

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 12 C 12.264
Sachgebietsschlüssel: 1528

Rechtsquellen:

§ 166 VwGO i.V.m. § 114 ZPO
§ 9 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 MuSchG

Hauptpunkte:

„Besonderer Fall“ im Sinne des § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG;
private Äußerungen in einem internet-Portal über den Kunden des Arbeitgebers

Leitsätze:

Beschluss des 12. Senats vom 29. Februar 2012
(VG Ansbach, Entscheidung vom 16. Januar 2012, Az.: AN 14 K 11.02132)

12 C 12.264
AN 14 K 11.02132

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

***** ** *****

- Klägerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****
***** ** *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigeladen:

vertreten durch den Geschäftsführer,
***** ** *****

wegen

Jugendarbeits- und Mutterschutzrechts (Antrag auf Prozesskostenhilfe);
hier: Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Bayerischen
Verwaltungsgerichts Ansbach vom 16. Januar 2012,
erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 12. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Adolph,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Emmert,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Mayer

ohne mündliche Verhandlung am **29. Februar 2012**
folgenden

Beschluss:

I. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Ansbach vom
16. Januar 2012 – AN 14 K 11.02132 – wird aufgehoben.

Der Klägerin wird Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechts-
anwalt *** ***** aus ***** beigeordnet.

II. Der Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Gründe:

I.

- 1 Die schwangere Klägerin begehrt Prozesskostenhilfe und Anwaltsbeordnung für ihre
Klage gegen den Bescheid der Regierung von Mittelfranken – Gewerbeaufsichtsamt
– vom 8. November 2011, mit dem die (außerordentliche) Kündigung ihres
Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 3 Mutterschutzgesetz (MuSchG) für zulässig er-
klärt wurde.
- 2 1. Die Klägerin hatte am 16. September 2011 auf ihrem privaten facebook-Account
über O2 telefonica, einen Kunden ihres beigeladenen Arbeitgebers, bei dem sie als
Sicherheitsmitarbeiterin im Empfangsbereich eingesetzt war, folgendes gepostet:

3 *„Boah kotzen die mich an von O2, da sperren sie einfach das Handy, obwohl schon
man schon bezahlt hat ... und dann behaupten die es wären keine Zahlungen da.
Solche Penner ... Naja ab nächsten Monat habe ich einen neuen Anbieter ...“*
- 4 2. Die Beigeladene begründete ihren Antrag vom 29. September 2011, eine außer-
ordentlich fristlose Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 BGB nach
§ 9 Abs. 3 MuSchG zuzulassen, im Wesentlichen damit, dass die Klägerin, die am

22. August 2011 im Unternehmen der Beigeladenen als Sicherheitsmitarbeiterin für das Kundenobjekt „O2 telefonca“, ***** **, ***** (mit einer arbeitsvertraglich vereinbarten Probezeit bis zum 21. Februar 2012) eingestellt worden sei, besagte Aussage öffentlich über facebook verbreitet habe. O2 habe der Beigeladenen mitgeteilt, wer so über ein Unternehmen denke, könne dieses gegenüber Kunden und Angestellten nicht repräsentieren. Einem weiteren Einsatz der Klägerin werde deshalb nicht zugestimmt. Die Äußerung „kotzen die mich an von O2“ in Verbindung mit „solche Penner“ erfülle die Straftatbestände für § 185 ff. SGB (Beleidigung, üble Nachrede u.a.). Es sei unter keinen Umständen hinnehmbar, dass eine Mitarbeiterin im Dienstleistungsbereich sich derart negativ und völlig unqualifiziert über das Unternehmen äußere, in welchem sie eingesetzt sei.

5 3. Nach vorheriger Anhörung ließ das Gewerbeaufsichtsamt mit Bescheid vom 8. November 2011 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines „besonderen Falles“ nach § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG seien erfüllt. Durch die von der Klägerin in facebook getätigten Äußerungen über die Firma O2 telefonica, bei der sie im Auftrag ihres Arbeitgebers am Empfang eingesetzt gewesen sei, habe sie in so schwerwiegender Weise gegen die Treuepflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber sowie gegen die Betriebsdisziplin verstoßen, dass eine weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar erscheine. Das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer notwendige Vertrauensverhältnis sei durch das Verhalten der Klägerin nachhaltig zerstört. Daher sei der Beigeladenen auch eine Weiterbeschäftigung bei einem anderen Kunden nicht zumutbar. Es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob die Klägerin die besagten geschäftsschädigenden Äußerungen über die Firma „O2 telefonica“ im öffentlichen oder nicht öffentlichen Bereich von facebook getätigt habe, da sie sich nicht darauf habe verlassen können, dass solche Äußerungen aus dem nicht öffentlichen Bereich nicht doch öffentlich würden. Besondere Gründe in der Person der Arbeitnehmerin, die es rechtfertigen würden, ihrem Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses trotz Vorliegens eines „besonderen Falles“ den Vorrang vor dem Kündigungsinteresse des Arbeitgebers einzuräumen, lägen nicht vor.

