
Datum: 27.09.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 Sa 782/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0927.15SA782.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Siegen, 2 Ca 1701/11
Schlagworte: Fristlose Kündigung; einmaliges Verhalten; Entbehrlichkeit einer Abmahnung
Normen: § 626 Abs. 1 BGB, § 86 a StGB, § 91 Abs. 2, 5 SGB IX
Leitsätze:

Die Verwendung eines Stempels mit der Beschriftung „Waffen SS Berlin“ im Besitz des Arbeitnehmers stellt einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB dar, der die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Siegen vom 24.04.2012 – 2 Ca 1701/11 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die rechtliche Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen außerordentlichen Kündigung und hilfsweise einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist.

1

2

3

Der 55-jährige, verheiratete Kläger war seit August 1971 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt als Mitarbeiter des Werkschutzes zu einem monatlichen Bruttoentgelt von 2.477,60 €. Der Kläger ist mit einem Grad der Behinderung von 40 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt, zunächst befristet bis zum 24.12.2011.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist ordentlich unkündbar gemäß dem Manteltarifvertrag in der Eisen- und Stahlindustrie NW. 4

Am 07.12.2011 war der Kläger am Tor 5 eingesetzt. Seine Aufgabe war es, den LKW-Verkehr abzuwickeln und in diesem Zusammenhang sog. Barcodes zu erzeugen, mit denen die Speditionsfahrer sich selbst einwiegen können. 5

Unter im einzelnen streitigen Umständen versah der Kläger bei der Abfertigung des Spediteurs H1 die Rückseite eines Lieferscheins mit einem Stempel, dessen Abdrucktext lautete: „Waffen SS Berlin“. Für die Einzelheiten des Stempelabdrucks wird auf Bl. 41 d.A., für die Vorderseite des gestempelten Lieferscheins auf Bl. 40 d.A. verwiesen. 6

Der Zeuge H1 übergab den streitgegenständlichen Lieferschein zusammen mit der Warenlieferung einem Kunden der Beklagten, der Fa. W1 E1 GmbH. 7

Am 08.12.2011 erhielt der Vertriebsleiter der Beklagten – so die Behauptung der Beklagten – einen Anruf des Geschäftsführers der W1 E1 GmbH, in dem dieser sich über die Stempelung von Lieferscheinen mit einem Stempel der „Waffen SS Berlin“ beschwerte. 8

Am 09.12.2011 begann der Leiter des Werkschutzes mit der Sachverhaltsaufklärung. Am 12.12.2011 fand eine Anhörung des Klägers im Beisein des Betriebsratsvorsitzenden, des Schwerbehindertenobmanns, einer Mitarbeiterin der Personalabteilung und eines Vorgesetzten des Klägers statt. In der Anhörung erklärte der Kläger, den Stempel benutzt zu haben, ohne sich dabei etwas Böses gedacht zu haben. 9

Mit Schreiben vom 12.12.2011 (Bl. 37, 38 d.A.) hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu einer beabsichtigten fristlosen, hilfswise fristgerechten Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers an, ebenso den Vertrauensmann der schwerbehinderten Menschen (Bl. 34, 35 d.A.). 10

Ebenfalls unter dem 12.12.2011 (für die Einzelheiten Bl. 67, 68 d.A.) beantragte die Beklagte die Zustimmung des Integrationsamtes beim LWL Westfalen zu einer fristlosen, hilfswisen fristgerechten Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. 11

Das Integrationsamt erteilte mit Bescheid vom 22.12.2011 (Bl. 74 bis 76 d.A.) die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung. Der Betriebsrat hatte bereits mit Schreiben vom 14.12.2011 der beabsichtigten fristlosen, hilfswise fristgerechten Kündigung zugestimmt, ebenso der Vorsitzende der Schwerbehindertenvertretung am 15.12.2011. 12

Mit dem Kläger am 23.12.2011 zugegangenem Schreiben (Bl. 9 d.A.) erklärte die Beklagte die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. 13

Mit Schreiben vom 19.12.2011 beantragte die Beklagte beim Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen fristlosen Kündigung und außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit. Für die Einzelheiten des Antrags wird auf Bl. 70 bis 73 d.A. verwiesen. Durch Bescheid vom 03.01.2012 (Bl. 77 bis 80 d.A.) erteilte das Amt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit. Gegen diese Entscheidung legte der Kläger Widerspruch ein. Die Widerspruchsentscheidung, so der Prozessbevollmächtigte des 14

