

11 Sa 1066/08
37 Ca 13186/07
(ArbG München)

Verkündet am: 05.08.2009

Gapp
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

I. L.

- Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte N. & K.

gegen

B. D.

- Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte L. & W.

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. August 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Obenaus und die ehrenamtlichen Richter Trapp und Scheuerl

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Anschlussberufung der Beklagten hin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 21. Oktober 2008, Az.: 37 Ca 13186/07, dahingehend abgeändert, dass die Klage auf Kosten des Klägers insgesamt abgewiesen wird.**
- 2. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.**
- 3. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.**
- 4. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung vom 21. September 2007 sowie einer weiteren außerordentlichen Arbeitgeberkündigung vom 30. Oktober 2007.

Der am 00.00.1961 geborene Kläger ist seit 1. September 2003 bei der Beklagten im D. P.- und M. in M. zu einer monatlichen Bruttovergütung von zuletzt 4.664,84 € beschäftigt. Er ist Diplom-Ingenieur für Maschinenbau in der Luft- und Raumfahrttechnik und Diplomwirtschaftsingenieur. Seit Beginn des Beschäftigungsverhältnisses bis zum 5. März 2007 hatte er die Stelle des Leiters der des damaligen Referats 4.2.4 (Kosten- und Leistungsrechnung) inne. Ab dem 6. März 2007 wurde er in der Abteilung 4.2 (Haushalt, Kosten- und Leistungsrechnung, Organisation, Statistik, innerer Dienst) als SAP-Fachintegrator eingesetzt. Gemäß Arbeitsvertrag vom 21. Juli 2003 finden auf das Arbeitsverhältnis der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und die diesen ergänzenden, ändernden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträge Anwendung.

Am 20. März 2007 erhielt der Kläger 3 Arbeitsaufträge, denen zufolge er ein Berechtigungskonzept sowie ein Schulungskonzept für die SAP-Nutzung sowie eine Dokumentation der von ihm in seiner Funktion als Referatsleiter „ Kosten- und Leistungsrechnung“ eingesetzten Softwaremodule erstellen sollte. Als Erledigungsfrist wurde der 15. Mai 2007 für die Konzepte und 30. Juni 2007 für die Dokumentation bestimmt. Am 23. März 2007 wandte sich der Prozessvertreter des Klägers an die Beklagte wegen der zeitlichen Vorgaben zur Bewältigung der Aufgaben. Am 15. Mai 2007 schrieb der Vorgesetzte des Klägers diesem eine E-Mail, in der er um Zwischenergebnisse bat, nachdem aufgrund von Verzögerungen bei der Beantwortung von Fragebögen durch andere Mitarbeiter das Schulungs-Konzept noch nicht fertig gestellt war. Bezüglich der Dokumentation wurde der Kläger angewiesen, jeweils nach Fertigstellung der einzelnen Dokumente diese Teilergebnisse vorzulegen. Am 23. Mai 2007 wurde der Kläger zu dem Vorwurf angehört, er habe die Arbeit verweigert, da am 15. Mai 2007 keine Zwischenergebnisse vorgelegen hätten. Ferner wurde er zu dem Vorwurf angehört, er habe die Rücksichtnahmepflicht gegenüber seinem Vorgesetzten verletzt, indem er eine von ihm auf einer Mitarbeiterversammlung abgegebene unzutreffende Einschätzung nicht richtig gestellt habe. Am 24. Mai 2007 stellte der Kläger einen Antrag auf Umsetzung. Am 29. Mai 2007 gab der Kläger ein Schulungskonzept ab, welches mit Nachfrist endgültig zum 21. Juni 2007 abgeschlossen wurde. In der Zeit vom 12. bis 20. Juni 2007 übersandte der Kläger Teile der Dokumentation in Gestalt von PDF-Dateien. Nachdem er es unterlassen hatte, teilweise erforderliche Passwörter bekannt zu geben, war ein vollständiger Zugriff auf diese Dateien durch die Empfänger nicht möglich. Mit Schreiben vom 28. Juni 2007 wurde der Personalrat beim B. der J. zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers angehört. Am 5. Juli 2007 erhob der Hauptpersonalrat Einwendungen. Am 28. August 2007 erfolgte eine Erörterung der Einwände. Mit Schreiben vom 21. September 2007 kündigte die Beklagte das bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Dezember 2007.

Bereits am 5. Juli 2007 hatte es zwischen dem Kläger und seinem Vorgesetzten sowie der EDV-Fachabteilung eine E-Mail-Kommunikation über die dem Kläger eingeräumten Zugangsrechte zum EDV-System gegeben. Am 13. Juli 2007 wurde der Kläger darüber informiert, dass er auf bestimmte Teile der EDV nur beschränkt Zugriffsrechte habe. Am 12. September 2007 verwendete der Kläger ein fremdes Passwort, um Zugriff auf bestimmte Daten zu erhalten. Von diesem Vorgang erhielt die Fachabteilung am 14. September 2007 Kenntnis. Auf entsprechende Aufforderung hin nahm der Kläger hierzu

am 17. September 2007 Stellung. Unter dem Betreff: „Manipulationen im SAP System des DPMA“ fasste der Leiter des Referats 2.4.1 mit Vermerk vom 26. September 2007 das Ergebnis seiner diesbezüglichen Ermittlungen zusammen. Am 27. September 2007 wurden zu dem Vorgang Zeugen angehört. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2007 wurde das B. für J. als für den Kläger zuständige Personalstelle von dem Vorgang informiert. Das B. für J. forderte weitere Ermittlungen an. Diese wurden dem M. mit Schreiben vom 11. Oktober 2007 zugeleitet. Mit Schreiben vom selben Tag wurde dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme zu den erhobenen Vorwürfen bis 15. Oktober 2007 eingeräumt. Auf Wunsch des Klägers wurde diese Frist bis 19. Oktober 2007 verlängert. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2007 wurde der Personalrat angehört. Dieser nahm mit Schreiben vom 29. Oktober 2007 Stellung. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2007, das dem Kläger am 2. November 2007 zuzuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger außerordentlich. Die Beklagte erstattete außerdem Strafanzeige gegen den Kläger wegen der Datenveränderung.

Mit seiner beim Arbeitsgericht München am 25. September 2007 eingegangenen Klage vom 24. September 2007 hat der Kläger die gerichtliche Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 21. September 2007 nicht aufgelöst worden ist. Mit zunächst unter dem Az.: 37 Ca 15796/07 eingetragener dem vorliegenden Verfahren mit Beschluss vom 13.12.2007 hinzuverbundener Klage vom 19. November 2007, die beim Arbeitsgericht München am 20. November 2007 eingegangen ist, hat der Kläger die weitere Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30. Oktober 2007 nicht aufgelöst worden ist.

