(bb) In dem weiteren Chat vom 26. Februar 2009 werden konkrete Absprachen zwischen D1 und dem Kläger über das Aussageverhalten D1 bei dem für den Folgetag anberaumten Personalgespräch getroffen mit dem Ziel, die Beteiligung des Klägers nicht preiszugeben. Hierbei handelt es sich um das Gespräch vom 27. Februar 2009, das sowohl der Zeuge P1 als auch der Zeuge M1 in ihrer Vernehmung wiedergegeben haben, an dem diese sowie der Chefsyndikus Z1 und das Ehepaar D1 beteiligt waren. 162

Der Kläger fragt zunächst, ob D1 "dicht hält" (Tabelle Zeile 10). D1 sagt daraufhin zweimal zu, er werde erklären, dass es sich um einen Privatverkauf gehandelt habe (Tabelle Zeile 11, 18). Der Kläger bedankt sich nicht nur mehrfach (Tabelle Zeile 12 f., 19, 68), sondern bestärkt ihn auch mit einer Auskunft seines Bruders, wonach nichts passiere, wenn D1 nichts sage (Tabelle Zeile 17). Im Zusammenhang mit den Erörterungen des Verkaufs der Armatur Ondus und den Gründen des Interesses von Chefsyndikus Dr. Z1 an dem Verkauf der Rainshower-Armaturen (Tabelle Zeile 25 ff.) bestärkt der Kläger D1 in seinem beabsichtigten Aussageverhalten, weil die Beklagte (in der Person von "Doc Z1") gegen Privatverkäufe nichts ermitteln könne (Tabelle Zeile 37). Wenn er bei der Aussage bleibe, sei alles ok. Nur wenn D1 was sage, hätte die Beklagte einen Ansatz (Tabelle Zeile 40). Ebenso sagt der Kläger zu, die "Schnauze" zu halten und D1 Namen von seiner Seite nicht fallen zu lassen (Tabelle Zeile 38, 46). 163

Es werden in dem Chat vom 26. Februar 2009 weiter die Möglichkeiten erörtert, inwieweit die 164
Beklagte in der Lage ist, über eBay Informationen zu den Verkäufern der Armaturen zu
erhalten (Tabelle Zeile 43 ff.). In diesem Zusammenhang wird auch erörtert, dass eine
Rainshower-Armatur zweimal über eBay angeboten wurde, weil eine "ja wieder von einem
von uns gekauft" wurde (Tabelle Zeile 54 - 61). Im Übrigen hoffen beide Chatteilnehmer, dass
wegen des Zeitablaufs seit Durchführung der Auktionen keine Informationen mehr online
abrufbar sind und eBay aus Datenschutzgründen keine Auskünfte erteilt (Tabelle Zeile 47 -
51, 62 - 64). Des Weiteren heißt es seitens Klägers, dass Z1 keinen Ansatz von Diebstahl
nachweisen könne (Tabelle Zeile 47).

(cc) Auch in dem Chat vom 2. März 2009 erklärt der Kläger, dass es "hier" (d. h. bei der 165
Beklagten) keinen Nachweis gebe, dass etwas verschwunden sei (Tabelle Zeile 97) und dass
er hoffe, die Beklagte laufe mit ihren Ermittlungen "gegen die Pumpe" (Tabelle Zeile 107). Im
Übrigen wird von ihm wegen des Verkaufs der Armatur Ondus noch eine weitere Ausrede in
den Raum gestellt (Tabelle Zeile 109 - 111).

(b) Aus dem Inhalt der Chats wird deutlich, dass die beiden Chatteilnehmer gemeinsam den 166
Verkauf mindestens einer Rainshower-Armatur über eBay organisiert haben. Diese wurde
zweimal veräußert, weil bei der ersten Auktion sie von einem der beiden Chatteilnehmer
ersteigert wurde. Jedenfalls war sich der Kläger zum Schluss sicher (Tabelle Zeile 61).

(c) Der Austausch über die Geheimhaltung einer Beteiligung des Klägers und über eine 167
Verweigerung näherer Informationen D1 über die Auktionen in dem bevorstehenden
Gespräch am 27. Februar 2009 ist nur vor dem Hintergrund erklärbar, dass - wo und wie
auch immer - unrechtmäßig bei der Beklagten erlangte Ware über eBay vom Kläger und D1 -
wie auch im Falle der Blackberrys - veräußert wurde. Nur dann käme es darauf an, ob die
Beklagte Nachweise für ein Verschwinden der Armaturen hat und ob sie noch nähere
Informationen von eBay erhalten kann.