Klägers in der Berufungsverhandlung, werde seit Ende Juli 2012 im verwaltungsgerichtlichen Verfahren überprüft. Auch gegen die Zustimmung des Integrationsamtes vom 22.12.2011 hat der Kläger Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

Mit Schreiben vom 20.12.2011 (Bl. 44 d.A.) hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer fristlosen Kündigung mit sozialer Auslauffrist an. Der Betriebsrat stimmte in Schriftform unter dem 21.12.2011 (Bl. 45 d.A.) der beabsichtigten Kündigung zu. 15

Mit Schreiben vom 03.01.2012 (Bl. 20 d.A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum nächstmöglichen Termin, ihres Wissens zum 31.08.2012. 16

Der Kläger hat gegen beide Kündigungen unstreitig innerhalb der Frist der §§ 4, 13 KSchG Feststellungsklage erhoben. 17

Er hat vorgetragen, bei der Stempelung habe er nicht gewusst, dass er diese auf der Rückseite eines Lieferscheins angebracht habe. Als der Spediteur H1 gekommen sei, sei er aufgestanden, habe diesem den Stempel gezeigt und auf dessen Bitte gestempelt. Der Spediteur H1 habe hierzu ihm ein weißes Blatt hingehalten und erklärt, „SS, da könne man auch Superschneider sagen“. Für ihn – den Kläger – sei nicht erkennbar gewesen, dass das Papier in den Verkehr hätte gebracht werden sollen. Auch habe er nicht gewusst, dass es sich bei dem Stempel um ein Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation handele. 18

Der Kläger hat bestritten, 19

- die Abgabe des Lieferscheins bei der W1 E1 GmbH mit Nichtwissen 20

- den Anruf des Geschäftsführers der W1 E1 GmbH am 08.12.2011 bei dem Vertriebsleiter der Beklagten, in dem sich der Geschäftsführer über die Stempelung beschwert habe 21

- die Existenz des Stempelabdrucks „Waffen SS Berlin“ auf der Rückseite des Lieferscheins Nr. 10321452 vom 07.12.2011 22

- die Durchführung einer Veranstaltung für ein Engagement gegen Rassismus und Nationalsozialismus bei der Beklagten vier Tage vor dem streitigen Vorfall mit Nichtwissen. 23

Der Betriebsrat sei möglicherweise zu einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist, nicht aber zu einer hilfsweisen außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist angehört worden. Auch sei dem Betriebsrat nicht mitgeteilt worden, dass er nicht eingeräumt habe, einen Lieferschein gestempelt zu haben. 24

Der Kläger hat beantragt, 25

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 23.12.2012 und nicht durch die weitere hilfsweise außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist vom 03.01.2012 aufgelöst worden ist. 26

Die Beklagte hat beantragt, 27

die Klage abzuweisen. 28

29

Sie hat vorgetragen, der Kläger habe gegenüber dem Zeugen H1 erklärt, „schau mal, ein Stempel von Superschreiber“. Auf die Frage des Zeugen habe der Kläger erklärt, den Stempel in Belgien für 20,00 € gekauft zu haben. Der Kläger habe dann die Rückseite des Lieferscheins gestempelt. In einem Telefonat habe sich der Geschäftsführer der W1 E1 GmbH am 08.12.2011 äußerst emotional über die Stempelung von Lieferscheinen mit „Waffen SS Berlin“ beschwert. Bei seiner Anhörung habe der Kläger die Stempelung des Lieferscheins eingeräumt. Zumindest sei ihm das Papier egal gewesen.