Zur Begründung hat er vorgetragen, beide angegriffenen Kündigungen seien rechtsunwirksam. Die Kündigung vom 21. September 2007 sei nicht sozial gerechtfertigt im Sinn von § 1 KSchG. Die Kündigung vom 30. Oktober 2007 sei rechtsunwirksam, weil es an einem wichtigen Grund im Sinne von § 626 Absatz 1 BGB fehle und im Übrigen die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Absatz 2 BGB nicht gewahrt sei.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 21.09.2007 nicht aufgelöst wird.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 30.10.2007 nicht aufgelöst wurde.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert, die ordentliche Kündigung sei erfolgt, weil der Kläger seine Aufgaben, die ihm am 20. März 2007 übertragen worden seien, nicht erledigt habe. Bei einem Gespräch am 15. Mai 2007 habe der Kläger auf Nachfrage nach Zwischenergebnissen auf seinen eigenen Kopf gedeutet und gesagt, die Ergebnisse seien „da drin“. Der Aufgabe, ein Berechtigungskonzept zu erstellen, sei der Kläger nicht nachgekommen. Entgegen seiner Auffassung habe er hierzu keine weiteren Zugriffsrechte auf das System gebraucht. Der für ihn nur zum Teil bestehende lesende Zugriff habe ausgereicht. Gleichwohl habe der Kläger eine brauchbare fertige Dokumentation nicht vorgelegt. Er habe zwar die eingeforderten Teilergebnisse übersandt. Diese seien aber mit einem Passwort geschützt gewesen. Auf mehrmalige Aufforderung, das Passwort bekannt zu geben, damit man die Makros der betreffenden Excel-Dateien habe öffnen können, habe der Kläger nicht reagiert.

Die Beklagte trägt weiter vor, die außerordentliche Kündigung sei wegen des Verdachts ausgesprochen worden, dass der Kläger am Arbeitsplatz-Computer eine strafbare Datenänderung zum Nachteil der Beschäftigungsbehörde begangen habe. Dies sei geschehen, indem er sich am 12. September 2007 unrechtmäßig die unbeschränkten Zugriffsrechte im Qualitätssicherungssystem über den Umweg der Benutzerkennung eines unbeteiligten Mitarbeiters beschafft habe. Der Kläger habe vor seiner Umsetzung als Leiter der Kostenstelle vollen Zugriff in allen SAP-Systemen gehabt. Diese umfangreichen Zugriffsrechte seien nach seiner Umsetzung nicht mehr notwendig gewesen. Der Vorgesetzte des Klägers habe daher eine Änderung in den Zugriffsrechten vornehmen lassen. Infolgedessen habe der Kläger nur in einem Teil des Systems vollen Zugriff gehabt und in den anderen Bereichen lediglich lesenden Zugriff. Hierüber sei der Kläger am 13. Juli 2007 informiert worden. Am 14. September 2007 sei einem Mitarbeiter aufgefallen, dass der Kläger Manipulationen vorgenommen habe, nachdem sich der Kläger zuvor über unzureichende Nutzungsrechte beschwert gehabt habe.

Der Kläger hat erwidert, von Seiten der Beklagten habe man durch fehlende SAP-Zugriffe zu verhindern versucht, dass er seinen Auftrag zur Erstellung eines Berechtigungskonzeptes erledigen könne. Mit lediglich lesendem Zugriff im Qualitätssicherungssystem (Q-System) habe man den Auftrag nicht erledigen können. Er selbst habe sich am 14. September 2007 über fehlende Zugriffsrechte beschwert. Die Veränderung des User-Accounts habe der Sache nach lediglich ein Zurücksetzen auf den Zustand vor dem 28. Juni 2007 bedeutet, als er, der Kläger, noch ungehindert am

Berechtigungskonzept habe arbeiten können. Diese Veränderungen seien notwendigerweise im Rahmen der Erstellung des Berechtigungskonzeptes erfolgt. Eine Störung des Betriebes habe dadurch nicht stattgefunden.

Der Kläger hat weiter vorgetragen, das SAP-Schulungskonzept sei nicht fristgerecht erledigt worden, da eine hierfür notwendige Schulung erst in der Zeit vom 2. bis 4. Mai 2007 erfolgt sei. Nach Abschluss der Schulung habe er noch sechs Arbeitstage bis zur Abgabefrist Zeit gehabt. Die Aufgabe selbst beanspruche drei bis vier Monate. Auch die Fragebögen seien von den Fachabteilungen verspätet zurückgekommen. Das Schulungskonzept selbst habe er mit einem Verzug von nur 2 Wochen abgegeben. Der Aufforderung, am 15. Mai 2007 schriftliche Zwischenergebnisse abzuliefern, sei für ihn überraschend gewesen. Eine Übergabe von Stoffsammlungen sei nicht praktikabel gewesen. Der Zwischenstand habe nämlich lediglich elektronisch und nicht in ausgedruckter Form existiert. Am 29. Juni 2007 habe er, der Kläger, die 87-seitige Dokumentation in ausgedruckter Form an den Haushaltsreferenten übergeben. Die Zwischenergebnisse der Dokumentation habe er per E-Mail versandt. Die Speicherversion sei durch Passwörter gegen Selbstzerstörung geschützt gewesen. Die vorgelegte Dokumentation biete einem erfahrenen Excel-Programmierer auf fortgeschrittenem Wissensniveau eine strukturierte Übersicht. Vermutlich sei die Dokumentation nie einem solchen vorgelegt worden.

Bezüglich des weiteren erstinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf die von diesen gewechselten Schriftsätze ergänzend Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Endurteil vom 21. Oktober 2008, das dem Kläger am 5. November 2008 zugestellt wurde, dahingehend teilweise stattgegeben, dass festgestellt wurde, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 30. Oktober aufgelöst worden ist. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung vom 30. Oktober 2007 sei wegen Nichteinhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB rechtsunwirksam. Der Vorfall, der der Kündigung zugrunde gelegen habe, habe sich am 12. September 2007 ereignet. Die EDV-Fachabteilung habe hiervon am 14. September 2007 erfahren und am 26. September 2007 dem Personalreferat der Beschäftigungsbehörde berichtet. Auch wenn

man davon ausgehe, dass erst der Tag der Mitteilung an das B. (1. Oktober 2007) als Tag der Kenntnisnahme des zur Kündigung Berechtigten gelte, so sei die Zeit bis 11. Oktober 2007 als Dauer für die Nachermittlungen zu lang. Die Anhörung des Klägers sei erst ab 11. Oktober 2007 erfolgt. Nachdem der Kläger bereits am 17. September 2007 auf den Vorfall angesprochen worden sei, habe er darauf vertrauen können, dass dies nicht mit einer außerordentlichen Kündigung erst vier Wochen später sanktioniert werde. Auch Ermittlungen führten nicht dazu, dass die Erklärungsfrist sich dermaßen verlängere.