(aa) Für die Unrechtmäßigkeit des Erwerbs spricht neben dem unstreitigen Fehlbestand bei 168
der Beklagten im Zeitraum der Auktionen insbesondere der geringe Preis, zu dem die
Armatur veräußert wurde. Preise von 418,90 Euro und 518,79 Euro liegen bei rund 30 %
bzw. 38 % des Endkundenpreises von 1.366,75 Euro und deutlich unter dem
Großhandelspreis (rund 820,00 Euro) sowie des Mitarbeiterverkaufspreises (751,72 Euro).
Da nicht davon auszugehen ist, dass der Kläger und D1 ein Verlustgeschäft machen wollten,
scheidet ein legaler Erwerb der über eBay veräußerten Armatur aus.

(bb) Insbesondere hat sich der Kläger hinsichtlich des Rainshower-Verkaufs im vorliegenden 169
Verfahren darauf beschränkt zu bestreiten, überhaupt den Verkauf getätigt zu haben. Er
beruft sich - auch nicht hilfsweise - nicht darauf, dass er Rainshower-Armaturen bei der Firma
K4 (einem Großhändler), über eine Umzugsverschrottung oder einen Betriebsratsverkauf
günstiger erworben hat. Dann ist nicht ersichtlich, wie er legal an die Ware herangekommen
ist. Vielmehr hat er entweder - so wie D1 die Blackberrys - die Armaturen entwendet, ohne
dass dies im Betrieb der Beklagten weiter nachvollziehbar war außer in der Feststellung
eines Fehlbestands. Oder er verfügte über eine Bezugsquelle im Betrieb, von der er wusste,
dass sie die Ware nur illegal beschafft haben konnte, wenn er sie wiederum so günstig über
eBay anbieten konnte. Angesichts des unstreitigen Fehlbestands bei der Beklagten im
Oktober 2008 sowie der Äußerungen des Klägers im Chat über einen fehlenden Nachweis für
einen Diebstahl bei der Beklagten scheidet ein Bezug außerhalb des Betriebs der Beklagten
aus.

(4) Zusammengefasst ist die Kammer davon überzeugt, dass der Kläger im Oktober 2008 sowie zu einem nicht näher bekannten Verkaufsdatum zwei eBay-Auktionen mit D1 über dessen eBay-Account "z4F1" durchgeführt hat, bei der er eine zuvor rechtswidrig erlangte Rainshower-Armatur zweimal veräußert hat. Neben dem Fehlbestand bei der Beklagten, den niedrigen Angebots- und Verkaufspreisen und der Nutzung des Kontos für die illegalen Verkäufe der Blackberrys spricht hierfür der Inhalt der zwischen D1 und dem Kläger geführten Gespräche über Skype. Die danach beabsichtigte Verdeckung der Beteiligung des Klägers an den Rainshower-Auktionen bei eBay lässt keine andere Erklärung zu.

cc) Soweit diese Feststellung einer gegen das Vermögen der Beklagten gerichteten Tat des Klägers auf dem Inhalt der Chatprotokolle beruht, bestehen gegen deren Verwertung keine rechtlichen Bedenken. 171

(1) Entgegen der Auffassung des Klägers handelt es sich bei den Chatprotokollen nicht um ein Nachschieben von Kündigungsgründen, zu dem der Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG zuvor hätte angehört werden müssen. Dies ist für Beweismittel, für welche die Kammer die Chatprotokolle hält, nicht erforderlich. Es wird weder ein neuer Kündigungssachverhalt durch die Chatprotokolle begründet noch gewinnt der zwischen den Parteien strittige Kündigungssachverhalt erst dadurch das Gewicht eines Kündigungsgrundes. 172

(a) Beim Nachschieben will der Arbeitgeber weitere Kündigungsgründe in das Verfahren einführen, da die bisherigen, dem Betriebsrat mitgeteilten Tatsachen nach seiner Auffassung (oder des Gerichts) den Kündigungsausspruch nicht rechtfertigen (APS/Koch, Kündigungsrecht, 4. Auflage, 2012, § 102 BetrVG Rn. 166). Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat deshalb nicht mit, weil er darauf die Kündigung nicht oder zunächst nicht stützen will, dann ist die Anhörung ordnungsgemäß, weil eine nur bei objektiver Würdigung unvollständige Mitteilung der Kündigungsgründe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG führt. Eine in diesem Sinne objektiv unvollständige Anhörung verwehrt es dem Arbeitgeber allerdings, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschieben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen. Um kein Nachschieben von Kündigungsgründen handelt es sich, wenn der Arbeitgeber die dem Betriebsrat bereits mitgeteilten Kündigungsgründe im Prozess nur weiter erläutert und konkretisiert, ohne dass dies den Kündigungssachverhalt wesentlich verändert (vgl. BAG, 27. Februar 1997, 2AZR 302/96, NZA 1997, 761 <762>; 7. November 2002, 2AZR 599/01, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40; 11. Dezember 2003, 2 AZR 536/02, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 65). 173