Ihr sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar. Der Kläger habe seine verfassungsfeindliche Gesinnung eindeutig zum Ausdruck gebracht. Die Einlassung, sich nichts Böses gedacht zu haben, zeige seine Einstellung. Die Funktion des Lieferscheins wie auch die Bedeutung des Stempelsymbols seien dem Kläger bekannt gewesen. Sie könne nicht bei Kunden den Anschein erwecken lassen, sie toleriere rechtsradikale Ziele, dies umso mehr, als sie kurz zuvor eine Aktion gegen Rassismus und Nationalsozialismus betrieblich durchgeführt habe. 30

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Kraftfahrers H1 als Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird verwiesen auf die Sitzungsniederschrift vom 24.04.2012 (Bl. 91 ff. d.A.). 31

Mit Urteil vom 24.04.2012 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und seine Entscheidung im Wesentlichen so begründet: 32

Die außerordentliche Kündigung vom 23.12.2011 habe das Arbeitsverhältnis des Klägers rechtswirksam aufgelöst, da für diese Kündigung ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB gegeben sei, die Beklagte die Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten habe und die Anhörung des Betriebsrats zu dieser Kündigung ordnungsgemäß gemäß § 102 BetrVG gewesen sei. Auch habe die Beklagte die Frist des § 91 Abs. 2 SGB IX beachtet. 33

Die Verwendung eines Stempels mit der Aufschrift „Waffen SS Berlin“ durch einen mit der Abfertigung von LKW beauftragten Mitarbeiter gegenüber einem Spediteur, und zwar durch Stempelung von Lieferscheinen oder ähnlichen Papieren, sei objektiv geeignet, die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes zu erfüllen. Eine solche Stempelung stelle eine schwerwiegende Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten dar. Das verwendete Kennzeichen sei strafbewährtes NS-Kennzeichen i.S.v. § 86 a StGB. Das Vorliegen des wichtigen Grundes erfordere nicht ein wiederholtes Verhalten. Ein Arbeitnehmer könne nicht von der Hinnahe auch nur einer einzigen derartigen Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber ausgehen. 34

Nach dem eindeutigen Ergebnis der Beweisaufnahme stehe fest, dass der Kläger den Stempel von sich aus verwendet und das gestempelte Papier auch nicht zurückgewollt habe. Dem Kläger habe klar sein müssen, dass die Stempelung Dritten gegenüber zugänglich gemacht werden könnte. Selbst ein gedankenloser Gebrauch von NS-Symbolen könne dazu führen, das NS-System und seine Opfer zu verharmlosen. Das Fehlverhalten des Klägers sei grob, es sei auf ein besonderes Maß an Gedankenlosigkeit zu schließen. Deshalb sei eine Abmahnung entbehrlich gewesen. Die Interessenabwägung unter Berücksichtigung insbesondere der seit 1971 bestandenen Betriebszugehörigkeit des Klägers und seiner Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen führe gleichwohl dazu, dass dem Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses insbesondere wegen der besonders groben Pflichtverletzung und des besonderen Maßes der Gedankenlosigkeit des Klägers überwiege. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei ebenso eingehalten wie die Frist des § 91 Abs. 2 SGB IX. Die Anhörung des 35

Betriebsrats zu der Kündigung vom 23.12.2011 sei ordnungsgemäß erfolgt, der Betriebsrat habe der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung ausdrücklich zugestimmt.

Gegen das ihm am 08.05.2012 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Siegen hat der Kläger am 05.06.2012 Berufung eingelegt und diese mit am 09.07.2012, einem Montag, beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 36

Seinen erstinstanzlichen Sachvortrag vertiefend trägt der Kläger vor, er habe am Tag vor dem 07.12.2011 seinen Keller aufgeräumt, bei dieser Gelegenheit den Stempel gefunden und in seine Jackentasche gesteckt. Die Jacke habe er am nächsten Morgen angezogen und vergessen, dass der Stempel in der Tasche gewesen sei. Er sei aufgestanden und habe dem Zeugen H1 den Stempel gezeigt mit der Bemerkung, ob dieser schon mal einen solchen Stempel gesehen habe. Der Zeuge H1 habe erklärt, er könne nichts erkennen, er – der Kläger – solle einmal stempeln. Auf seine Frage nach einem Zettel habe ihm der Zeuge H1 ein weißes Blatt hingehalten und ihm bedeutet, dort den Stempel draufzusetzen; er habe dies dann getan. Die Aussage des Zeugen H1 sei nicht zu verwerten, es habe sich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis gehandelt. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 86 a StGB seien zudem nicht erfüllt; es liege eine Handlung neutraler Art vor. Auch habe es einer vorherigen Abmahnung bedurft, eine Wiederholungsgefahr sei nicht gegeben gewesen. Seine Gedankenlosigkeit rechtfertige nicht die Schlussfolgerung, die das Arbeitsgericht ziehe. Zu der letzten Kündigung habe das Integrationsamt die Zustimmung nicht erteilt; ebenso wenig sei der Betriebsrat zu einer hilfsweise außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist angehört worden. 37