Die ordentliche Kündigung vom 21. September 2007 sei aus verhaltensbedingten Gründen im Sinn von § 1 Abs. 1 Satz 2 KSchG sozial gerechtfertigt und damit wirksam. Der Kläger habe nämlich schuldhaft einen arbeitsvertraglichen Pflichtverstoß begangen, indem er in der Zeit zwischen 12. und 20. Juni 2007 Teilergebnisse der angeforderten Dokumentation vorgelegt habe, die auf Grund eines Passwortschutzes von den Empfängern nur teilweise hätten geöffnet werden können. Trotz dreimaliger Aufforderung durch E-Mail, das erforderliche Passwort bekannt zu geben, habe er nicht reagiert. Das Übersenden von Teilergebnissen, die nicht vollständig lesbar seien, komme letztlich einer Arbeitsverweigerung gleich. Der Kläger sei wegen gleichartigen Verhaltens auch bereits abgemahnt worden. Der abgemahnte Vorfall habe zwar keinen besonders gravierenden Pflichtverstoß zum Gegenstand gehabt. Die Abmahnung sei jedoch ausreichend geeignet gewesen, dem Kläger seine vertraglichen Pflichten vor Augen zu führen. Gegen die Klageabweisung wendet sich der Kläger mit seiner am 5. Dezember 2008 beim Landesarbeitsgericht München eingegangenen Berufung vom 3. Dezember 2008, die er mit Schriftsatz vom 5. Februar 2009, der am selben Tag beim Landesarbeitsgericht eingegangen ist, begründet hat.

Der Kläger macht geltend, das Arbeitsgericht sei unter Verkennung der Regelungen der Darlegungs- und Beweislast bei verhaltensbedingten Kündigungen sowie unter fehlerhafter Subsumtion zu der unzutreffenden Feststellung gelangt, die ordentliche Kündigung vom 21. September 2007 sei sozial gerechtfertigt. Bei Würdigung aller Umstände habe das Gericht zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Klage in vollem Umfang stattzugeben sei.

Der Kläger beantragt:

1. Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 21.10.2008, Az. 37 Ca 13186/07, wird aufgehoben, soweit die Klage abgewiesen wurde.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch durch die Kündigung der Beklagten vom 21.09.2007 sowie durch ordentliche Kündigung vom 30.10.2007 nicht aufgelöst wurde.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits beider Rechtszüge.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus, das Arbeitsgericht habe die Kündigung vom 21. September 2007 zu Recht als unwirksam angesehen und die Klage insoweit abgewiesen.

Mit ihrer am 9. April 2009 beim Landesarbeitsgericht München eingegangenen Anschlussberufung vom selben Tag begehrt die Beklagte die Abänderung des Ersturteils dahin gehend, dass die Klage in vollem Umfang abgewiesen wird.

Zur Begründung führt sie aus, die Entscheidung des Arbeitsgerichts München hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung vom 30. Oktober 2007 sei fehlerhaft. Die Ausführungen zur Kündigungserklärungsfrist seien zum einen rechtsfehlerhaft und beruhten zum anderen auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage. Das Arbeitsgericht gehe zunächst zutreffend davon aus, dass es für den Beginn der Zweiwochenfrist auf die Kenntnis des B. ankomme. Das M. müsse sich auch nicht die Kenntnis des Referats bzw. des EDV-Fachreferats beim P. vom Kündigungssachverhalt zurechnen lassen.

Nachdem das B. erstmals am 1. Oktober 2007 über den für eine außerordentliche Kündigung des Klägers relevanten Sachverhalt unterrichtet worden sei, habe es innerhalb von nur einer Woche den übermittelten Sachverhalt selbst ermittelt, binnen der gleichen Woche sowohl die sich aus der Prüfung des übermittelten Sachverhalt ergebenden erforderlichen weiteren fachlichen Ermittlungen als auch die schriftliche Anhörung des Klägers veranlasst, um sich die für eine abschließende Beurteilung des Sachverhalts erforderliche Kenntnis zu verschaffen. Da es sich um einen komplexen Sachverhalt gehandelt habe, bei dem auch das zuständige EDV-Fachreferat der Beklagten habe

hinzugezogen werden müssen, sei die Zweiwochenfrist zunächst bis zum 1. Oktober 2007 gehemmt gewesen. Eine weitere Hemmung habe sich aus der Anhörung des Klägers ergeben. Diese sei – durch das Fristverlängerungsgesuch des Klägers bedingt – erst am 19. Oktober 2007 abgeschlossen gewesen. Es sei auch unzutreffend, wenn das Arbeitsgericht darin, dass der Kläger bereits am 17. September 2007 auf den Vorfall angesprochen worden sei, eine Anhörung sehe. Dies sei durch das Referat 2.4.1 geschehen, das allein für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und Nutzbarkeit der SAP-Systeme zuständig sei.

Die Beklagte trägt weiter vor, die streitgegenständliche fristlose Kündigung sei auch durch einen wichtigen Grund im Sinn von § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

