

Thüringer Landesarbeitsgericht

Entscheidungsdokumentation

Urteil vom: 14.11.2018 Aktenzeichen: 6 Sa 204/18
Vorinstanz: Arbeitsgericht Erfurt vom: 25.08.2017 Az: 8 Ca 739/17

Zulassung der Revision Rechtsbeschwerde Revisionsbeschwerde
 keine Zulassung unanfechtbar

zugestellt an Klägerseite am: **21.12.2018** Beklagtenseite am: **27.12.2018**

für Prüfungszwecke (JPA vorgesehen) für Prüfungszwecke (JPA) nicht vorgesehen
 zur Veröffentlichung vorgesehen (Verteiler: BAG, ThürArbGe, Internet) unbedeutender Einzelfall

Entscheidungsstichwort: ./.

Entscheidungsrelevante Vorschriften: ./.

Leitsätze: ./.

Zu den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung eines Mitarbeiters des LKA wegen Posts mit rassistischem Inhalt auf Facebook. Hier im Ergebnis trotz Feststellung der fehlenden persönlichen Eignung des Klägers verneint.

Aktenzeichen: 6 Sa 204/18
8 Ca 739/17
Arbeitsgericht Erfurt



Verkündet am 14.11.2018

gez. Spöck
Justizobersekretärin als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Thüringer Landesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Freistaat Thüringen

- Beklagter und Berufungs-
kläger -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte

gegen

- Kläger und Berufungsbe-
klagter -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwaltskanzlei

hat das Thüringer Landesarbeitsgericht in Erfurt auf die mündliche Verhandlung vom 14.11.2018 durch den Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts Holthaus als Vorsitzenden und die Ehrenamtlichen Richter Herr Parkan und Herr Thiemann als Beisitzer für Recht erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Erfurt vom 25.08.2017 – 8 Ca 739/17 – wird zurückgewiesen.

Der Auflösungsantrag aus dem Schriftsatz 04.04.2018 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des zweiten Rechtszuges.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Der zum Kündigungszeitpunkt 52-jährige Kläger war seit dem 1.7.2000 beim Beklagten beschäftigt. Seit dem 1.9.2014 war er Schichtleiter in der sog. autorisierten Stelle beim Landeskriminalamtin Vollzeit zu einer monatlichen Bruttovergütung i.H.v. 4.312,56 € beschäftigt.

Den Arbeitsvertrag vom 3.7.2000 schlossen die Parteien vorbehaltlich einer Sicherheitsüberprüfung ab; wegen der Einzelheiten des Inhalts dieses Vertrages wird auf die zu den Akten gereichte Kopie hiervon (Bl. 11 d. A.) Bezug genommen. Bei Arbeitsvertragsabschluss am 3.7.2000 legte der Kläger das im öffentlichen Dienst übliche Gelöbnis ab, wegen dessen Einzelheiten auf die Kopie der Niederschrift hierüber Bezug genommen wird (Bl. 48 d. A.). Am selben Tag belehrte der Beklagte den Kläger u.a. darüber, dass er sich durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen habe sowie gesondert darüber, wie sich diese Treue zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Einzelnen gestaltet; wegen der Einzelheiten des Inhaltes dieser Belehrungen wird auf die Kopien der entsprechend ausgereichten und vom Kläger unterschriebenen Protokolle Bezug genommen (Bl. 49 und 50 d. A.). Darüber hinaus wurde der Kläger informiert, dass er von gegen sich gerichteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren den Beklagten zu informieren habe.

Bei der autorisierten Stelle handelte es sich um einen IT-Dauerdienst, der beim Landeskriminalamt angesiedelt ist. In jeder Schicht dieses an sieben Tagen die Woche 24 h besetzten Dauerdienstes arbeiten zwei Personen, ein Schichtleiter und ein Mitarbeiter. Zuständig war die autorisierte Stelle nicht nur für das Landeskriminalamt, sondern für alle IT-Systeme der .. Polizei und des Verbundes mit anderen Bundesländern und der Bundespolizei. Darüber hinaus war die Stelle zuständig für den Digitalfunk aller sicherheitsrelevanten Stellen, worunter auch die Polizei und die Feuerwehr fallen.

Aufgabe der autorisierten Stelle war die Aufrechterhaltung der Funktionalität der zu überwachenden IT-Systeme und des Digitalfunks. Damit handelte es sich gleichsam um eine Ser-

vicestelle für die operativ tätigen Kräfte des LKA und der Polizei sowie im Verbund mit anderen Bundesländern auch deren Polizisten, der Bundespolizei und sicherheitsrelevante Stellen wie die Feuerwehr. Hauptbestandteil dabei war vor allem die Aufrechterhaltung der Funktionalität des Digitalfunks.

Fehler im System oder im Digitalfunk liefen als Fehlermeldung beim IT Dauerdienst auf. Eine eigene Behebung des Fehlers durch die beiden Mitarbeiter im IT Dauerdienst war grundsätzlich in den wenigsten Fällen vorgesehen. Hauptsächlich ging es darum, die Fehlermeldung weiterzuleiten und weitere Maßnahmen zur Fehlerbehebung anzustoßen. Die autorisierte Stelle war erster Anlaufpunkt und die zentrale Stelle, an der die Fehler erst bemerkt werden können. Ausnahmsweise, wenn sich im Bereich des Digitalfunks zu viele Geräte an einem Sendemast einwählen und so Bereiche überlagert wurden, konnte die autorisierte Stelle einen Träger abschalten. Der Plan hierfür wurde nicht willkürlich von der autorisierten Stelle bzw. den beiden Mitarbeitern in der Schicht erstellt, sondern stand schon vorher fest. Die Mitarbeiter wussten, welchen Träger sie abschalten mussten, wenn eine bestimmte Störung auftrat. Diese Störungen konnten vor allem dann auftreten, wenn Großereignisse durch einen personalintensiven Einsatz der Polizei abgesichert werden, wie zum Beispiel Sportereignisse (Fußballspiel) oder auch Demonstrationen. Die Mitarbeiter in der autorisierten Stelle konnten die interne Kommunikation mit anhören.

Wegen weiterer Einzelheiten der Arbeitsplatzbeschreibung des Klägers wird auf die zu den Akten gereichte Kopie hiervon (Bl. 51-55 d. A.) Bezug genommen.