Der Kläger beantragt, 38

das Urteil des Arbeitsgerichts Siegen, verkündet am 24.04.2012 AZ 2 Ca 1701/11 abzuändern und 39

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 23.11.2011 noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist zum nächstzulässigen Termin der Beklagten mit Schreiben vom 03.01.2012 aufgelöst ist. 40

Die Beklagte beantragt, 41

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen. 42

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung als zutreffend. Der Zeuge H1 habe bei seiner Vernehmung den Sachverhalt, so wie er sich ereignet habe, geschildert. Insbesondere habe der Kläger den Stempel von sich aus verwendet, die Versandpapiere von dem Zeugen genommen, mit der Rückseite nach oben auf den Tresen gelegt und gestempelt. Wer nationalsozialistische Kennzeichen bzw. Symbole in den Betrieb mitbringe und sie dort gebrauche, handele derart vertrags- und rechtswidrig, dass eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit nicht mehr möglich sei. Der Kläger habe sein Verhalten durch die Bemerkung, „er habe sich dabei nichts Böses gedacht“ verharmlost. Er habe gewusst, dass es sich um ein verbotenes NS-Symbol handele, dessen Verwendung strafbar sei. Ihm sei auch wenige Tage vor dem Vorfall die im Unternehmen durchgeführte Aktion gegen Rassismus und Nationalsozialismus bekannt gewesen und dass sie derartige Ideologien entschieden ablehne und nicht dulde. Der Kläger habe damit rechnen müssen, dass das gestempelte Papier weiter in Umlauf geraten würde. Gleichwohl habe er keine Bestrebungen unternommen, das gestempelte Papier wieder zu bekommen. 43

Der Vorgang sei keiner von neutraler Art. Der Kläger habe vielmehr während seiner Arbeitszeit ein verfassungswidriges Kennzeichen vorgeführt und durch die Vornahme der Stempelung auf einem Lieferschein, der an einen ihrer Kunden gegangen sei, eine Gefährdung ihres Rufs sowie eine Gefahr schwerer wirtschaftlicher Schäden heraufbeschworen. Eine Abmahnung sei bei derart verwerflichem Verhalten entbehrlich gewesen. Der Betriebsrat sei am 12.12.2011 ordnungsgemäß angehört worden. Dem Betriebsrat sei mitgeteilt worden, dass sie in erster Linie eine außerordentliche Kündigung aussprechen wolle. Lediglich vorsorglich sei die weitere Anhörung zur hilfsweise ordentlichen (sic!) Kündigung mit sozialer Auslauffrist erfolgt; auch diese sei ordnungsgemäß.	44
Schließlich habe das Integrationsamt der außerordentlichen Kündigung zugestimmt wie der außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist. Gegen die Bescheide habe der Kläger Widerspruch eingelegt, die der Ausschuss in beiden Fällen mit Bescheid vom 01.06.2012 zurückgewiesen habe.	45
Wegen des weiteren tatsächlichen Vorbringens der Parteien wird verwiesen auf deren wechselseitige Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der öffentlichen Sitzungen, die insgesamt Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlung waren.	46
Entscheidungsgründe	47
A	48
Die Berufung ist zulässig.	49
Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Siegen ist gemäß §§ 64 Abs. 1, 2 lit. c, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO an sich statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.	50
B	51
In der Sache war dem Rechtsmittel der Erfolg zu versagen.	52
Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 23.12.2011 rechtswirksam aufgelöst, § 626 Abs. 1 BGB. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist eingehalten. Die Kündigung verstößt nicht gegen die gesetzlichen Bestimmungen des § 102 Abs. 1, 2 BetrVG und des § 91 Abs. 2 SGB IX.	53
I.	54
Die Verwendung eines Stempels mit der Beschriftung „Waffen SS Berlin“ durch den Kläger im Betrieb der Beklagten stellt einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB dar, der die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.	55
1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der – auch nur fiktiv anzunehmenden – Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Diese Prüfung hat in zwei Stufen zu erfolgen. Zunächst ist festzustellen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Sodann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die	56

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Einzelfallumstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (st. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts, vgl. etwa BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; BAG 26.03.2009 – 2 AZR 953/07, NZA-RR 2010, 516).