Wo die Grenze zwischen Nachschieben und Konkretisierung von Kündigungsgründen verläuft, kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall beantwortet werden. Der Arbeitgeber ist bei der Darstellung der Kündigungsgründe zur Mitteilung der Tatsachen verpflichtet, die seinen Kündigungsentschluss tragen. Diese hat er vollständig dem Betriebsrat gegenüber mitzuteilen. Hält sich der Vortrag des Arbeitgebers im Rahmen des dem Betriebsrat bereits mitgeteilten Sachverhalts, liegt lediglich eine jederzeit zulässige Konkretisierung vor, die ohne erneute Beteiligung des Betriebsrats zulässig ist. Greift der Arbeitgeber zur Begründung seiner Kündigung aber auf dem Betriebsrat nicht mitgeteilte Sachverhalte zurück oder trägt der Arbeitgeber erst im Prozess Tatsachen vor, die dem bisherigen Vortrag erst das Gewicht eines kündigungsrechtlich erheblichen Grundes geben, handelt es sich um ein Nachschieben von Kündigungsgründen (APS/Koch, a. a. O., § 102 BetrVG Rn. 166). 174

(b) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Einführung des Inhalts der Chatprotokolle in den Prozess weder um ein Nachschieben von 175

Kündigungsgründen noch um eine Erläuterung des Kündigungssachverhalts, sondern lediglich um die Angabe eines Beweismittels. Der Kündigungsvorwurf der Beklagten gegenüber dem Kläger lautet, er habe Rainshower-Armaturen über eBay veräußert, die er zuvor unredlich bei ihr erlangt habe. Dass anlässlich dieser Tat der Kläger und D1 über Skype Gespräche mit einem bestimmten Inhalt geführt haben, ist kein Bestandteil des Sachverhalts, welcher die Tat ausmacht. Ob der Kläger und D1 Gespräche geführt haben, ist irrelevant für das Tatgeschehen. Dadurch wird weder der eigentliche Kündigungssachverhalt ergänzt oder erläutert noch werden die Gespräche zwischen dem Kläger und D1 zum (weiteren) Kündigungsgrund. Der Inhalt der in den Chatprotokollen enthaltenen Gesprächsausführungen dient ausschließlich dem Beweis des der Kündigung zugrunde liegenden Vorwurfs. Die Vorlage oder Mitteilung von Beweismitteln bzw. Beweismaterial ist im Rahmen der Anhörung nach § 102 BetrVG jedoch nicht erforderlich (vgl. BAG, 27. Juni 1985, 2AZR 412/84, NZA 1984, 426 <427>; 26. Januar 1995, 2 AZR 386/94, NZA 1995, 672 <674>).

(2) Soweit die Chatprotokolle der Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft Hagen verwertet wurden, ist dies gemäß § 474 Abs. 1 StPO zulässig. Danach erhalten u. a. Gerichte Akteneinsicht, wenn dies für Zwecke der Rechtspflege erforderlich ist. Das Einsichtsrecht bezieht sich auf die Akten eines laufenden oder abgeschlossenen Strafverfahrens (Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Auflage, 2011, § 474 StPO Rn. 1). Nachdem die Beklagte sich zum Beweis der Richtigkeit ihrer Behauptung, dass der Kläger mit dem ehemaligen Mitarbeiter D1 die von ihr dargelegten Gespräche über Skype geführt hat, auf den Inhalt des Berichts des KK 21 vom 16. Dezember 2010 berufen und die Beiziehung der Akte des Verfahren 304 Js 224/09 beantragt hat (vgl. S. 3 Schriftsatz der Beklagten vom 5. Mai 2011, Bl. 1098 d. A.), ist die Akteneinsicht auch zur Rechtspflege erforderlich. 176

§ 474 Abs. 1 StPO regelt die Zulässigkeit von Akteneinsicht und Auskünften aus Akten eines Strafverfahrens an Gerichte, Justizbehörden und andere öffentliche Stellen für verfahrensexterne Zwecke (Gieg in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage, 2008, § 474 StPO Rn. 1). Der Verwertung der Gespräche steht das Persönlichkeitsrecht des Klägers oder D1 nicht entgegen, weil die §§ 474 ff. StPO zugleich Grundlage für etwaige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten - hier des Klägers und D1 - sind (vgl. Meyer-Goßner, a. a. O., vor § 474 StPO Rn. 1). 177

(3) Soweit die Chatprotokolle, welche E1 & Y1 bei seinen Untersuchungen festgestellt hat, im Rahmen der Beweiswürdigung herangezogen wurden, bestehen hinsichtlich einer Verwertung entgegen der Auffassung des Klägers im Hinblick auf § 206 StGB, § 88 TKG, § 32 BDSG und § 87 Abs. 1 BetrVG keine Bedenken. 178