Der Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer im Sinne von § 23 Kündigungsschutzgesetz.

Am 31.8.2016 gegen 17:00 Uhr nahm der Kläger an einer „Diskussion“ über Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im öffentlich einsehbaren Teil des sozialen Netzwerks Facebook teil. Er war dort als Nutzer unter seinem richtigen Namen und mit Bild erkennbar. Dabei schrieb er:

„Angelo Fast-Lane Bla bla bla, ohne uns hätten die Moslems garnichts, die Pfeifen könnten sich noch nicht mal in die Luft sprengen ohne unsere Hilfe. Die sind nicht nach Deutschland gekommen um uns zu helfen, sondern weil es in ihren Ländern so Scheiße war, und nun will uns diese Brut erzählen, wie beschissen es in Deutschland ist, ab nach Waziristan mit euch Abschaum.“,

„Angelo Fast-Lane Du willst hier das Alphamännchen machen, versteh ich, so dass es auch darauf haben,“

sowie

„Angelo Fast-Lane Du bist ein absoluter Hohlfrosch, keine Frage beantwortet, 6 setzen.“

Im weiteren Verlauf schrieb der Kläger bezogen auf einen anderen „Diskussions“teilnehmer: „Fick dich du Stück Nazischeiße“, „Scheißlappen“ und „Nazipack“.

Die Staatsanwaltschaft Erfurt nahm aufgrund einer Anzeige Ermittlungen auf. Im Zuge dieser Ermittlungen äußerte der Kläger bei einer Vernehmung, ihn beschäftigten zurzeit zwei Themen: der russische Präsident Putin und Religionen im Allgemeinen. Diese Themen seien Trigger-Punkte, mit denen man ihn kriegen könne. An freien Tagen trinke er gerne mal einen über den Durst und genehmige sich eine Flasche Wodka, wenn er den darauffolgenden Tag frei habe. Er raste nicht ohne Grund aus. Es könne sein, dass auch er beleidigt worden sei. Das grundsätzliche Problem im Internet sei, dass so viele faktenresistent seien und versuchten einen in eine Ecke zu stellen. Da sei er manchmal ziemlich reizbar.

Unter dem 6.2.2017 erhob die Staatsanwaltschaft Erfurt Anklage gegen den Kläger wegen Volksverhetzung und Beleidigung und informierte mit Schreiben vom 15.2.2017 den Beklagten hierüber. Wegen des Inhaltes der Anklage und des Informationsschreibens im Einzelnen wird auf die zu den Akten gereichten Kopien hiervon Bezug genommen (Bl. 30-32 d. A.).

Am 2.3.2017 hörte der Beklagte den Kläger zu dem Vorfall an. Wegen des Inhaltes der Anhörung wird auf die zu den Akten gereichte Kopie des Protokolls hiervon Bezug genommen (Bl. 33, 34 d. A.). Noch am selben Tag informierte der Beklagte den örtlichen Personalrat schriftlich über die Absicht, den Kläger außerordentlich zu kündigen unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 78 Abs. 3 ThürPersVG. Wegen des Inhaltes dieser Information im Einzelnen wird auf die zu den Akten gereichte Kopie hiervon (Bl. 35-38 d. A.) Bezug genommen. Mit Schreiben vom 6.3.2017 teilte der Personalrat dem Beklagten mit, dass „im Rahmen der Anhörung keine Einwände geltend gemacht“ werden; wegen weiterer Einzelheiten dieses Schreibens wird auf die zu den Akten gereichte Kopie hiervon Bezug genommen (Bl. 39 d. A.).

Mit Schreiben vom 6.3.2017, dem Kläger am 7.3.2017 zugegangen, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Mit am 27.3.2017 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz, welcher den Beklagten am 4.4.2017 zugestellt worden ist, machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend.

Mit Beschluss vom 13.4.2017 stellte das Amtsgericht Erfurt das Strafverfahren gegen den Kläger gegen Zahlung einer Geldbuße von 4.000,00 € ein (§ 153 a StPO).

Der Kläger ist der Ansicht gewesen, seine am 31.8.2016 getätigten Äußerungen auf Facebook seien vom Recht zur Meinungsäußerung gedeckt. Sie seien dem privaten Bereich zuzurechnen und wiesen keinen Zusammenhang zu seiner Tätigkeit oder überhaupt zum Beklagten auf. Es sei auf Facebook kein Zusammenhang herstellbar zum Beklagten, auch nicht aufgrund seines dort hinterlegten Profils. Es habe daher auch keine irgendwie geartete Rufschädigung des Landeskriminalamtes oder des Beklagten an sich stattfinden können. Eine Straftat könne man ihm auch nicht zur Last legen, denn es liege keine strafrechtliche Verurteilung vor. Es liege auch kein Geständnis hinsichtlich einer Straftat vor, denn er habe gegenüber den Ermittlungsbehörden lediglich eingeräumt, dass die Äußerungen auf Facebook von ihm stammten. Er sei zuvor weder ermahnt noch abgemahnt.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung des Beklagten vom 6.3.2017, zugegangen am 7.3.2017, aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er ist der Ansicht gewesen, es bestünden personenbezogene Sicherheitsbedenken hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung des Klägers. Darüber hinaus habe er die arbeitsvertragliche Treuepflicht und die Pflicht, über gegen ihn laufende Ermittlungsverfahren zu informieren, verletzt. Das alles führe zu einem Vertrauensbruch, der nicht behebbar sei. Der Kläger habe seine Treue zur Verfassung gelobt und sei ausreichend über arbeits- und tarifvertragliche Nebenpflichten belehrt worden. Er sei in einem besonders sicherheitsempfindlichen Bereich eingestellt worden, weshalb auch seine Einstellung von einer besonderen Sicherheitsüberprüfung abhängig zu machen gewesen sei. Als Schichtleiter des IT Dauerdienstes habe er Zugang und Zugriffsrechte zu allen Kommunikations- und Vorgangsbearbeitungssystemen, Systemdiensten, Fall- und Recherchesystemen sowie Auskunftsdiensten der gesamten ...Polizei. Er habe Zugang und Zugriff zu sicherheitsrelevanten Daten. Mit Begehung der vorgeworfenen Straftaten stehe für ihn, den Beklagten, fest, dass eine Beschäftigung des Klägers in der autorisierten Stelle mit den weitgehenden Befugnissen, die er dort habe, nicht zumutbar sei. Eine Abmahnung sei entbehrlich gewesen, weil der Kläger schon aufgrund der zahlreichen Belehrungen nicht von einer Duldung des Beklagten habe ausgehen dürfen.