Prinzipiell sind nur solche Tatsachen geeignet, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB abzugeben, die das Arbeitsverhältnis erheblich belasten. Auch die Verletzung sog. Nebenpflichten der Vertragsparteien kann unter Umständen eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Zu den dem Arbeitsvertrag immanenten zahlreichen Nebenpflichten gehört insbesondere die vertragliche Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB). Es dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks, wenn die Parteien auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners Rücksicht nehmen (BAG 19.05.2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119). Verletzt der Arbeitnehmer diese Pflicht zur Rücksichtnahme erheblich, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 282/10, NZA 2011, 1029 m.w.N.). Der konkrete Inhalt dieser Pflicht ergibt sich aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis und seinen spezifischen Anforderungen (BAG 12.05.2010 – 2 AZR 845/08, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 31). 57

2. Der Kläger hat durch die Stempelung gegenüber einem für die Beklagte tätigen Spediteur, dem Zeugen H1, das Interesse des Arbeitgebers an seinem guten Ruf im Geschäftsverkehr in schwerwiegender Weise verletzt. 58

a) Die Verwendung eines Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation stellt einen erheblichen Verstoß gegen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht dar. Der verwendete Stempel trägt die Aufschrift „Waffen SS Berlin“. Ebenso wie die SS wurde die Waffen-SS im Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher im Jahre 1946 als verbrecherische Organisation verboten. Der Waffen-SS gehörten auch Wachmannschaften der Konzentrationslager an. Zudem zeigt der Stempelaufdruck mit der sog. Siegrune das Symbol, welches am deutlichsten neben dem sog. Hakenkreuz auf nationalsozialistische Vorstellungen oder Absichten hinweist; seine Verwendung ist strafbar. Die SS nebst ihrer kämpfenden Teilorganisation Waffen-SS ist eine ehemalige nationalsozialistische Organisation i.S.d. §§ 86 a Abs. 1 Nr. 1, 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB (vgl. BGH 28.07.2005 – 3 StR 60/05, NJW 2005, 3223; OLG Dresden 12.02.2008 – 3 Ss 375/06, juris). Die sog. Siegrune ist ein Kennzeichen i.S.d. § 86 a Abs. 1 Nr. 1 StGB. 59

b) Es konnte offen bleiben, ob das Benutzen des Stempels durch den Kläger ein Verwenden oder Verbreiten i.S.d. § 86 a StGB darstellt. Für die kündigungsrechtliche Bewertung ist die strafrechtliche Beurteilung nicht maßgeblich, sondern es kommt entscheidungserheblich auf die Schwere der Vertragspflichtverletzung an (BAG 12.05.2010, a.a.O.; LAG Hamm 15.12.2011 – 15 Sa 1184/11, juris). 60

Zutreffend weist das Arbeitsgericht darauf hin, dass ein wichtiger Grund nicht erst bei einem wiederholten derartigen Verhalten vorliegt (LAG Sachsen 06.07.2001 – 3 Sa 6/01, juris). Ein Arbeitnehmer kann nicht davon ausgehen, dass der Arbeitgeber ein auch nur einmaliges Verhalten hinnimmt, wenn die Handlung des Arbeitnehmers zumindest wesentliche Teile eines Straftatbestandes erfüllt (vgl. BAG 01.07.1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270). 61

c) Der Kläger hat von sich aus und ohne Aufforderung durch den Zeugen H1 den Stempel verwendet. Dies steht nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme auch für die Berufungskammer fest. Der Kläger nahm hierfür die Liefer- bzw. Versandpapiere dem Zeugen aus der Hand, legte sie mit der Rückseite auf den Tresen in seinem Büro und 62

drückte sodann den Stempel auf das Papier. Der Stempelaufdruck erforderte zuvor zudem zwingend die Benutzung eines Stempelkissens durch den Kläger, da sich ansonsten ein Aufdruck nicht herstellen lässt. Der Kläger forderte anschließend das gestempelte Papier nicht von dem Zeugen zurück. Der Zeuge verließ das Pfortnerbüro und fuhr zum Beladen. Zugunsten des Klägers hat das Arbeitsgericht angenommen, dass der Kläger nicht eindeutig habe erkennen können, welche Papiere er gestempelte hatte.