(a) Zunächst erscheint es zweifelhaft, ob eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses, welches Gegenstand der Regelungen in § 206 StGB bzw. § 88 TKG ist, überhaupt in Betracht kommt. Das Fernmeldegeheimnis wird nicht berührt, wenn nicht der eigentliche E-Mail-Verkehr an sich, sondern lediglich der auf dem Rechner des Arbeitgebers abgespeicherte Inhalt kontrolliert wird (vgl. VGH Hessen, 19. Mai 2009, 6 A 2672/08.Z, NJW 2009, 2470). Der Grundrechtsschutz nach Art. 10 GG erstreckt sich nicht auf die außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet in dem Moment, in dem die E-Mail beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist (vgl. BVerfG, 16. Juni 2009, 2 BvR 902/06, NJW 2009, 2431). Entsprechendes gilt für die abgespeicherten Chatprotokolle, die nach Abschluss des Chatgesprächs auf dem Arbeitsplatzrechner des 179

Klägers verblieben sind. Auch diese sind lediglich die gespeicherten Inhalte und Umstände einer abgeschlossenen Kommunikation.

(b) Im Übrigen führt der Umstand, dass eine Partei die Kenntnis der von ihr behaupteten Tatsachen oder ihre Beweismittel auf rechtswidrige Weise erlangt hat, nicht notwendig zu einem Verbot ihrer prozessualen Verwertung. Falls die betreffenden Tatsachen von der Gegenseite nicht bestritten werden, also unstreitig geworden sind, besteht ein solches Verbot nur, wenn der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm einer gerichtlichen Verwertung der Information zwecks Vermeidung eines Eingriffs in höherrangige Rechtspositionen dieser Partei zwingend entgegensteht (vgl. BAG, 13. Dezember 2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008 <1010 f.>; 16. Dezember 2010, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571 <573>). Entsprechendes gilt für Beweismittel. 180

(aa) Im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren gelten wie im Zivilprozess die Dispositionsmaxime und der Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz. Das Gericht darf nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen verwerten. Umgekehrt ist es zugleich an den Vortrag der Parteien und einen ihm unterbreiteten, entscheidungserheblichen Sachverhalt gebunden. Der Vortrag einer Partei kann nicht ohne gesetzliche Grundlagen (wie z. B. die Präklusionsvorschriften) unbeachtet und "unverwertet" bleiben. Ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Sachvortrag muss das Gericht berücksichtigen. Das Zivilprozessrecht kennt grundsätzlich kein Verbot der "Verwertung" von Sachvortrag. Der beigebrachte Tatsachenstoff ist entweder unschlüssig oder unbewiesen, ist aber nicht "unverwertbar". Dies gilt zumal dann, wenn der Sachverhalt unstreitig ist. Das Gericht ist an ein Nichtbestreiten (wie an ein Geständnis) grundsätzlich gebunden. Es darf für unbestrittene Tatsachen keinen Beweis verlangen und erheben. Ein "Verwertungsverbot" würde den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG einschränken. Dieser verpflichtet das Gericht, erheblichen Vortrag einer Partei zur Kenntnis zu nehmen und bei der Entscheidungsfindung in Erwägung zu ziehen (vgl. BAG, 13. Dezember 2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008 <1010>; 16. Dezember 2010, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571 <573>). 181

(bb) Dennoch kann rechtswidriges Verhalten einer Prozesspartei bei der Informationsgewinnung zu einem Verwertungsverbot führen. Das ist der Fall, wenn eine solche Sanktion unter Beachtung des Schutzzwecks der verletzten Norm zwingend geboten erscheint. In einem gerichtlichen Verfahren ist darauf Bedacht zu nehmen, dass das Gericht den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber tritt. Es ist bei der Urteilsfindung nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt seine Pflicht zu einer fairen Handhabung des Prozess- und Beweisrechts (vgl. BVerfG, 13. Februar 2007, 1 BvR 421/05, NJW 2007, 753 <758>). Daraus folgt für den Zivilprozess zwar nicht, dass jede unzulässig erlangte Information prozessual unverwertbar wäre. Sie ist es im Einzelfall aber dann, wenn mit ihrer gerichtlichen Verwertung ein erneuter Eingriff in rechtlich geschützte, hochrangige Positionen der anderen Prozesspartei oder die Perpetuierung eines solchen Eingriffs verbunden wäre, und dies auch durch schutzwürdige Interessen der Gegenseite - hier des Beklagten - nicht gerechtfertigt werden könnte (vgl. BAG, 13. Dezember 2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008 <1011 f.>; 16. Dezember 2010, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571 <573>). 182

(c) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass gesetzlich angeordnete Verwertungsverbote im Zusammenhang mit den vom Kläger als verletzt gerügten Vorschriften der § 206 StGB, § 88 TKG, § 32 BDSG und § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG nicht bestehen. 183