Mit Urteil vom 25.8.2017 hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst worden sei.

Der Beklagte habe keine konkrete Störung im Arbeitsverhältnis durch die vom Kläger getätigten Äußerungen dargelegt. Allein, dass der Kläger dem Arbeitgeber keine Mitteilung gemacht habe, dass gegen ihn ein Strafverfahren eingeleitet worden sei, stelle eine Nebenpflichtverletzung dar, die zunächst mit einer Abmahnung geahndet werden könne. Eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung komme nicht in Betracht, weil der Personalrat hierzu nicht beteiligt worden sei.

Gegen dieses ihm am 2.11.2017 zugestellte Urteil hat der Beklagte mit am 29.11.2017 beim Thüringer Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese, nachdem das Gericht mit Beschluss vom 31.12.2017 auf den am 20.12.2017 eingegangenen Antrag hin die Berufungsbegründungsfrist bis zum 6.2.2018 verlängert hat mit an diesem Tag eingegangenem Schriftsatz begründet.

Das gegen den Kläger gerichtete Ermittlungsverfahren und die schließlich gefertigte Anklage haben sich nicht nur auf den Tatbestand der Volksverhetzung bezogen, sondern auch auf Beleidigung des Anzeigerstellers Der Kläger sei dabei mit einem Klarnamen und Porträtfotos in Erscheinung getreten, habe veröffentlicht, dass er aus stamme und in wohne. Schließlich sei das alles auch Menschen auf Facebook zugänglich gewesen, die den Kläger kennen könnten, womit der Bezug zu ihm, dem Beklagten, herstellbar gewesen sei.

Das Arbeitsgericht habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass es sich beim Landeskriminalamt um eine Sicherheitsbehörde handelt und der Kläger in einem sensiblen sicherheitsrelevanten Bereich tätig sei. Es sei auch eine konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses eingetreten. Schließlich habe das Arbeitsgericht unberücksichtigt gelassen, dass auch ein außerdienstliches Verhalten, ohne dass es zu einer unmittelbaren konkreten Störung des Arbeitsverhältnisses gekommen sei, eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne. Ein strafbares außerdienstliches Verhalten könne Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Beschäftigten begründen. Dies könne auch dazu führen, dass dem Arbeitnehmer – abhängig von seiner konkret ausgeübten Funktion - die Eignung für die künftige Erledigung seiner Aufgaben fehle. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Beschäftigungsbehörde, das Landeskriminalamt, originär gerade zur Verfolgung von Straftaten (Volksverhetzung) zuständig sei, wie sie dem Kläger vorgeworfen worden sei.

Das Landeskriminalamt sei die zentrale Dienststelle beim Beklagten für kriminalpolizeiliche Aufgaben und zugleich Dienststelle der Kriminalpolizei. Sie sei auch die Zentralstelle für das polizeiliche Informations- und Kommunikationswesen sowie für Einsatz und Vermittlung unterstützender Serviceleistungen. Außerdem verfolge das Landeskriminalamt im Rahmen der unmittelbaren Kriminalitätsbekämpfung gerade Delikte der Staatsschutzkriminalität als auch Delikte wie Volksverhetzung.

Die Zuständigkeit des Landeskriminalamtes und der dort eingerichteten autorisierten Stelle bringe es mit sich, dass dort Zugang zu sicherheitsrelevanten Dateien mit hochsensiblen Daten (Antiterrordatei, Rechtsextremismusdatei usw.) bestünde, hinsichtlich dessen, dass das Landeskriminalamt den Datenaustausch mit Landes- und Bundesbehörden pflege.

Der Kläger habe als Schichtleiter des IT Dauerdienstes Zugang zu diesen Kommunikations- und Vorgangsbearbeitungen, Systemdiensten, Fall- und Recherchediensten sowie Auskunftsdiensten der gesamten Thüringer Polizei und damit Zugang zu allen hochsensiblen sicherheitsrelevanten Dateien. Der Kläger sei in eine erhöhte erweiterte Sicherheitsüberprüfung (Ü2) einbezogen worden. Durch dieses Überprüfungsverfahren und der in diesem Rahmen gestellten Fragen nach Ermittlungsverfahren sei ihm bekannt gewesen, dass Ermittlungsverfahren gegen ihn von Bedeutung seien.

Hieraus ergäben sich erhöhte Loyalitätspflichten und erhöhte Anforderungen an die Gewährleistung jederzeitiger Verfassungstreue an den Kläger.

Für alle Bediensteten des Landeskriminalamtes besteht die besondere Pflicht, sich an Rechtsvorschriften zu halten. Die Bürger müssten davon ausgehen können, dass die Mitarbeiter sich in jeder Situation über ihre besondere Stellung und Verantwortung gegenüber dem Rechtsstaat im Klaren seien, insbesondere im Zusammenhang mit der Übertragung sicherheitsempfindlicher Tätigkeiten. Gerade als Störung für das Arbeitsverhältnis habe sich erwiesen, dass der Kläger genau diejenige Straftat begangen habe, die zum originären Kriminalbekämpfungsbereich des Landeskriminalamtes, seiner Beschäftigungsstelle gehöre. Es spiele letztlich keine Rolle, ob der Kläger verurteilt worden oder das Verfahren gegen Zahlung einer Geldbuße eingestellt worden sei.

Durch die Erhebung der Anklage sei das Vertrauen in die jederzeit gewissenhafte Aufgabenerfüllung, zumal mit sicherheitsempfindlicher Tätigkeit in den Kläger zerstört sowie auch das Vertrauen in sein jederzeitiges Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung. Der Kläger sei in einem Bereich eingesetzt, indem er jederzeit auch aktiv auf die Funktionalität der Systeme zugreifen und dafür sorgen könne, dass diese nicht funktionierten. Das Vertrauen darauf, dass er unabhängig davon, wogegen sich die Ermittlungen oder sonstige operative Polizeitätigkeit richten, für ein Funktionieren der Systeme Sorge, sei nicht mehr vorhanden.