d) Entgegen der Ansicht des Klägers handelte es sich bei der vom Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht um einen Ausforschungsbeweis. Ein unzulässiger Ausforschungsbeweis liegt vor bei einem Beweisantritt, der nicht unmittelbar dem Beweis vom Beweisführer vorgetragener Tatsachen dient, sondern der Ausforschung von Tatsachen oder Erkenntnisquellen, die es erst ermöglichen, bestimmte Tatsachen zu behaupten und sodann unter Beweis zu stellen (Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., vor § 284 Rd. 5). 63

Vorliegend hatte das Arbeitsgericht gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 ArbGG in zulässiger Weise vorbereitend vorsorglich den Zeugen H1 geladen, um ihn gegebenenfalls über die Umstände der Stempelung eines Lieferscheins durch den Kläger am 07.12.2011 zu vernehmen. Die Beweisaufnahme hat das Gericht in der mündlichen Verhandlung vom 09.02.2012 angeordnet (vgl. § 279 Abs. 2 ZPO). Die anschließend von der Kammer durchgeführte Beweisaufnahme hat sich ersichtlich zu den Umständen der Stempelung des Lieferscheins durch den Kläger verhalten. 64

e) Sein Fehlverhalten ist dem Kläger vorwerfbar. Er musste damit rechnen, dass zumindest die Möglichkeit bestand, dass der Zeuge H1 die Stempelung Dritten zugänglich machen würde. Der Kläger wusste, dass der Zeuge H1 Spediteur der Beklagten ist. Damit war für ihn erkennbar, dass im Rahmen von Auslieferungsfahrten der Zeuge die Stempelung unter Nennung von Person und beruflicher Tätigkeit und Firmenzugehörigkeit des Klägers weiteren Personen zeigen könnte. 65

3. Eine vorherige Abmahnung des Klägers war entbehrlich. 66

a) Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es mildere Mittel, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen, nicht gibt (BAG 24.03.2011, a.a.O.; BAG 10.06.2010, a.a.O.). Mildere Reaktionen sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung bzw. außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit. In Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedarf es einer Abmahnung nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich und auch für den Arbeitnehmer erkennbar ausgeschlossen ist (vgl. nur BAG 24.03.2011, a.a.O., m.w.N.). 67

b) Das Verhalten des Klägers wiegt so schwer, dass es ohne weiteres die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigte. 68

Wer einen Stempel mit dem Aufdruck von Kennzeichen einer nationalsozialistischen verbrecherischen Organisation in den Betrieb einbringt und ihn dort dadurch verwendet, dass er diesen gegenüber einem von der Beklagten beauftragten Spediteur verwendet, handelt nicht nur besonders gedankenlos, wenn er zu seinem Verhalten ausführt, er habe sich dabei nichts (Böses) gedacht und den Symbolgehalt des Stempels nicht erkannt. Die von dem Kläger eingeräumte Tatsache, er habe den Stempel auf einem Flohmarkt in Belgien erworben, stellt ebenso die Frage nach dem Warum wie die weitere Tatsache, dass er den Stempel im Betrieb mitführte. Seine Einlassung hierzu, er habe am Morgen des 07.12.2012 69

eine Jacke angezogen, von der er vergessen habe, dass sich in deren Tasche der Stempel befand, als richtig unterstellt, erklärt nicht, warum der Kläger an seinem Arbeitsplatz der Jackentasche den Stempel entnahm und ihn dem Zeugen H1 vorführte. Der Kläger hätte den Stempel schlicht in der Jackentasche belassen können/müssen. Das Vorführen gegenüber dem Spediteur lässt sich allein mit einem (Besitzer-)Stolz erklären („ob er einen solchen Stempel schon einmal gesehen habe“). Wenn das Verhalten des Klägers somit nicht nur gedankenlos war, lässt es letztlich eine Einstellung erkennen, die zwar nicht offen, wohl aber verdeckt durchscheinen lässt, dass er mit der Verwendung nationalsozialistischer Kennzeichen bzw. Symbole keine durchgreifenden persönlichen Probleme hat. Eine solche Einstellung ist in hohem Maße verwerflich, verharmlost das NS-Regime und verhöhnt dessen Millionen von Opfern. Das, auch wenngleich nur einmalige Verhalten, stellt eine schwere Pflichtverletzung des Klägers dar. Denn der Kläger hätte leicht erkennen können, dass die Beklagte sein Verhalten wegen der Gefahr der Verbreitung des gestempelten Papiers bei ihren (internationalen) Kunden und mit den daraus resultierenden Rufschädigungen nicht hinnehmen würde.