Der Kläger habe eigenmächtig und entgegen seiner seit dem 13. Juli 2007 bestehenden Berechtigung eigene Zugriffsberechtigungen im SAP-System der Beklagten erweitert und sich vollständige Lese- und Schreib-Rechte am Qualitätssicherungssystem verschafft. Dabei habe er die berechtigten Interessen der Beklagten an einer Beschränkung der Nutzungsrechte ignoriert. Darüber hinaus habe er vorsätzlich gegen bestehende Sicherheitsvorgaben verstoßen und den Eindruck erweckt, sein Arbeitskollege Herr Dr. M. habe unerlaubte Manipulationen am Computersystem des DPMA vorgenommen. Das Verhalten des Klägers habe den Verdacht einer Straftat gemäß § 303 a StGB, strafbare Datenveränderung zulasten der Beklagten, begründet. Danach mache sich strafbar, wer rechtswidrig Daten verändere. Hierzu zähle jede Form inhaltlicher Umgestaltung fremder Daten. Die Änderung von Benutzerprofilen stelle eine solche Umgestaltung fremder Daten dar. Diese sei auch rechtswidrig, weil der Kläger unstreitig weder zur Änderung seines eigenen noch des Benutzerprofils seines Arbeitskollegen Herrn Dr. M. berechtigt gewesen sei. Gleichzeitig habe der dringende Verdacht bestanden, dass der Kläger durch sein Verhalten das Sicherheitsbedürfnis der Beklagten beeinträchtigt und dadurch in schwerwiegender Weise seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt habe. Vorliegend habe sich der Kläger unberechtigterweise schreibenden Zugriff auf das Modul „Qualitätssicherung“ im SAP-System der Beklagten verschafft. Damit habe er schreibenden Zugriff auf Daten des Rechnungswesens, des Controlling sowie der Anlagenbuchhaltung nehmen können. Erschwerend komme hinzu, dass dem Kläger ja gerade die Aufgabe übertragen worden gewesen sei, ein Berichtungskonzept für die Nutzer des SAP-Systems zu erstellen. Schließlich werde die außerordentliche Kündigung darauf gestützt, dass der Kläger seine Zugangsberechtigung nicht über sein eigenes

Konto, sondern über das Benutzerkonto seines Arbeitskollegen geändert und hierdurch vorsätzlich den Eindruck erweckt habe, der Arbeitskollege habe unerlaubte Manipulationen am Computersystem der Beklagten vorgenommen. Eine Abmahnung sei entbehrlich gewesen, nachdem für den Kläger ohne Weiteres erkennbar gewesen sei, dass sein Verhalten rechtswidrig gewesen sei und er eine Hinnahe durch den Arbeitgeber nicht habe erwarten können. Ein berechtigtes Interesse der Beklagten an einer fristlosen Kündigung folge auch daraus, dass die Beklagte gegenüber der Personalvertretung verpflichtet sei, alles Mögliche zu tun, damit Manipulationen durch Mitarbeiter mit entsprechenden Zugriffsrechten nicht vorkämen.

Die Beklagte beantragt:

das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 21. Oktober 2008 (Az.: 37 Ca 13186/07) dahin abzuändern, dass die Klage in vollem Umfang abgewiesen wird.

Der Kläger beantragt,

die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Zur Begründung führt er aus, die streitgegenständliche Kündigung sei schon deshalb rechtsunwirksam, weil die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt sei. Die Anhörung seiner Person habe innerhalb einer Frist von einer Woche durchgeführt werden müssen. Im Zusammenhang mit dem Beginn der Kündigungserklärungsfrist sei eine Wissenszurechnung vorzunehmen, beispielsweise das Wissen eines Dritten wie eines Vorgesetzten des gekündigten Arbeitnehmers oder auch gegebenenfalls der maßgeblich bearbeitenden Personalabteilung, wenn es die Stellung des Dritten im Betrieb erwarten lasse, dass er den Kündigungsberechtigten über den Kündigungssachverhalt unterrichten werde und das Unterbleiben der Unterrichtung oder deren Verzögerung auf einem Organisationsverschulden des Arbeitgebers beruhe. Vorliegend sei davon auszugehen, dass eine mangelhafte Organisation für die unzweifelhaft vorliegenden Verzögerungen ursächlich gewesen sei und dass der Beklagten auch eine andere Organisation zumutbar gewesen wäre. Selbst noch nach Eingang der nochmaligen Stellungnahme des Klägers im Rahmen seiner Anhörung mit dem als Fax bereits am 18.

Oktober 2007 übersandten Schreiben seien erneut mehr als 14 Tage vergangen, bis ihm, dem Kläger, dann die fristlose Kündigung am 2. November 2007 zugegangen sei.

Zum Vorliegen eines wichtigen Grunds für die Kündigung führt der Kläger aus, er habe am 12. September 2007 nachmittags lediglich Analysetätigkeiten an seinem Benutzer-Account im SAP-Test-System vorgenommen. Diese seien erforderlich gewesen, weil sich kurz zuvor im SAP-Test-System gezeigt habe, dass die Beklagte ihm offenbar nun doch wieder die nötigen umfänglicheren Berechtigungen habe zubilligen wollen. Er habe die Analyse selbst in Angriff nehmen müssen, weil niemand der für ihn zuständigen Ansprechpartner auf Anforderung Auskunft habe erteilen wollen, ob und wann die von ihm am Morgen des 12. September 2007 geforderte Aufhebung der Sperre der Nutzungsmöglichkeiten aufgehoben werde, damit er an seinem Arbeitsauftrag habe weiterarbeiten können. Die Analyse seines Benutzer-Accounts habe einzig dem Versuch gedient, ihm Klarheit über den Stand seiner Benutzerrechte zu verschaffen. Er habe die Analyse vor dem Hintergrund durchgeführt, dass eine andere Vorgehensweise nicht möglich oder ihm zumindest nicht bekannt gewesen sei. Dass die Vorgehensweise im Echtbetrieb Grundlage sein könne für die von der Beklagten unterstellten Aktivitäten und Motivationen könne dahingestellt bleiben. Hier handele es sich aber allein um ein vom Echtbetrieb entkoppeltes Testsystem. Dass er bei seiner Analyse gegen bestehende Regelungen oder vorsätzlich im strafbaren Sinn gehandelt haben sollte, scheidet schon deshalb aus, weil es keine festgeschriebenen Regelungen im Patentamt gegeben habe, wie er sich als Fachintegrator zu verhalten gehabt habe. An bestehende Regelungen nicht gehalten habe sich allenfalls sein Vorgesetzter, als er einseitig entschieden habe, notwendige Berechtigungen einzuschränken. Aufgrund der Stellenbeschreibung seines Dienstpostens habe er zum Nutzen des Dienstherrn und mangels anderer konkret festgelegter Rahmenbedingungen davon ausgehen dürfen, dass ihm in dem unproblematischen SAP-Test-System die notwendigen Arbeitsbedingungen eingeräumt würden. Das bedeute, dass ihm als Beauftragtem für das Berechtigungskonzept im Zweifel zu Testzwecken im SAP-Test-System die gleichen Zugriffsrechte wie einem SAP-Basis-Administrator des entsprechenden EDV-Referats hätten eingeräumt werden müssen. Durch die Übernahme des Arbeitsauftrags und damit einer eigentlich typischen Tätigkeit eines SAP-Basis-Administrators sei ihm als SAP-Fachintegrator der gleiche Schutz vor § 303 StGB bzw. die gleiche Rechtfertigung wie eben einem SAP-Basis-Administrator einzuräumen. Ein SAP-Benutzer müsse darauf vertrauen dürfen, nichts Unrechtes zu tun, wenn er zur Verfügung stehende Funktionen benutze, zumal wenn sie