Schließlich habe das Thüringer Innenministerium mit Erlass vom 16.8.2000 die Diensträume des Landeskriminalamtes als Sicherheitsbereich im Sinne von § 52 Abs. 2 VSA Thüringen a.F. (nunmehr § 29 Abs. 3 VSA) anerkannt. In einem solchen Bereich dürfe nur tätig sein, wer kein Sicherheitsrisiko darstelle. Ein Sicherheitsrisiko ergebe sich bei Zweifeln an der Zuverlässigkeit oder am Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung oder jederzeitigen Eintreten für deren Erhaltung. Diese Zweifel lägen in Bezug auf den Kläger vor.

Selbst wenn man die angesprochene außerordentliche Kündigung als unwirksam erachte, wäre eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung geboten. Der Personalrat habe der Kündigung zugestimmt, indem er ausdrücklich keine Bedenken erhoben habe. Die offenbar gewordenen Mängel in der charakterlichen Eignung des Klägers rechtfertigten somit mindestens die ordentliche Kündigung. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrages hierzu wird auf die Berufungsbegründung vom 6.2.2018 nebst Anlagen (Bl. 132-145 d. A.) Bezug genommen.

Soweit weder die außerordentliche noch die Umdeutung in eine wirksame ordentliche Kündigung stattfindet, sei das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Die Auflösungsmöglichkeit bestehe auch bei einer Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung.

Eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit sei nicht mehr zu erreichen. Dies ergebe sich aus der fehlenden Eignung des Klägers für seine Tätigkeit und aus den hierbei besonders zu beachtenden Sicherheitsvorschriften. Der Beklagte begründet seinen Auflösungsantrag im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung des Vortrages zum Kündigungsgrund. Wegen der Einzelheiten hierzu wird auf das Vorbringen im Schriftsatz vom 4. April 2018 (Bl. 163-172 d. A.) Bezug genommen.

Der Beklagte beantragt,

auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Erfurt vom 25. August 2017, 8 Ca 739/17, abgeändert und die Klage abgewiesen,

hilfsweise,

das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und den Auflösungsantrag abzuweisen.

Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung setze voraus, dass der Personalrat hierzu jedenfalls hilfsweise angehört worden sei. Dies sei hier nicht geschehen. Die Reaktion des Personalrates stelle auch keine ausdrückliche vorbehaltlose Zustimmung dar, so dass eine ordentliche Kündigung hier nicht möglich sei.

Die außerordentliche Kündigung sei unwirksam. Der Beklagte berufe sich einzig und allein auf die formale berufliche Stellung des Klägers und seiner Anstellung beim Landeskriminalamt ohne einen konkreten dienstlichen Bezug oder konkrete dienstliche Beeinträchtigungen darzustellen. Im Wesentlichen stelle der Beklagte auf eine abstrakte Gefährdung ab, weil alle Szenarien von Fehleranfälligkeit der Systeme und der Möglichkeit des Klägers, Fehler herbeizuführen oder Fehler nicht zu beheben, abstrakte Befürchtungen seien, die nicht durch Tatsachen belegt seien. Außerdem seien die getätigten Äußerungen lediglich im privaten Bereich zuzuordnen und stünden in keinerlei Zusammenhang mit dem Beklagten und dem Arbeitsverhältnis. Der Kläger habe auf Facebook nicht erkennen lassen, dass er beim Beklagten beschäftigt sei.

Schließlich müsse berücksichtigt werden, dass nur zur Abkürzung des Strafverfahrens und damit dies nicht öffentlich diskutiert werde, auch zu Gunsten des Beklagten, die Einstellung gegen Zahlung einer Geldbuße angestrebt worden sei. Tatsächlich stelle sein, des Klägers, Verhalten auch keine Volksverhetzung dar. Letztlich sei auch nicht erkennbar, weshalb auf eine Abmahnung habe verzichtet werden können.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags des Klägers im zweiten Rechtszug wird auf die Berufungserwiderung vom 3.4.2018 (Bl. 157-162 d. A.) Bezug genommen.

Der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 14.11.2018 persönlich angehört hat erklärt, dass er sich habe gehen lassen, weil zu viele andere naive Posts geschrieben worden seien dahingehend, dass alle gleich seien, dass alles ausgeglichen sei, dass es Ying und Yang gebe, das alle gleich seien - Juden und Nazis, und dass es egal sei ob du Polizist oder Ganove seiest. So sei das aber nicht im richtigen Leben. Er habe sich darüber aufgeregt, weil diese „grenzdebilen“ Menschen sich so aus seiner Sicht verfassungsfeindlich geäußert hätten. Er sei an den Tag auch angetrunken gewesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist unbegründet.

Die Klage ist begründet.

Die Kündigung vom 6.3.2014 ist unwirksam und hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst.

Die Kündigung gilt nicht gemäß §§ 13, 7,4 KSchG als wirksam. Die Vorschriften sind anwendbar. Der Kläger hat rechtzeitig Klage erhoben. Die Kündigung ist zugegangen am 7.3.2017. Die Klage ist am 27.3.2017 beim Arbeitsgericht eingegangen und den Beklagten

demnächst, am 7.4.2017, zugestellt worden. In Ansehung der einzuhaltenden Dreiwochenfrist ist gem. § 167 ZPO der rechtzeitige Eingang der Klage am 27.3.2017 entscheidend.

Die Kündigung ist nicht als außerordentliche Kündigung wirksam. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der 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 Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst festzustellen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich" und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Dann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (st. Rechtspr. vgl. nur BAG 19.07.2012 – 2 AZR 989/11).