- (aa) § 206 StGB regelt die strafrechtlichen Folgen einer Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses. Er enthält keine Anordnung eines prozessualen Verwertungsverbotes. 184
- (bb) § 32 BDSG enthält ebenfalls - wie das gesamte Bundesdatenschutzgesetz - kein eigenständiges Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverbot vor (Simitis/Seifert, Bundesdatenschutzgesetz, 7. Auflage, 2011, § 32 BDSG Rn. 193). Entsprechendes gilt für § 88 TKG. 185
- (cc) Auch aus einer betriebsverfassungswidrigen Erlangung von Informationen und Beweismitteln durch die Verletzung eines Mitbestimmungstatbestands oder die Nichteinhaltung einer Betriebsvereinbarung und deren Verfahrensregelungen folgt vorliegend kein prozessuales Verwertungsverbot. 186
- Soweit der Kläger rügt, er gehe davon aus, dass eine Betriebsvereinbarung existiere, welche die von der Beklagten vorgenommenen privaten Ermittlungen ausschließe (S. 8 des Schriftsatzes vom 17. Februar 2011, Bl. 664 d. A.), sind Regelungen mit dem Betriebsrat weder ersichtlich noch vorgetragen, die generell jegliche Auswertung und Verwendung der auf dem von einem Mitarbeiter genutzten Rechner vorgefundenen Daten ausnahmslos untersagen. Im Übrigen ist es zwar zutreffend, dass die Beklagte nicht dargelegt hat, dass z. B. die Organisationsrichtlinie Nr. 184/1 aus September 2002 oder der Unternehmenskodex aus 2007, in dem sowohl die private Nutzung der Informationstechnik in ihrem Unternehmen als auch deren Kontrolle geregelt ist, unter Beachtung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG zustande gekommen ist. Daraus allein folgt aber noch nicht die Unzulässigkeit einer Verwertung. Das Betriebsverfassungsgesetz kennt kein - ausdrückliches - prozessuales Verwendungs- bzw. Beweisverwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel. 187
- (dd) Ein generelles Verwertungsverbot rechtswidrig erlangter Informationen und Beweismittel ist schließlich - wie bereits ausgeführt - auch in der Zivilprozessordnung nicht enthalten. 188
- (d) Ein prozessuales Verwertungsverbot - hier in Form eines Beweisverwertungsverbotes - kommt danach nur in Betracht, wenn in verfassungsrechtlich geschützte Grundpositionen des Klägers eingegriffen worden ist, seine Einwilligung nicht vorliegt und durch die Verwertung von rechtswidrig erlangten Informationen oder Beweismitteln ein erneuter bzw. perpetuierender Eingriff in seine rechtlich geschützten, hochrangigen Positionen erfolgt und dies auch nicht durch schutzwürdige Interessen der Beklagten gerechtfertigt werden kann (vgl. BAG, 16. Dezember 2012, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571 <573 f.>). Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall folgt aus einer ggf. gegen § 206 StGB, § 88 TKG, § 32 BDSG und § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG verstoßenden Erlangung der auf dem stationären Arbeitsplatz-PC durch E1 & Y1 vorgefundenen abgespeicherten Chatprotokolle kein Beweisverwertungsverbot. 189
- (aa) Die Auswertung der auf dem vom Kläger genutzten Rechner vorhandenen persönlichen Daten stellt zwar grundsätzlich einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht - hier in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung - des Klägers dar, weil die Beklagte die gelegentliche oder vereinzelte private Nutzung von elektronischen Ressourcen in ihrem Unternehmenskodex aus 2007 ihren Arbeitnehmern gestattet hatte. Das zeitlich zuvor in der Organisationsrichtlinie aus September 2002 ausgesprochene absolute Nutzungsverbot war damit beseitigt. Gestattet der Arbeitgeber aber die private Nutzung von EDV durch Arbeitnehmer, hat er grundsätzlich hinsichtlich der dabei anfallenden Daten deren allgemeines Persönlichkeitsrecht zu beachten. 190

(bb) Eine Einwilligung des Klägers in die Auswertung des Datenbestandes liegt nicht vor. Er hat vielmehr ausdrücklich einer solchen Verwertung widersprochen. 191

(cc) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ist jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können durch Wahrnehmung überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision mit den Interessen des Arbeitgebers ist durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob es den Vorrang verdient. Im Rahmen dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung beimisst. Auch im Zivilprozess, in dem über Rechte und Rechtspositionen der Parteien innerhalb eines Privatrechtsverhältnisses gestritten wird, sind die Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung wichtige Belange des Gemeinwohls. Um die Wahrheit zu ermitteln, sind die Gerichte gehalten, den von den Parteien in den Prozess eingeführten Vortrag und ggf. die angebotenen Beweismittel zu berücksichtigen. Diese Belange können als Bestandteil der verfassungsgemäßen Ordnung das allgemeine Persönlichkeitsrecht einschränken. Zwar gehen das Interesse an einer funktionsfähigen Zivilrechtspflege und materiell richtigen Entscheidungen und verbunden damit das Bestreben des Gläubigers, sich Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht stets vor. Insoweit bedarf es über das schlichte Beweisinteresse hinausgehender Aspekte für die Schutzbedürftigkeit einer bestimmten Form der Informationsbeschaffung und Beweiserhebung (vgl. BVerfG, 9. Oktober 2002, 1 BvR 1611/96, 1BvR 805/98, NJW 2002, 3619 <3624>; 13. Februar 2007, 1 BvR 421/05, NJW 2008, 753 <758>; BAG, 13. Dezember 2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008 <1012>; 16. Dezember 2010, 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571 <574>). Im vorliegenden Fall sind jedoch diese Voraussetzungen für eine Verwertung gegeben. 192