zu seinem Arbeitsgebiet gehörten, wie es hier vorliegend der Fall sei. Es sei richtig zu stellen, dass der Kläger im SAP-Test-System keinerlei Manipulationen bzw. relevante Änderungen irgendwelcher Art vorgenommen habe. Er habe sich lediglich Einsicht in sein Benutzerprofil verschafft. Es möge der Eindruck bestehen, dass er etwas vorschnell und unüberlegt gehandelt habe, als er sich kurzum die Einsichtsmöglichkeit in sein Benutzerprofil verschafft habe, ohne vorher noch einmal bei der SAP-Basis-Administration nachzufragen. Es sei aber zu berücksichtigen, dass er aufgrund der durch die SAP-Sperre verursachten Verzögerung des Fertigstellungstermins, ferner durch die Ankündigung der erklärten Kündigungsabsichten in Panik gewesen sei, noch weitere Zeit zu verlieren und dass er die noch notwendigen Gestaltungsarbeiten nun unbedingt habe beginnen müssen.

Der Kläger trägt weiter vor, die außerordentliche Kündigung sei bereits aus formellen Gründen, nämlich gemäß § 174 BGB rechtsunwirksam. Die Kündigung sei unwirksam, weil er unverzüglich die fehlende Vollmacht des die Kündigung Erklärenden gerügt habe. Die Beklagte betone, dass der Präsident lediglich als Vertreter der personalsachbearbeitenden Stelle anzusehen, jedoch nicht von einer Kündigungsberechtigung auszugehen sei. Die ihm am 2. November 2007 zugegangene Kündigungserklärung habe er unverzüglich, das heißt mit Faxschreiben vom 7. November 2007, als unwirksam zurückweisen lassen.

Die Beklagte erwidert, eine Überprüfung der eigenen Benutzerrechte habe der Kläger ohne weiteres herbeiführen können, indem er sich mit der SAP-Basis in Verbindung gesetzt und diese dort erfragt hätte und zwar ohne sich dabei des Benutzerkontos eines Kollegen zu bemächtigen, dessen Passwort zu ändern und anschließend seine eigenen Benutzerrechte im SAP-System zu erweitern. Es sei auch unzutreffend, dass es keine festgeschriebenen Regelungen im P. M. gegeben habe. Allein schon der Umstand, dass der Kläger selbst bestimmte Berechtigungen nicht gehabt habe, wohl aber Herr M., sei eine solche Regelung bzw. Festlegung. Demgegenüber scheine es der Kläger völlig normal zu finden, Passwörter anderer Benutzer eigenmächtig ohne deren Einverständnis zu ändern, sich deren Benutzerkonten zu bemächtigen und sich sodann unter dem Deckmantel einer fremden Benutzerkennung schreibenden Zugriff auf höchst sensible Daten zu verschaffen.

Die Beklagte habe dem Kläger allein deshalb keinen schreibenden Zugriff verschafft, weil ein solcher zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht notwendig sei und die zum Teil höchst

sensiblen Daten in einem Computersystem vor entsprechenden Zugriffen hätten geschützt werden müssen. Selbst wenn dies anders gewesen sein sollte, habe der Kläger diese Beschränkung schlichtweg zu respektieren gehabt und habe nicht eigenmächtig Manipulationen am Computersystem der Beklagten vornehmen dürfen.

Zur Frage der Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 174 BGB erwidert die Beklagte, § 174 Satz 1 BGB sei nicht anwendbar, weil der Präsident des P. nicht aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht tätig werde. Eine Zurückweisung sei zudem gemäß § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen, weil der Kläger gewusst habe, dass der Präsident des D. P. entsprechende Erklärungen im Außenverhältnis abgeben dürfe. Schließlich sei sein Arbeitsvertrag auch durch den Präsidenten des P. unterzeichnet worden. Darüber hinaus sei der Kläger bereits bei seiner Einstellung darüber informiert worden, dass Einstellungs- und Entlassungsentscheidungen intern der Zustimmung des B. der J. bedürften und sodann extern durch das D. P. M. umgesetzt würden.

Hierzu erwidert der Kläger, auch wenn § 174 BGB nicht eröffnet sei, müsse sich die Vertretungsmacht aus einer anderen rechtlichen Grundlage ergeben, die auch nach den Ausführungen der Beklagten vorliegend noch nicht erkennbar sei. Zudem sei hier nicht die Kündigungserklärung des Präsidenten zurückgewiesen worden, sondern die außerordentliche Kündigungserklärung mit einem vom Vizepräsidenten unterzeichneten Schreiben, das dieser ausdrücklich in Vertretung unterzeichnet habe. Es sei daher unerheblich, dass der Anstellungsvertrag durch den Präsidenten unterzeichnet worden sei. Es bleibe immer noch ungewiss und sei zu bestreiten, dass gerade diese Kündigung mit der notwendigen Zustimmung des B. erfolgt sei und auch überhaupt ein wie auch immer geregelter Vertretungsfall vorgelegen habe.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Berufung

1.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft nach § 64 Abs. 1 und 2 c) ArbGG und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in der gesetzlichen Form und der vorgeschriebenen Frist eingelegt und begründet worden (§§ 11 Abs. 2 ArbGG, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 519 Abs. 2, 520 Abs. 3 ZPO, § 66 Abs. 1 Sätze 1,2,5 ArbGG i.V.m. § 222 ZPO).

2.

Die Berufung des Klägers ist unbegründet.

Die gegen die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung gerichtete Feststellungsklage ist unbegründet und damit abzuweisen, weil wegen der Beendigungswirkung der außerordentlichen Kündigung vom 30. Oktober 2007 – dazu unten unter II. – im vorgesehenen Beendigungszeitpunkt kein kündigungsfähiges Arbeitsverhältnis mehr bestanden hat.

Das Vorliegen eines kündigungsfähigen Arbeitsverhältnisses im in der Kündigung vorgesehenen Beendigungszeitpunkt – hier dem 31.12.2007 – ist Voraussetzung der Begründetheit einer Kündigungsschutzklage. Gegenstand einer Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine konkrete, mit dieser Klage angegriffenen Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin (sogenannter punktueller Streitgegenstandsbegriff). Voraussetzung für die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden ist, ist der Bestand eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der mit der Kündigung beabsichtigten Beendigung des Rechtsverhältnisses (BAG Urt. vom 16.6.2005, NZA 2005, 1011). An dieser Voraussetzung fehlt es hier, so dass unbeschadet der erstinstanzlich bejahten Frage, ob die Kündigung vom 21. September 2007 sozial gerechtfertigt ist, die Klage abzuweisen ist.