Soweit der Kläger die Pflicht verletzt hat, den Beklagten darüber zu informieren, dass ein Ermittlungsverfahren gegen ihn geführt wurde, kann offenbleiben, ob dies ein Umstand ist, der an sich geeignet wäre, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, denn jedenfalls ergibt die Interessenabwägung diesbezüglich, dass die Kündigung allein hierauf gestützt unverhältnismäßig wäre. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vom 14.11.2018 persönlich angehört auf konkrete Nachfrage der Kammer erklärt, ihm sei zu dem Zeitpunkt, als er von dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren erfuhr, diese Verpflichtung einerseits nicht mehr präsent gewesen und andererseits habe er gedacht, das werde sich erledigen. Dies entspricht seiner Einlassung während der Anhörung durch den Beklagten am 6.3.2017. Der Beklagte konnte dies auch nicht widerlegen. Bei dieser Sachlage hätte es ausgereicht, den Kläger darauf hinzuweisen, dass derartiges Verhalten als Pflichtverletzung angesehen wird und im Wiederholungsfalle zur Kündigung führen kann. Die Kammer kann nicht mit der für eine Entscheidungsfindung erforderlichen Sicherheit die im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB notwendige negative Prognose treffen, dass der Kläger sich nicht davon hätte beeindrucken lassen und sein Verhalten entsprechend eingerichtet hätte. Damit wäre in Zukunft eine ähnliche Vertragspflichtverletzung nicht mehr zu besorgen und eine Kündigung nicht erforderlich, um der Störung des Arbeitsverhältnisses zu begegnen.

Soweit der Kläger sich auf Facebook rassistisch und beleidigend geäußert hat, erfüllt dies allein unter verhaltensbedingten Gesichtspunkten betrachtet ebenfalls nicht die Voraussetzungen von § 626 Abs. 1 BGB. Die Kündigung wäre unverhältnismäßig. Es kann offen bleiben, ob das Verhalten des Klägers an sich geeignet wäre, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Die erforderliche Interessenabwägung ergibt: Ist es allein das Verhalten des Klägers, was die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, hätte es ausgereicht, Maßnahmen zu ergreifen, um dieses Verhalten abzustellen. Hier steht nicht mit der

erforderlichen Sicherheit fest, dass der Kläger sich nicht durch eine Abmahnung hätte beeindrucken lassen und sein Verhalten geändert hätte, so dass eine Wiederholungsgefahr für die Zukunft nicht bestanden hätte. Dabei ist für die Bewertung des Sachverhaltes hinsichtlich dieses Gesichtspunktes auf die Erkenntnismöglichkeiten zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen. Nach 17 Jahren Bestand des Arbeitsverhältnisses ohne bekannt gewordene Beanstandungen, wäre dem Beklagten zumutbar gewesen, zunächst den Versuch zu unternehmen, die Vertragsstörung durch Abmahnung zu beheben.

Der Kläger musste auch nicht erkennen, dass der Beklagte dieses Verhalten ohne einen konkreten dienstlichen Bezug zum Anlass für eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung nehmen würde. Das verloren gegangene Vertrauen, soweit es allein auf dem vorgeworfenen Verhalten und nicht auf der dahinter erkennbaren Einstellung und des Charakters des Klägers beruht, wäre durchaus durch beanstandungsfreies Arbeiten nach Ausspruch einer Abmahnung wieder herstellbar.

Bei näherer Betrachtung des Beklagtenvortrages nimmt dieser auch nicht in erster Linie Anstoß an dem Verhalten des Klägers, sondern an seiner dahinter erkennbar gewordenen Einstellung und dem erkennbar gewordenem Persönlichkeitsbild des Klägers. Damit spricht sie ausdrücklich die persönliche Eignung des Klägers für seine konkrete Arbeitsaufgabe an.

Die Kündigung ist als außerordentliche Kündigung letztendlich im Ergebnis auch nicht unter personenbedingten Gesichtspunkten wirksam.

Unabhängig davon, ob die rassistischen und beleidigenden Äußerungen des Klägers auf Facebook eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen können, kann aus dem Verhalten auf eine fehlende persönliche Eignung für die konkret auszuübende Tätigkeit geschlossen werden, wenn sich daraus ergibt, dass dem Kläger die erforderliche Verfassungs- und Rechtstreue fehlt und sich aus konkreten Tatsachen feststellen lässt, dass der Kläger nicht jederzeit die Gewähr bietet, seine Aufgaben vertragsgerecht zu erfüllen (arg. aus BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11).

Mit der Befugnis zur personenbedingten Kündigung wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wenn der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung oder Fähigkeit nicht (mehr) besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung vertragsgerecht zu erfüllen. Im öffentlichen Dienst kann sich ein - nicht behebbarer - Eignungsmangel aus begründeten Zweifeln an der Verfassungstreue des Arbeitnehmers ergeben. § 3 Abs. 1 Satz 2 TV-L legt zwar in erster Linie Verhaltensanforderungen fest. Die Regelung beschreibt aber zugleich das notwendige Maß an Verfassungstreue, das ein Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst mitbringen muss, um seine Arbeitsaufgaben vertragsgerecht zu erfüllen; mit diesen Anforderungen ist die Verfassungstreue Bestandteil des Begriffs „Eignung“ in Art. 33 Abs. 2 GG (BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11 mwN).

Dem Kläger fehlt die persönliche Eignung für die Tätigkeit als Schichtleiter in der autorisierten Stelle beim LKA des Beklagten.

Der Arbeitsplatz des Klägers ist unstreitig eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit im Sinne von § 1 ThürSÜG; die Räumlichkeiten des IT-Dauerdienstes sind besonders als sicherheitsrelevant eingestufte Räumlichkeiten. Der Kläger versucht die Bedeutung seiner Tätigkeit zu relativieren, ist aber dem Sachvortrag zur Notwendigkeit einer Sicherheitsüberprüfung und der Einstufung der Räumlichkeiten als Sicherheitsbereich im Sinne von § 52 Abs. 2 VSA Thüringen a.F. (nunmehr § 29 Abs. 3 VSA) durch das Thüringer Innenministerium mit Erlass vom 16.8.2000 nicht entgegengetreten. Im Übrigen ergibt sich seine Einordnung als Mitarbeiter in einem sicherheitsempfindlichen Bereich auch aus § 1 Abs. 2 Nr. 3 ThürSÜG.