(1') Gegen den Kläger bestand der Verdacht einer Straftat. Nach der Aussage des ehemaligen Mitarbeiters D1 sollte er derjenige gewesen sein, der den eBay-Account D1 zur Veräußerung der Rainshower-Armaturen genutzt haben sollte. Bei diesen handelte es sich um hochwertige Armaturen, die auf eBay zu Preisen angeboten und veräußert worden waren, welche einen legalen Erwerb dieser Ware durch den Verkäufer weitestgehend ausschlossen. Auch wenn die Belastung durch einen selbst der Tat Verdächtigen erfolgte, bestand ein genügender Anfangsverdacht, dass der Kläger von ihm illegal erlangte Ware aus dem Betrieb der Beklagten über eBay veräußerte. 193

Hinzu kamen die weiteren Verkaufsaktivitäten des Klägers im Betrieb, die ebenfalls unter Mitarbeiterverkaufspreis erfolgten. Unstreitig hat der Kläger in den nachfolgenden Gesprächen am 9., 10. und 12. März 2009 die konkreten Bezugsquellen für diese Verkäufe nicht offen gelegt. Die Veräußerung der Rainshower-Armaturen hat er, als er mit diesem konkreten Vorwurf in dem Gespräch am 13. März 2009 konfrontiert wurde, abgestritten. Da andererseits die Nutzung der ihm für die Arbeit zur Verfügung gestellten EDV-Geräte für die über das Internetportal abgewickelten Verkäufe in Betracht kam und andere Beweismittel zur Klärung des Vorgangs nicht vorhanden waren, war eine Auswertung des Datenbestandes zum Zeitpunkt der erstmaligen Auswertung durch E1 & Y1 im April 2009 erforderlich, um bezogen auf den Vorwurf eine einschlägige Nutzung abzuklären und zeitnah Beweismaterial zu sichern. 194

Dies galt erst recht hinsichtlich der im Dezember 2009 erfolgten erneuten Auswertung, nachdem das Arbeitsgericht in seiner Entscheidung einen fehlenden Tatnachweis durch die bis dahin von der Beklagten dargelegten und vom Arbeitsgericht als allenfalls vage 195

Verdachtsmomente gewerteten Umstände gerügt hatte. Vor diesem Hintergrund waren die Chatprotokolle das einzige noch in Betracht kommende Beweismittel für eine Tat des Klägers.

(2') Im Hinblick auf die Perpetuierung eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers ist weiter zu beachten, dass nur ein eingeschränkter Schutz des Klägers auf Vertraulichkeit bestand. Die private Nutzung elektronischer Ressourcen wie Internet, E-Mail oder wie hier Skype ist bei einer fehlenden ausdrücklichen Gestattung oder Duldung des Arbeitgebers grundsätzlich nicht erlaubt (vgl. BAG, 7. Juli 2005, 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98 <100>). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte zwar in Nr. 10.3 des Unternehmenskodex 2007, den der Kläger am 25. Juli 2007 erhalten hat, die gelegentliche oder vereinzelt private Nutzung gestattet. Zugleich hat sie aber in derselben Bestimmung zuvor darauf hingewiesen, dass bei einer Abwicklung persönlicher Angelegenheiten auf elektronischen Geräten und über das Netzwerk der Mitarbeiter keine Vertraulichkeit erwarten kann und die Beklagte die Nutzung der Telefone, Computer und E-Mail-Systeme überwachen und bei gegebener Notwendigkeit die Daten einsehen kann, die der Mitarbeiter anlegt oder mit anderen austauscht. 196