II. Anschlussberufung

1.

Die Anschlussberufung ist zulässig. Sie ist statthaft nach § 64 Abs. 1 und 2 c) ArbGG und auch im Übrigen zulässig, insbesondere in der gesetzlichen Form und der vorgeschriebenen Frist eingelegt und begründet worden (§§ 11 Abs. 2 ArbGG, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 524 Abs. 3; 519 Abs. 2, 520 Abs. 3 ZPO; §§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG; 524 Abs. 2 ZPO; 66 Abs. 1 Sätze 3, 5 ArbGG i.V.m. § 222 ZPO).

2.

Die Anschlussberufung ist begründet. Das Arbeitsverhältnis ist durch die außerordentliche Kündigung vom 30. Oktober 2007, zugegangen am 2. November 2007, wirksam beendet worden, so dass das Urteil des Arbeitsgerichts dahin gehend abzuändern ist, dass die Klage insgesamt abgewiesen wird.

a) Ein wichtiger Grund im Sinne der Generalklausel des § 54 Abs. 1 BAT sowie des inhaltsgleichen § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung liegt dann vor, wenn Tatsachen gegeben sind, 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 Frist für eine ordentliche Kündigung nicht zugemutet werden kann. Damit wird der wichtige Grund durch die objektiv vorliegenden Tatsachen bestimmt, die an sich geeignet sind, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen. Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB ist deshalb jeder Sachverhalt, der objektiv das Arbeitsverhältnis mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belastet (vgl. BAG AP Nrn. 4, 42, 63 zu § 626 BGB).

Die danach zu berücksichtigenden Umstände müssen nach verständigem Ermessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar erscheinen lassen (BAG AP-Nr. 4 zu § 626 BGB).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Kammer zu der Auffassung gelangt, dass die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung gegeben sind.

aa) Die Beklagte hat – ohne dass der Kläger dem in der Sache entgegengetreten ist – vorgetragen, dass der Kläger eigenmächtig und entgegen seiner seit dem 13. Juli 2007 bestehenden Berechtigung eigene Zugriffsberechtigungen im SAP-System der Beklagten erweitert und sich vollständige Lese- und Schreib-Rechte am Qualitätssicherungssystem verschafft hat. Dabei hat er die berechtigten Interessen der Beklagten an einer Beschränkung der Nutzungsrechte ignoriert. Darüber hinaus hat er den Eindruck erweckt, sein Arbeitskollege Herrn Dr. M. habe unerlaubte Manipulationen am Computersystem des DPMA vorgenommen. Er hat in rechtswidriger Weise Benutzerprofile umgestaltet, weil er unstreitig weder zur Änderung seines eigenen noch des Benutzerprofile seines Arbeitskollegen Herrn Dr. M. berechtigt gewesen ist. Der Kläger hat sich unberechtigterweise schreibenden Zugriff auf das Modul „Qualitätssicherung“ im SAP-System der Beklagten verschafft. Damit hat er schreibenden Zugriff auf Daten des Rechnungswesens, des Controlling sowie der Anlagenbuchhaltung nehmen können. Indem der Kläger nach Art eines „Hackers“ sich hier Zugriffsrechte auf das EDV-System verschaffte, die ihm von der Beklagten nicht eingeräumt worden waren, hat er in schwerwiegender Weise gegen seine arbeitvertraglichen Pflichten verstoßen und damit das Vertrauensverhältnis nachhaltig verletzt.

In diesem Zusammenhang kann den Kläger nicht entlasten, dass er der Auffassung war, den von ihm hergestellten Zugang zum System habe er zwingend benötigt, um die ihm gestellte Arbeitsaufgabe erledigen zu können. Selbst wenn dies so gewesen ist, hätte er auf dem in einer Hierarchie üblichen Weg versuchen müssen, sich die erforderliche Genehmigung über seinen Vorgesetzten zu verschaffen. Wenn ihm dies unter Ausnützung der hierfür zur Verfügung stehenden Kommunikationswege nicht möglich gewesen wäre, hätte er die Aufgabe so lösen müssen, wie dies ohne die von ihm beanspruchten Zugangsrechte möglich war. Es hätte ihm freigestanden, die von ihm dann vorgelegten Ergebnisse dahingehend zu erläutern, dass ihm weitergehende Erkenntnisse und Lösungsvorschläge ohne die beanspruchten Zugriffsrechte nicht möglich gewesen seien. Soweit er der Auffassung war, dass die Weisung, die gestellte Aufgabe ohne die von ihm beanspruchten Zugriffsrechte zu lösen, wegen Überschreitung der Grenzen des Direktionsrechts rechtswidrig war, hätte er ggf. gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen können.

Soweit der Kläger behauptet, es habe im P. keine festgelegten Regelungen gegeben, wie er sich als Fachintegrator zu verhalten habe, kann ihn dies nicht entlasten. Mit dieser Einlassung verweigert er, zur Kenntnis zu nehmen, dass die Zuteilung von Zugriffsrechten eine Regelung ist, wie sie deutlicher – deutlicher als jeder verbale hausinterne Runderlass – nicht sein könnte.

bb) Es bedurfte auch keiner vorherigen Abmahnung des Klägers. Diese ist im Arbeitsverhältnis vor Ausspruch einer Kündigung dann nicht erforderlich, wenn der Arbeitnehmer erkennen konnte, dass der Arbeitgeber das Fehlverhalten unter keinen Umständen hinnehmen werde (vgl. BAG NZA 1999, 708; NZA 1999, 1270). Das ist hier der Fall. Eine Abmahnung war im vorliegenden Fall entbehrlich, weil der Kläger nicht davon ausgehen konnte, dass die Beklagte die von ihm vorgenommenen trickreichen Manipulationen am System mit dem Ziel der Verschaffung eines nicht von der Beklagten genehmigten Zugriffsrechts akzeptieren werde. Der Kläger hat auch zu keinem Zeitpunkt den Eindruck vermittelt, dass er sich der Schwere der Pflichtverletzung bewusst ist und dass eine Abmahnung ihn zu einem künftig vertragsgerechten Verhalten bewegen könnte.

cc) Der Beklagten war nicht zuzumuten, den Kläger auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Mit seinem Verhalten hatte dieser das in einem Arbeitsverhältnis unbedingt erforderliche Vertrauensverhältnis irreparabel gestört. Die abschließende Interessenabwägung fällt zu seinen Ungunsten aus. Für ihn spricht, dass in den ersten zweieinhalb Jahren das Arbeitsverhältnis beanstandungsfrei bestanden hat und dass es zu einer konkreten Schädigung der Beklagten nicht gekommen ist.