Der Zugang zu einer solchen Tätigkeit ist auf Personen zu beschränken, bei denen kein Sicherheitsrisiko vorliegt (§ 1 Abs. 1 S. 2 ThürSÜG). Damit hat der Gesetzgeber die persönlichen Eignungsanforderungen für einen Arbeitsplatz wie den des Klägers in zulässiger Weise festgelegt. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber erhöhte Anforderungen an Mitarbeiter im sicherheitsempfindlichen Bereich anlegt. Schließlich ist das einwandfreie Funktionieren der IT und vor allem auch der Kommunikation über den digitalen Funk für operative Einsätze des LKA, der Polizei und der Feuerwehr für das erfolgreiche Agieren unerlässlich. Der Kläger selbst hat als Beispiel die Absicherung von Sportgroßereignissen genannt. Das betrifft aber auch Großdemonstrationen oder aber Aufspüren von Sprengstoffverstecken und/oder Festnahme von Mitgliedern terroristischer Vereinigungen. Konkretes Beispiel für die Sicherheitsgefährdung, wenn solche operativen Einsätze nicht erfolgreich verlaufen, war in Thüringen die gescheiterte Festnahme der bisher bekannten Mitglieder des sog. NSU. In der mündlichen Verhandlung am 14.11.2018 wurde auch deutlich und durch die persönliche Anhörung des Klägers unstreitig, dass die Geschwindigkeit und Zuverlässigkeit der Fehlerbehebung entscheidend von den Mitarbeitern im IT-Dauerdienst abhängt, denn dort laufen die Fehlermeldungen auf und werden die Maßnahmen zur Behebung eingeleitet; zum Teil, wie beim Digitalfunk, können die Mitarbeiter aktiv in die Prozesse eingreifen, indem sie sog. Träger abschalten. Außerdem können sie die Kommunikation mithören. Dabei ist auch von ausschlaggebender Bedeutung, dass sich Probleme im IT-Dauerdienst unmittelbar und sogleich auswirken und Fehler nicht reversibel sind, anders als zum Beispiel bei der technischen Wartung einzelner Computer oder anderer IT Technischer Anlagen, die während der Wartung ohnehin oft vom Netz genommen werden und wo dann Nacharbeiten und Kontrollen möglich sind.

Ein Sicherheitsrisiko, welches die Beschäftigung in einem sicherheitsempfindlichen Bereich ausschließt, liegt gem. § 5 Abs. 1 ThürSÜG u.a. vor, wenn tatsächliche Anhaltspunkte Zweifel an der Zuverlässigkeit der betroffenen Person bei der Wahrnehmung einer sicherheitsemp-

findlichen Tätigkeit (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 ThürSÜG) oder Zweifel am Bekenntnis der betroffenen Person zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder am jederzeitigen Eintreten für deren Erhaltung begründen (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 ThürSÜG).

Die Kammer ist aufgrund des unstreitigen Vorbringens der Parteien und der Anhörung des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung am 14.11.2018 davon überzeugt, dass sowohl Anhaltspunkte für Zweifel an seiner Zuverlässigkeit als auch seiner Verfassungstreue vorliegen. Diese Überzeugung gründet auf folgenden Feststellungen:

Seine Äußerungen auf Facebook in Bezug auf Geflüchtete sind ehrverletzend und rassistisch. Nach Art. 1 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ist Rassismus „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“ (PART I, Article 1, 1. „In this Convention, the term "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.“).

Der Kläger schreibt in seinem Facebookbeitrag von „Moslems“ aus anderen Ländern und knüpft damit erkennbar verallgemeinernd an nationalen Ursprung und Abstammung an und weniger an das religiöse Bekenntnis, er setzt diese bewusst pauschal in die Nähe zu Sprengstoffattentätern und bezeichnet sie nicht nur beleidigend als "Pfeiffen" , sondern auch als „Abschaum“. Der Begriff "Abschaum" wird in der Umgangssprache in der Regel abwertend gebraucht für einen als minderwertig betrachteten Teil einer Gesamtheit, meist Menschen (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Abschaum>). Damit bezeichnet der Kläger eine Gruppe von Menschen allein aufgrund ihrer Herkunft und ihres religiösen Bekenntnisses als minderwertig; das ist weder mit dem Gleichheitssatz der Thüringer Verfassung (Art. 2 ThürVerf wortgleich mit Art. 3 GG) noch mit dem Verständnis von Menschenwürde im Sinne von Art. 1 GG und Art. 1 ThürVerf in Einklang zu bringen. Die Gleichsetzung aller Geflüchteten als Muslime und deren pauschale Einordnung als Menschen, die sich in die Luft sprengen wollen, mithin als sog. Selbstmordattentäter, ist ebenso eine nicht hinnehmbare und beleidigende Gleichsetzung von Menschen. Diese Äußerung ist mit dem Menschenbild des Art. 1 und 3 der Thüringer Verfassung (wortgleich mit Art. 1 und 2 GG) nicht in Übereinstimmung zu bringen. Dabei handelt es sich keineswegs um eine einmalige verbale Entgleisung. Der Kläger bezeichnete einen anderen Menschen in derselben „Diskussion“ als „Hohlfrosch“, „Stück Na-

zischeiße“ und „Scheißlappen“.

Diese Ausdrucksweise lässt sich auch nicht mit dem Genuss von Alkohol allein erklären. Herabsetzende und persönlichkeitsrechtverletzende Ausdrücke gehören zum üblichen Vokabular des Klägers, welches seine Einstellung repräsentiert. Auch persönlich angehört in der mündlichen Verhandlung am 14.11.2018 bezeichnete der Kläger Menschen, die anderer Meinung sind als er, als „grenzdebil“. Die Einstellung, alle Menschen seien gleich, bezeichnete er als „naiv“. Auf den Hinweis des Vorsitzenden, dass der Gleichheitssatz Bestandteil der freiheitlich demokratischen Grundordnung und Inhalt von Art. 3 GG und inhaltsgleich Art. 2 ThürVerf sei, zuckte er nur mit den Achseln und versuchte seine Ansicht zu erklären, was die Kammer nicht nachvollziehen konnte.

Der Kläger machte in der mündlichen Verhandlung zudem deutlich, dass er nach wie vor dieselben Ansichten hegt; er bedauerte nur seine Wortwahl, machte inhaltlich aber keine erkennbaren Abstriche gegenüber dem Geschriebenen. Diese Erkenntnis entnahm die Kammer seiner völligen Verständnislosigkeit gegenüber der Kritik an seiner Einstellung, auf die er selbst in einem Schlusswort nur ironisch reagierte, womit er aus Sicht der Kammer unterschwellig zum Ausdruck brachte, dass er sich nach wie vor den Repräsentanten seines Arbeitgebers überlegen fühlte und diesen gegenüber wenig bis keinen Respekt entgegen brachte.