Unabhängig davon, welche konkreten Rechte der Beklagten aus einer solchen Ankündigung im Unternehmenskodex zustehen können, ist für die Beurteilung einer Perpetuierung des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Bedeutung, dass seitens der Beklagten die Gestattung einer Privatnutzung elektronischer Ressourcen im Verhältnis zum Mitarbeiter ausdrücklich nur in dieser Weise eingeschränkt erfolgte. Wenn der Kläger dann problematische "Geschäfte" über seinen Arbeitsplatzrechner mit seinem "Geschäftspartner" durch die Nutzung einer bekannt problematischen Software bespricht, ist eine fortgesetzt schwerwiegende Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts nicht vorhanden, wenn die dabei hinterlassenen Spuren in Form elektronischer Daten über den Gesprächsverlauf von der Beklagten in den Prozess eingeführt und vom Gericht im Rahmen der Tatsachenfeststellung verwertet werden. Die Aufklärung eines Straftatbestandes bzw. eines schwerwiegenden Vertrauensbruchs des Klägers durch einen unmittelbar gegen das Vermögen der Beklagten gerichteten Eingriff überwiegt sein Interesse an der Wahrung seiner selbst durch die Nutzung von Skype aus der Hand gegebenen - informationellen Selbstbestimmung. 197

Der Datenbestand ist danach hinsichtlich seiner Vertraulichkeit nicht anders zu bewerten als die Verwertung von schriftlichen Notizen, die ein Arbeitnehmer im Büroschreibtisch zurücklässt. Solange es sich nicht um tagebuchartige Aufzeichnungen handelt, deren Inhalt zudem höchstpersönlichen Charakter haben muss, um zum absolut geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zu gehören (vgl. BVerfG, 14. September 1989, 2 BvR 1062/87, NJW 1990, 563 <563 f.>), sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, die einer Verwertung entgegenstehen. Ein Arbeitnehmer muss, wenn er illegale Aktivitäten gegen seinen Arbeitgeber entwickelt, bei einer derart eingeschränkten Vertraulichkeit der Privatnutzung damit rechnen, dass Spuren, die er durch die Nutzung von elektronischen Ressourcen des Arbeitgebers hinterlässt, in einem Prozess gegen ihn verwendet werden. Dies gilt insbesondere dann, wie hier andere Möglichkeiten eines Tatnachweises ausgeschöpft sind. 198

(3') Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass die Protokollierung der Gespräche ggf. ohne oder gegen die Veranlassung des Klägers erfolgte. Der Zeuge L2 hat in diesem Zusammenhang ausgesagt, dass Skype in versteckten Dateien den Ablauf des Chats protokolliert, selbst wenn man die Protokollierungsfunktion deaktiviert. Ob dies technisch zutrifft, kann dahinstehen. Nach den Feststellungen des KK 21 war die Chatprotokollierung 199

der Gesprächsverläufe aktiviert. Zudem gilt auch hier, dass durch die hinsichtlich der Vertraulichkeit eingeschränkte Gestattung der Privatnutzung unter Berücksichtigung des aufzuklärenden Vorwurfs das Interesse der Beklagten an der Verwertung der Chatprotokolle das Interesse des Klägers am Schutz seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung überwiegt.

dd) Im Ergebnis steht danach fest, dass durch die Mitwirkung des Klägers am Verkauf einer Rainshower-Armatur über eBay, die zuvor von ihm rechtswidrig erlangt wurde, ein Sachverhalt vorliegt, der an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Der Kläger verstieß damit unmittelbar gegen die Vermögensinteressen der Beklagten und schädigte sie. Es liegt zusätzlich eine erhebliche Beeinträchtigung der Vermögensinteressen der Beklagten vor, wenn einer ihrer Mitarbeiter illegal erworbene Ware zu konkurrenzlosen Preisen und damit zu Lasten ihrer Händler veräußert, diese deshalb weniger Ware der Beklagten umsetzen können und daher auch weniger von ihr beziehen. Ein Bekanntwerden dieses Vorgangs stellt zudem eine erhebliche Beeinträchtigung des Rufes der Beklagten dar. Dieser ist durch das Verhalten des Klägers bereits gefährdet. 200

Der danach in dem Verhalten des Klägers liegende Vertrauensbruch stellt eine so schwerwiegende Belastung des Arbeitsverhältnisses dar, das eine außerordentliche Kündigung an sich gerechtfertigt ist. 201

d) Auch nach Vornahme der Interessenabwägung ist die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt. 202

Zwar ist auf Seiten des Klägers zu berücksichtigen, dass er zum Zeitpunkt der Kündigung über 20 Jahre bei der Beklagten beschäftigt war. Zudem ist er verheiratet und zwei Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtet. Im Hinblick auf den Kündigungsvorwurf kommt diesen Umständen jedoch ebenso wenig entscheidendes Gewicht zu wie - im vorliegenden Fall durch Aufnahme einer neuen Tätigkeit ab September 2009 beim Kläger nicht realisierte - Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche sowohl im Hinblick auf sein Alter als auch die Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine außerordentliche Kündigung. 203