Die gewichtigeren Gründe sprechen jedoch im Ergebnis für die Interessen der Beklagten. Die erforderliche Zukunftsprognose stellt sich im Hinblick auf das anmaßende Verhalten des Klägers als ungünstig dar. Der Kläger hat trotz klarer Vorgabe seines Vorgesetzten und der zuständigen EDV-Abteilung in einem hochsensiblen Bereich auf nicht akzeptablem Weg versucht, sich das zu verschaffen, von dem er glaubte, dass es ihm zusteht. Darüber musste und durfte die Beklagte nicht hinwegsehen. Die Beklagte hat zutreffend darauf hingewiesen, dass sie nicht zuletzt im Hinblick auf die Mitbestimmungsrechte des Personalrats bei der Ausgestaltung von technischen Überwachungseinrichtungen gehalten ist, darauf zu achten, dass die Zugriffsstruktur transparent ist und dass die Beklagte sicherstellt, dass Zugriff nur von als berechtigt ausgewiesenen Mitarbeitern genommen werden kann. Ihr war es nicht zumutbar, den

Eindruck zu erwecken, Manipulationen, wie sie vom Kläger vorgenommen wurden, würden geduldet.

b) Die angegriffene Kündigung ist nicht wegen Überschreitung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB rechtsunwirksam.

Nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Diese 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.

aa) Die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist ein gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand. Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein Anspruch oder Recht verwirkt, wenn der Berechtigte längere Zeit untätig geblieben ist und dadurch den Eindruck erweckt hat, er wolle das Recht nicht mehr geltend machen, sein Vertragspartner sich auf den dadurch geschaffenen Vertrauenstatbestand eingestellt hat und es ihm deshalb nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf das verspätete Begehren des Berechtigten einzulassen. Ziel des § 626 Abs. 2 BGB ist es demnach, für den betroffenen Arbeitnehmer rasch Klarheit darüber zu schaffen, ob der Kündigungsberechtigte einen Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nimmt.

Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Auch grob fahrlässige Unkenntnis ist insoweit ohne Bedeutung. Zu den maßgeblichen Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Ohne die umfassende Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Kündigungssachverhalt kann sein Kündigungsrecht nicht verirken. 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. Es genügt nicht allein die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Anlasses, das heißt des Vorfalls, der einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen soll. Bei

einer vom Arbeitgeber erklärten außerordentlichen Kündigung gehören auch solche Aspekte zum Kündigungssachverhalt, die für den Arbeitnehmer und gegen die Kündigung sprechen. Deshalb kann der Kündigungssachverhalt regelmäßig nicht ohne eine Anhörung des Arbeitnehmers hinreichend vollständig erfasst werden. Außerdem gehört es zu den maßgeblichen Umständen, die vom Kündigungsberechtigten zu ergründen und festzustellen sind, mögliche Beweismittel für die ermittelte Pflichtverletzung zu beschaffen und zu sichern (BAG, Urt. vom 2. Februar 2006, Az.: 2 AZR 57/05, NZA 2006, 440 m.w.N.).

bb) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist das Berufungsgericht – insoweit abweichend vom Arbeitsgericht – zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kündigungserklärungsfrist gewahrt ist.

Das B. als kündigungsberechtigte Stelle hat erstmals am 1. Oktober 2007 Informationen über den kündigungsrelevanten Sachverhalt erhalten, in der darauf folgenden Woche ermittelt und am 5. Arbeitstag nach der erstmaligen Kenntnisnahme den Kläger angehört. Die bis dahin erfolgten Ermittlungen haben im Hinblick auf die Komplexität des Sachverhalts den Lauf der Kündigungserklärungsfrist für den überschaubaren Zeitraum von 5 Arbeitstagen gehemmt. Eine weitere Hemmung ergab sich daraus, dass der Kläger mit Schreiben vom 16. Oktober 2007 um Verlängerung der ihm zunächst bis 15. Oktober 2007 gesetzten Frist gebeten hat. Mit der dann am 18. Oktober 2007 bei der Beklagten eingegangenen Stellungnahme des Klägers war die Anhörung abgeschlossen, so dass die Kündigungserklärungsfrist mit Ablauf des 2. November 2007, dem Tag des Zugangs der Kündigung, gemäß §§ 187 Abs. 1 Satz 1; 188 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt.; 193 BGB ablief.

Die Kündigungserklärungsfrist hat auch nicht deshalb früher geendet, weil – wie der Kläger geltend gemacht hat – die Beklagte sich das Wissen der Mitarbeiter des D. P. in M. sowie das Ergebnis der in M. durchgeführten vorläufigen Anhörung des Klägers zurechnen lassen müsste und daher von einem früheren Beginn der Kündigungserklärungsfrist auszugehen wäre.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts setzt nämlich nur die Kenntnis des Kündigungsberechtigten die zweiwöchige Ausschlussfrist der §§ 626 Abs. 2 BGB in Lauf. Zu den kündigungsberechtigten Personen gehören neben den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen und den zur Vertretung einer Personengesamtheit berufenen

Personen auch diejenigen Mitarbeiter, denen der Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen hat. Da § 626 Abs. 2 BGB ausdrücklich auf die Kenntnis des Kündigungsberechtigten abstellt, kann die Kenntnis Dritter vom Kündigungssachverhalt nur ausnahmsweise Berücksichtigung finden. Deshalb führt nicht allein die Tatsache, dass ein nicht kündigungsberechtigter Arbeitnehmer eine gewisse arbeitgeberähnliche Funktion im Betrieb hat, dazu, dass dem Arbeitgeber dessen Kenntnis im Rahmen des § 626 Abs. 2 BGB nach Treu und Glauben zugerechnet wird. Die Kenntnis eines Dritten muss sich der Kündigungsberechtigte nach Treu und Glauben nur dann zurechnen lassen, wenn dessen Stellung im Betrieb nach den Umständen erwarten lässt, er werde den Kündigungsberechtigten von dem Kündigungssachverhalt unterrichten. Hinzu kommen muss, dass die verspätet erlangte Kenntnis des Kündigungsberechtigten darauf beruht, dass die Organisation des Betriebes zu einer Verzögerung des Fristbeginns führt, obwohl eine andere Organisation sachgemäß und zumutbar wäre. Beide Voraussetzungen, selbständige Stellung des Dritten im Betrieb und Verzögerung der Kenntniserlangung des Kündigungsberechtigten durch eine schuldhaft fehlerhafte Organisation des Betriebs müssen also kumulativ vorliegen (BAG, Urt. vom 18.5.1994, Az.: 2 AZR 930/93, NZA 1994, 1086 m.w.N.).