Das alles lässt sich auch nicht, wie seine Prozessbevollmächtigte, den Kläger unterbrechend, mitteilte, als Unbeholfenheit im mündlichen Ausdruck erklären.

Dieses zu Tage tretende Persönlichkeitsbild des Klägers darf die Kammer gemäß § 286 Abs. 1 ZPO bei der Bildung einer Überzeugung davon, ob der Kläger persönlich für seine Tätigkeit geeignet ist, berücksichtigen. Immerhin hat das Gericht ausdrücklich den Zweck der Anordnung des persönlichen Erscheinens dahingehend definiert, dass der Kläger Gelegenheit haben solle, persönlich dazu Stellung zu nehmen, ob seine Äußerungen auf Facebook eine verbale Entgleisung oder Ausdruck einer inneren Einstellung seien (Bl. 174 d.A. unter 4.a).

Das in der Anhörung zu Tage getretene Persönlichkeitsbild ist mithin lediglich die Bestätigung des in seinen Facebookbeiträgen zum Ausdruck kommenden Persönlichkeitsbildes.

Bestätigt wird dies dadurch, was der Kläger selbst im Rahmen der Ermittlungen geäußert hat, nämlich dass u.a. Religion bei ihm eine „Triggerpunkt“ sei und dass er an diesen Punkten „zu kriegern“ sei. Diesbezüglich und bei Uneinsichtigkeit anderer sei er reizbar. Das bedeutet im Zusammenhang mit den Facebookbeiträgen, dass der Kläger auf das Thema Religion, offenbar Flucht u.ä. „anspringt“ und sich nicht wirklich im Griff hat.

In seiner damaligen Vernehmung wurde nicht deutlich, dass dies ausschließlich nach Alko-

holkonsum geschieht.

Zusammengefasst zeigen die Äußerungen des Klägers eine innere Einstellung und stellen keine einmalige verbale Entgleisung dar. Die Einstellung lässt sich als zum Teil rassistisch bezeichnen; deutlich wird aber auch, dass der Kläger den Gleichheitssatz der Thüringer Verfassung und des Grundgesetzes und des Menschenbildes gründend auf der unveräußerlichen Menschenwürde ablehnend gegenübersteht. Das begründet Anhaltspunkte für Zweifel an seine Verfassungstreue. Im Gegensatz zu einer Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung müssen sich diese Zweifel nicht in Feststellungen manifestiert haben, denn nach dem klar erkennbaren Willen des Landesgesetzgebers bestehen Sicherheitsbedenken schon bei Zweifeln an der Verfassungstreue und nicht erst bei im Arbeitsverhältnis aufgetauchten manifesten Verstößen hiergegen. Der Landesgesetzgeber durfte dies auch so regeln, denn in Bezug auf die besondere Sicherheitsrelevanz ist dem Beklagten nicht zuzumuten auszuprobieren, ob sich diese Zweifel irgendwann manifestieren oder nicht.

Soweit der Kläger einwendet, die Zweifel seien durch seine 17-jährige unbeanstandete und sogar einmal positiv für einen Vorschlag prämierte Tätigkeit zerstreut, überzeugt dies die Kammer nicht. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung und ist insofern offenkundig, dass derartige Einstellungen wie die des Klägers lange Zeit nicht offen gelegt, sondern im Verborgenen blieben. Erst in den letzten Jahren treten diese offener zu Tage.

Anhaltspunkte für Zweifel an seiner Zuverlässigkeit im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 1 ThürSÜG ist die Unbeherrschtheit des Klägers in Bezug auf die Äußerung anderer Meinungen. Im Bereich des IT-Dauerverdienstes ist es erforderlich auch dann ruhig und besonnen, ohne Ansehung der ggf. anders lautenden Meinungen von Operativkräften oder z.B. Demonstrierenden die Tätigkeit zu verrichten, auch wenn man sich provoziert fühlt. Das setzt eine gewisse Frustrationstoleranz und Beherrschtheit voraus, die dem Kläger nach den Feststellungen der Kammer fehlt. Er selbst hat in der polizeilichen Vernehmung ausgeführt, dass und an welchen Punkten (Triggerpunkte) man "ihn kriegen" könne und an welchen Stellen er "reizbar" sei. Er bestätigte in der mündlichen Verhandlung vom 14.11.2018, dass dieser Befund schon zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung gerechtfertigt war. Auslöser für seine unakzeptablen Äußerungen auf Facebook war die "Naivität" von Menschen, die anderer Meinung waren als der Kläger; allein dies nahm der Kläger zum Anlass Flüchtende als "Abschaum" zu bezeichnen und Andersdenkende als "Hohlfrosch", "Scheißlappen" u.ä. Auch dies ist ein Charakterzug des Klägers und es ist nicht feststellbar, dass er sich im Dienst dauerhaft beherrschen könnte, was ausreichend ist, da hier Zweifel hinreichend sind, um Eignung ausschließende Sicherheitsbedenken zu begründen. Das wird auch daran deutlich, dass sich der Kläger auch während seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung nicht zurückhalten konnte und Andersdenkende als "grenzdebil" bezeichnete. Auch auf indirekte Vorhalte des Beklagten, im Rahmen von dessen Anhörung durch die Kammer, reagierte er sichtlich provoziert

und nahm das zum Anlass, dem Beklagten ironisch vorzuwerfen, nach ihn 17 Jahren beanstandungsfreier Tätigkeit zum "Staatsfeind Nr. 1" zu erklären. Zu einer sachlichen Auseinandersetzung mit anderen scheint der Kläger jedenfalls nicht jederzeit fähig.

Gleichwohl ist die Kündigung wegen dieses Eignungsmangels nicht als außerordentliche Kündigung wirksam, weil die Interessenabwägung ergibt, dass es dem Beklagten zumutbar gewesen wäre, den Kläger mindestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit Alternativtätigkeiten zu beschäftigen.