4. Der Beklagten war es auch unter Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalls und der gebotenen Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis noch bis zum Ablauf der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist des tariflich ordentlich nicht mehr kündbaren Klägers fortzusetzen. 70

a) Zugunsten des Klägers war insbesondere das seit August 1971 bei der Beklagten bestandene Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen. Auch waren in Betracht zu ziehen die Unterhaltspflicht gegenüber seiner Ehefrau und seine Behinderung mit einem Grad von 40 bei Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen. Ebenso war die Tatsache, dass der Kläger mit 56 Jahren auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr leicht vermittelbar sein dürfte, zu sehen. 71

b) Demgegenüber war – mit der Schwerbehinderung des Klägers nicht in Verbindung stehend – die Verwendung des Stempels mit dem Aufdruck „Waffen SS Berlin“ als besonders schwerwiegende Pflichtverletzung zu bewerten. Sie ist nicht nur geschmacklos, sondern – wie ausgeführt – in hohem Maße verwerflich. Wer mit einem gewissen Stolz den von ihm erworbenen Stempel im Betrieb seines Arbeitgebers Dritten gegenüber präsentiert, mag – wie das Erstgericht ausgeführt hat – zwar keine gefestigte verfassungsfeindliche Einstellung haben, nimmt – und sei es aus allerdings nicht nachvollziehbarer grober Leichtfertigkeit – jedoch billigend in Kauf, dass Dritte von der erfolgten Stempelung Kenntnis erlangen und die Beklagte mit nationalsozialistischem Gedankengut in Verbindung bringen. Dritter war insofern bereits der Zeuge H1. Dass eine Weitergabe der gestempelten Unterlagen dann auch tatsächlich an einen Kunden der Beklagten, nämlich die W1 E1 GmbH, erfolgte, hat der Zeuge H1 in seiner Vernehmung deutlich bekundet. Wenngleich das Vorbringen der Beklagten, der Geschäftsführer der W1 E1 GmbH habe umgehend am 08.12.2011 bei ihr angerufen und sich über die Stempelung von Lieferscheinen mit einem Stempel der „Waffen SS Berlin“ beschwert, von dem Kläger bestritten ist, zeigt es zumindest die geschäftsschädigenden Gefahren, die der Beklagten durch das Verhalten des Klägers ganz konkret drohen. Zu berücksichtigen ist schließlich zugunsten der Beklagten, dass diese ihre Produkte weltweit vertreibt. Die Verwendung nationalsozialistischer Zeichen würde unter Berücksichtigung des in der Stahlbranche erheblichen internationalen Wettbewerbsdrucks die Geschäftsbeziehungen der Beklagten, etwa zu Kunden in Israel und den USA, schwer gefährden, wenn nicht sogleich beenden. Bei der gegebenen Gefährdung des Rufs und der Geschäftsbeziehungen kam es entscheidungserheblich nicht mehr darauf an, ob im Unternehmen der Beklagten – was diese 72

unter Beweis gestellt hat – vier Tage vor dem streitigen Vorfall eine Veranstaltung für ein Engagement gegen Rassismus und Nationalsozialismus durchgeführt worden war.

Das nicht nur geschmacklose Verhalten des Klägers stellt zur Überzeugung der Berufungskammer bereits eine die Leiden von Millionen von Menschen missachtende Provokation erheblichen Ausmaßes dar. Eine zugunsten des Klägers ausgehende Interessenabwägung hätte zudem eine ausgesprochen negative Signalwirkung zur Folge, gerade in Zeiten eines durchaus erneut stark auftrumpfenden Rechtsradikalismus in Deutschland. 73

II. 74

Die Beklagte hat die außerordentliche Kündigung vom 23.12.2011 unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt. 75

Gemäß § 626 Abs. 2 BGB kann die Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Fristbeginn ist der Zeitpunkt, in dem der Kündigende von den maßgeblichen Kündigungstatsachen (positive) Kenntnis erlangt. 76