Es kann dahin gestellt bleiben, inwieweit dem Leiter des P. in M. die für eine Zurechnung erforderliche selbständige Stellung zukommt. Jedenfalls ist für das Berufungsgericht nicht ersichtlich, dass die Tatsache, dass das M. Personalreferat keine Kündigungsbefugnis für Mitarbeiter des höheren Dienstes hat, auf einer schuldhaft fehlerhaften Organisation beruht. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Gerichte für Arbeitssachen die Organisation der Bundesbehörde D. P. überhaupt auf deren Sachgerechtigkeit überprüfen können. Allerdings darf ein überflüssiges Organisationsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Ein solches liegt jedoch noch nicht allein darin, dass eine Aufsichtsperson bzw. ein unmittelbarer Dienstvorgesetzter nicht zugleich kündigungsberechtigt ist. Für eine im Rahmen der Zwei-Wochen-Frist relevante Verzögerung müsste vielmehr eine solche Organisationsmaßnahme ursächlich sein, die den Informationsfluss zwischen der Aufsichtsperson und dem Kündigungsberechtigten erheblich behindert bzw. verhindert hat. Dafür sind im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte erkennbar. Die Beklagte hat auch nachvollziehbar vorgetragen, dass das Personalreferat in M. das B. nach Vorliegen tragfähiger Erkenntnisse umgehend informiert hat.

- c) Die Kündigung ist auch nicht gemäß § 174 Satz 1 BGB unwirksam.

Gemäß § 174 Satz 1 BGB ist eine Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft rechtsunwirksam, wenn sie von einer in Vertretung handelnden Person („einem Bevollmächtigten“) erklärt wird, wenn der die Kündigung aussprechende Vertreter nicht eine Vollmachtsurkunde im Original vorlegt und wenn der Gekündigte im Hinblick darauf die Kündigung unverzüglich zurückweist. Folge der Zurückweisung i.S.d. § 174 Satz 1 BGB ist – unabhängig vom Bestehen der Vollmacht – die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die mit Telefaxschreiben des Klägers vom 7. November 2007 erfolgte Zurückweisung „unverzüglich“ im Sinn von § 174 Satz 1 BGB erfolgt ist, weil § 174 Satz 1 BGB nicht anwendbar ist.

aa) Die Anwendung von § 174 BGB scheidet hier nicht bereits deshalb aus, weil die Vertretungsmacht nicht auf der Erteilung einer Vollmacht durch den Vertretenen, sondern auf gesetzlicher Grundlage beruht. In einem solchen Fall ist § 174 BGB zwar nicht anwendbar (vgl. BAG, Urt. vom 20.9.2006, Az.: 6 AZR 82/06, NZA 2007, 377). Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben. Die Vertretungsmacht des Präsidenten bzw. Vizepräsidenten des D. P.- und M. für den Ausspruch von Kündigungen gegenüber Mitarbeitern im höheren Dienst beruht nämlich ersichtlich nicht auf einer gesetzlichen Grundlage.

bb) Die Zurückweisung durch den Kläger war jedoch ausgeschlossen, weil die Beklagte den Kläger von der Bevollmächtigung des Vizepräsidenten ausreichend in Kenntnis gesetzt hat. Der Kündigungsempfänger soll nach § 174 BGB nur dann eine Kündigungserklärung wirksam zurückweisen können, wenn er keine Gewissheit hat, ob der Erklärende wirklich bevollmächtigt ist und der Vertretene die Erklärung gegen sich gelten lassen muss. Eine Zurückweisung ist nach § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Eine solche Ungewissheit kann bei Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung jedoch nicht bestehen, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer allgemein darüber in Kenntnis gesetzt hat, ein bestimmter Mitarbeiter sei zu derartigen Erklärungen wie einer Kündigung bevollmächtigt. Dies kann auch dadurch geschehen, dass der betreffende Mitarbeiter in

eine Stellung berufen wird, mit der das Kündigungsrecht regelmäßig verbunden ist, beispielsweise als Leiter der Personalabteilung oder Generalbevollmächtigter des Betriebs. Unabhängig von der verwendeten Bezeichnung ist auf der Grundlage der Einzelfallumstände festzustellen, ob für einen objektiven Betrachter mit einer derartigen Stellung eine Kündigungsbefugnis regelmäßig verbunden zu sein pflegt (BAG, Urt. vom 3. Juli 2003, Az.: 2 AZR 235/02, NZA 2004,427 m.w.N.).

cc) Aus Sicht des Berufungsgerichts hat der Leiter des D. P.- und M. eine Stellung inne, aus der die Mitarbeiter schließen können, dass dieser zu Kündigungserklärungen im Außenverhältnis befugt ist. Entsprechendes gilt für den Vizepräsidenten des Amtes auf Grund der in § 6 Abs. 1 der Geschäftsordnung des D. P.- und M. (GO-DPMA), Stand 1. Juni 2007, geregelten Vertretungsbefugnis. Dem steht auch nicht der Einwand des Klägers entgegen, der Präsident bzw. Vizepräsident seien im Innenverhältnis nicht kündigungsbefugt. Allein entscheidend ist, ob mit der zugewiesenen Stellung für einen objektiven Betrachter regelmäßig eine Kündigungsbefugnis verbunden zu sein pflegt.

d) Die Kündigung ist auch nicht gemäß § 180 Satz 1 BGB unwirksam.

Nach dieser Vorschrift ist bei einem einseitigen Rechtsgeschäft Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig.

Der Tatbestand des § 180 Satz 1 BGB ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der Vizepräsident des D. P.- und M. hat nämlich nicht ohne Vertretungsmacht gehandelt. Seine Vertretungsmacht ergibt sich aus dem Schreiben des B. vom 30. Oktober 2007 i.V.m. § 6 Abs. 1 GO-DPMA. In jedwedem Fall tatsächlicher Verhinderung war der Vizepräsident auf der Basis des Schreibens des B. vom 30. Oktober 2006 berechtigt, die streitgegenständliche Kündigung auszusprechen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der streitgegenständlichen Fragen hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, besteht für die Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen gemäß § 72 a ArbGG hingewiesen wird, zulassen sollte.

Dr. Obenaus

Trapp

Scheuerl