Der Kläger war 17 Jahre beim Beklagten tätig und ist in einem Alter, in dem auch bei unterstellt guter Arbeitsmarktlage für IT Kräfte das erfolgreiche Bemühen um ein neues Arbeitsverhältnis einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte. Der Beklagte hat ein von der Kammer anerkanntes Interesse, den Kläger nicht mehr am konkreten Arbeitsplatz im IT-Dauerdienst zu beschäftigen. Allerdings fehlt jeder Vortrag und jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger nicht - zumindest vorübergehend - auf einem anderen Arbeitsplatz, der weniger sicherheitsempfindlich ist beschäftigt werden könnte. Immerhin kommt nicht nur eine - zumindest zeitweilige - Versetzung innerhalb des LKA, sondern im gesamten Geschäftsbereich des Thüringer Landesdienstes in Betracht. Grundsätzlich kommt bei Eignungsmängeln in der Person eines Arbeitnehmers die ordentliche Kündigung in Betracht; für die Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung müssten sich schon besondere, das Beschäftigungsinteresse des Klägers überwiegende Interessen feststellen lassen, wozu hier Vortrag und auch überhaupt nur Anhaltspunkte fehlen.

Es kann offen bleiben, ob eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt wäre, denn die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung scheitert hier an der insoweit fehlenden Personalratsbeteiligung.

Gemäß § 140 BGB kann ein nichtiges Rechtsgeschäft, hier die außerordentliche Kündigung, in ein anderes dem mutmaßlichen Willen des rechtsgeschäftlich Handelnden umgedeutet werden, wenn dessen Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen. Als solches kommt, dem mutmaßlichen Trennungswillen des Beklagten folgend, die ordentliche Kündigung in Betracht.

Hier liegen die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer ordentlichen Kündigung nicht vor. Diese wäre nach § 78 Abs. 4 ThürPersVG unwirksam. Danach ist eine Kündigung ohne Beteiligung des Personalrats unwirksam. Hinsichtlich einer ordentlichen Kündigung wurde der Personalrat nicht beteiligt. Nach § 78 Abs. 1 ThürPersVG bestimmt der Personalrat bei ordentlichen Kündigungen mit. Das Verfahren der Mitbestimmung ist in § 69 ThürPersVG geregelt. Danach gilt, dass die ordentliche Kündigung nur mit Zustimmung des Personalrats ausgesprochen werden kann, der Personalrat aber nach § 78 Abs. 1 ThürPersVG auf bestimmte Zustimmungsverweigerungsgründe beschränkt ist.

Hier hat der Beklagte kein eine ordentliche Kündigung betreffendes Mitbestimmungsverfahren eingeleitet, sondern ausdrücklich und ausschließlich nur eine Anhörung nach § 78 Abs. 3 ThürPersVG hinsichtlich einer außerordentlichen Kündigung. Die Einleitung hätte nach § 69 Abs. 2 S. 1 ThürPersVG die Bitte um Zustimmung zur ordentlichen Kündigung enthalten müssen. Hier hat der Beklagte ausdrücklich nur anhören wollen und um Einwendungsverzicht nachgefragt.

Die Mitbestimmung nach §§ 78 Abs. 1, 69 ThürPersVG ist etwas genuin anderes als die Anhörung nach § 78 Abs. 3 ThürPersVG.

Der vom Personalrat erklärte Verzicht, Bedenken zu äußern kann nicht als eindeutige, ausdrückliche und vorbehaltlose Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung ausgelegt werden, weshalb die Schlussfolgerung, er hätte erstrecht einer weniger einschneidenden Maßnahme wie der ordentlichen Kündigung zugestimmt, unzulässig ist und deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt nicht eine ausdrückliche förmliche Beteiligung an der ordentlichen Kündigung unterbleiben durfte.

Erstens sind die Beteiligungsverfahren bei einer ordentlichen und außerordentlichen Kündigung nach dem ThürPersVG genuin anders. Zweitens hat der Personalrat nach § 78 Abs. 3 ThürPersVG nur die Möglichkeit, bei einer außerordentlichen Kündigung Bedenken zu äußern, wohingegen die Zustimmungsverweigerungsrechte nach § 78 Abs. 1 ThürPersVG anders konstruiert sind. Und schließlich bedeutet der Verzicht auf die Äußerung von Bedenken keine vorbehaltlose Zustimmung, sondern wörtlich genommen nur, dass der Personalrat hier (Blatt 39 d. A.) offen lässt, ob er Einwendungen hat oder nicht, sondern nur mitteilt, er habe beschlossen, solche nicht geltend zu machen.

Der Auflösungsantrag ist unbegründet.

Mit der fehlenden Möglichkeit die außerordentliche Kündigung in eine ordentliche umzudeuten entfällt gleichzeitig die Grundlage für den Auflösungsantrag. Es kann also offen bleiben, ob hier auf die erfolglos geltend gemachten Kündigungsgründe der Auflösungsantrag hätte gestützt werden können (dazu BAG 24.5.2018, 2 AZR 73/18).

Der Beklagte trägt die Kosten seiner erfolglos gebliebenen Berufung und der erfolglos gebliebenen Klageerweiterung.

Die hier mit den der Umdeutung im Wege stehenden Regelungen der §§ 78, 69 ThürPersVG zusammenhängenden Rechtsfragen sieht die Kammer als grundsätzliche und klärungsbedürftige an.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann der Beklagte Revision bei dem

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt**

einlegen. Die Revision muss innerhalb **einer Notfrist von einem Monat** nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich, per Fax oder durch Einreichen eines elektronischen Dokuments nach § 46b ArbGG bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Sie ist gleichzeitig oder **innerhalb einer Frist von zwei Monaten** nach Zustellung dieses Urteils schriftlich, per Fax oder durch Einreichen eines elektronischen Dokuments nach § 46b ArbGG zu begründen.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde. Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Prozessbevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Prozessbevollmächtigte kommen in Betracht:

1. ein/e bei einem deutschen Gericht zugelassene/r Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder
2. eine der nachfolgend genannten Organisationen, wenn sie durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt handelt:
 - Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
 - juristische Personen, deren Anteile sämtlich im Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn sie ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

gez. Holthaus

gez. Parkan

gez. Thiemann

Hinweis der Geschäftsstelle

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in **siebenfacher Ausfertigung** bei ihm einzureichen.