Die dem Kläger am 23.12.2011 zugegangene Kündigung, die die Beklagte mit dem Vorfall vom 07.12.2011 begründet hat, hält die Frist des § 626 Abs. 2 BGB ein. Fristbeginn war, wie das Arbeitsgericht zutreffend angenommen hat, der 12.12.2011, der Tag, an dem sie nach der am 08.12.2011 erhaltenen Kundenbeschwerde die zügig durchgeführten Ermittlungen mit der Anhörung des Klägers abschloss. 77

III. 78

1. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 23.12.2011 ist nicht wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam. 79

Eine fehlerhafte Anhörung des Betriebsrats führt zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG (st. Rspr., vgl. nur BAG 23.02.2012 – 2 AZR 773/10, NZA 2012, 992; BAG 09.06.2011 – 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342). Fehlerhaft ist die Anhörung, wenn der Arbeitgeber seiner gesetzlichen Mitteilungspflicht gegenüber dem Betriebsrat nicht ausreichend nachkommt. Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmervertretung sämtliche Gründe mitzuteilen, die aus seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Der Betriebsrat muss hierdurch in die Lage versetzt sein, ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen. Allerdings ist es vom Arbeitgeber nicht verlangt, dem Betriebsrat Tatsachen mitzuteilen, die diesem bekannt sind. Was der Betriebsrat weiß, braucht ihm nicht mehr mitgeteilt zu werden (BAG 11.12.2003 – 2 AZR 536/02, EzA § 102 BetrVG 2001 Nr. 5). 80

2. Neben der schriftlichen Anhörung vom 12.12.2011 (Bl. 37, 38 d.A.) fand zeitlich dieser vorhergehend eine Anhörung des Klägers im Beisein des Betriebsratsvorsitzenden, der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen, einer Mitarbeiterin der Personalabteilung und des Vorgesetzten des Klägers statt. Gesprächsgegenstand war der streitige Stempelvorgang. Da der Betriebsratsvorsitzende in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 14.12.2011 (Bl. 38 d.A.) ausführt, der Kläger habe „in diesem Gespräch zugegeben, den Stempel auf den Lieferschein gemacht zu haben“, ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass in der mündlichen Anhörung des Klägers es jedenfalls Gesprächsgegenstand war, ob der Kläger den Stempel auf einen Lieferschein aufdrückte. Soweit der Kläger nach wie vor bestreitet gewusst zu haben, dass es sich insoweit um die 81

Rückseite eines Lieferscheins handelte, ist dies für die Frage der Rechtswirksamkeit der Anhörung des Betriebsrats bedeutungslos.

Weitere Gründe, die zur Unwirksamkeit der Anhörung zu führen geeignet wären, waren nicht erkennbar. 82

3. Ob und inwieweit die Anhörung des Betriebsrats zu der weiteren hilfsweise außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit vom 03.01.2012 ordnungsgemäß i.S.d. BetrVG war, konnte unentschieden bleiben, da das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 23.12.2011 aufgelöst war. 83

IV. 84

Die außerordentliche Kündigung vom 23.12.2011 verstößt schließlich nicht gegen § 91 Abs. 2, 5 SGB IX. 85

Mit Antragstellung beim Integrationsamt vom 12.12.2011 wahrte die Beklagte die Zweiwochenfrist des § 91 Abs. 2 SGB IX. Unter dem 22.11.2011 erteilte das Integrationsamt die Zustimmung (vgl. § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX). Die Beklagte erklärte die Kündigung sodann am 23.12.2011, und damit noch innerhalb der Frist des § 91 Abs. 2 SGB IX, § 626 Abs. 2 BGB. Darüber hinaus wäre die Kündigung für den Fall, dass die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB abgelaufen wäre, die streitige Kündigung auch unverzüglich i.S.d. § 91 Abs. 5 SGB IX erfolgt, da die Kündigung dem Kläger noch am 23.12.2011 zuging (vgl. BAG 03.07.1980 – 2 AZR 349/78, BAGE 34, 20; BAG 07.11.2002 – 2 AZR 475/01, NZA 2003, 719). 86

C 87

I. 88

Die Kostenentscheidung zulasten des mit dem Rechtsmittel unterlegenen Klägers folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 89

II. 90

Gesetzliche Gründe, die Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, waren nicht gegeben. 91