Denn immerhin hat der Kläger auf bislang in den Einzelheiten ungeklärtem Weg die Möglichkeit genutzt, Waren im Betrieb der Beklagten entweder selbst illegal zu erlangen und zu verkaufen oder in Kenntnis dieses unredlichen Erwerbs weiter zu veräußern. Dies stellt einen erheblichen Vertrauensbruch gegenüber der Beklagten dar, die darauf angewiesen ist, dass ihre Mitarbeiter die von ihr erstellten Produkte nicht durch solche Methoden erheblich unter den am Markt üblichen Preisen veräußern. Das ist unmittelbar geschäftsschädigend. Zudem handelt es sich auch unter Zugrundelegung des niedrigsten Verkaufspreises der Beklagten an Mitarbeiter für rund 752,00 Euro nicht mehr um eine Bagatelle. Der Kläger konnte unter diesen Umständen nicht davon ausgehen, dass sein Verhalten nicht zu einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führte. 204

Dies rechtfertigt die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses, da es der Beklagten nicht zumutbar war, mit dem Kläger auch nur einen Tag länger zusammenzuarbeiten. 205

3. Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten. 206

a) Nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB in dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist dann der Fall, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige 207

und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglichen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Zu den maßgeblichen Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Der Kündigungsberechtigte, der Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Solange er die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt, läuft die Ausschlussfrist nicht an. Um den Lauf der Frist nicht länger als notwendig hinauszuschieben, muss eine Anhörung allerdings innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Die Frist darf im Allgemeinen, und ohne dass besondere Umstände vorlägen, nicht mehr als eine Woche betragen (vgl. BAG, 27. Januar 2011, 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 <799>).

b) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte (vertreten durch ihre kündigungsberechtigten Personen Dr. Z1 und den Zeugen M1) am 27. Februar 2009 in dem Gespräch mit dem Ehepaar D1 erstmals erfahren, dass der Kläger über D1 eBay-Account Rainshower-Armaturen verkauft haben soll. Diese Angabe allein genügte jedoch weder für eine Tat Kündigung noch eine Verdachtskündigung. Daher bedurfte es noch weiterer Ermittlungen und der Anhörung des Klägers. 208

Eine Hemmung besteht aber nur dann, wenn Ermittlungen tatsächlich durchgeführt werden. Zwar wurde unter dem 3. März 2009 ein Aufklärungsversuch in dieser Angelegenheit bei eBay durchgeführt. Warum aber die Anhörung des Klägers nicht binnen einer Woche nach dem Gespräch mit dem Ehepaar D1 stattfand, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Auch weitere Ermittlungen sind bis zum 9. März 2009, dem ersten Gespräch mit dem Kläger, jedenfalls nicht konkret von ihr vorgetragen worden. Einen Grund hierfür hat sie ebenfalls nicht angegeben. 209

Wird die Frist von einer Woche ohne erheblichen Grund überschritten, dann beginnt die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB mit dem Ende der Wochenfrist (vgl. BAG, 31. März 1993, 2 AZR 492/92, NZA 1994, 409 <411>; APS/Dörner/Vossen, a. a. O., § 626 BGB Rn. 130). Vorliegend war der Beginn der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nur bis zum 6. März 2009 gehemmt. Die Kündigung vom 20. März 2009 ist dem Kläger am selben Tag und damit noch rechtzeitig innerhalb der Kündigungserklärungsfrist zugegangen. 210

III. 211

Da die außerordentliche Kündigung vom 20. März 2009 wirksam ist, ist über die Wirksamkeit der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung sowie die wechselseitig gestellten Auflösungsanträge der Parteien nicht mehr zu entscheiden. 212

IV. 213

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, Abs. 2, § 97 Abs. 2 ZPO. Die vorgenommene Kostenquotelung entspricht dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen beider Parteien auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger aufgrund seiner Erklärung im erstinstanzlichen Kammertermin den allgemeinen Feststellungsantrag sowie den hilfsweise für den Fall des Obsiegens gestellten Weiterbeschäftigungsantrag zurückgenommen hat. Da für beide Anträge kein gesonderter Wert anzusetzen ist (vgl. LAG Hamm, 3. Februar 2003, 9 Ta 520/02, NZA-RR 2003, 321; 19. März 2011, 6 Ta 113/11, AA 2011, 209), war gemäß § 92 Abs. 2 ZPO eine besondere Kostenquotelung hinsichtlich der ersten Instanz auch nicht im Hinblick auf § 269 Abs. 2 Satz 3 ZPO veranlasst. Im Übrigen hat der Kläger lediglich die 214

Feststellung einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um eine Woche erreicht, was im Hinblick auf deren begrenzten rechtlichen Reichweite mit 1/20 zu bewerten war.

Die Revision war für den Kläger gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung im Hinblick auf die Frage der Notwendigkeit einer Betriebsratsanhörung vor Einführung der Chatprotokolle in den Kündigungsschutzprozess und die Frage der Zulässigkeit ihrer Verwertung zuzulassen. Gründe für eine Zulassung der Revision zu Gunsten der Beklagten bestehen nicht.

215