6 4. Hiergegen erhob die Klägerin mit Schriftsatz vom 16. November 2011 Klage und beantragte, ihr Prozesskostenhilfe zu bewilligen und Rechtsanwalt *** ***** aus ***** beizuordnen. Sie habe in ihrem privaten facebook account lediglich ihrem Ärger über private Probleme mit dem Telefonanbieter Luft gemacht. Dieser facebook

account sei nur für ihre Freunde sichtbar. Relevante Interessen von O2 seien nicht betroffen; sie habe ausschließlich als Konsumentin ihre Meinung kundgetan. Welche Auffassung ein privater Mitarbeiter eines Sicherheitsdienstes über den Auftraggeber seines Arbeitgebers habe, sei für das Arbeitsverhältnis ohne Bedeutung. Die Beigeladene sei ein so großes Unternehmen, dass es ihr selbstverständlich möglich sei, sie anderweitig einzusetzen, was in der Vergangenheit auch bereits geschehen sei. Der Beigeladenen gehe es allein darum, sie loszuwerden, weil sie schwanger geworden sei.

7 5. Mit Beschluss vom 16. Januar 2012 lehnte das Verwaltungsgericht den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe als unbegründet ab. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung biete keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Das Gewerbeaufsichtsamt habe aller Voraussicht nach zu Recht das Vorliegen eines „besonderen Falles“ im Sinne des § 9 Abs. 3 MuSchG bejaht und die beabsichtigte Kündigung zugelassen. Nach derzeitiger Aktenlage spreche alles dafür, dass in dem Verhalten der Klägerin ein schwerer Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten zu sehen sei, der nicht mit dem Zustand der Beigeladenen während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung im Zusammenhang stehe und die Bejahung eines besonderen Falls im Sinne des § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG rechtfertige. Die abwertenden Äußerungen der Klägerin über einen wichtigen Kunden des Beigeladenen stelle einen derart schweren Verstoß gegen die Treuepflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar, dass das Vertrauen des Arbeitgebers in die Zuverlässigkeit und Loyalität der Arbeitnehmerin in schwerwiegender Weise nachhaltig beeinträchtigt bzw. zerstört worden sei. Entgegen der Ansicht der Klägerin berühre die geschäftsschädigende Aussage nicht nur berechnete Interessen des Kunden, sondern ebensolche des Beigeladenen. Bei O2 handele es sich um einen für den Beigeladenen nach eigenem Vortrag bedeutenden Großkunden, von dem zahlreiche Arbeitsplätze bei der Beigeladenen abhängig seien. Im Wiederholungsfall sei eine massive Gefährdung dieses bedeutenden Auftrages zu befürchten. Eine Wiederholungsgefahr könne deshalb nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden.

8 Ebenso wenig habe die Klägerin darauf vertrauen dürfen, dass ein über facebook verbreitetes Statement dem Charakter eines „vertraulichen Gespräches“ unter Freunden (oder Arbeitskollegen) entspreche. Von einer vertraulichen Kommunikation, die nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte schutzwürdig sei, könne bei einer über

eine Internet-Plattform getätigten Aussage keine Rede sein. Dabei mache es, worauf das Gewerbeaufsichtsamt zu Recht hingewiesen habe, keinen Unterschied, ob ein „posting“ über den öffentlichen oder so genannten privaten Bereich erfolge. Auch im letzteren Fall müsse der Benutzer mit einer „Veröffentlichung“ rechnen. Allein die Tatsache, dass der betroffene Kunde bereits rund fünf Stunden nach dem „posting“ Kenntnis hiervon erhalten und sich noch am selben Tage bei der Beigeladenen hierüber beschwert habe, belege, dass eine vertrauliche Kommunikation im Sinne der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte nicht gewährleistet gewesen sei.

- 9 Auch auf ihr Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) könne sich die Klägerin nicht berufen. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit schütze zum einen weder Formalbeleidigungen noch Schmähungen. Zum anderen sei dieses Grundrecht auch nicht schrankenlos gewährleistet, sondern werde durch das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Solche – wie im vorliegenden Fall – in grobem Maße unsachlichen, geschäftsschädigenden Äußerungen mit ehrverletzendem Charakter fielen nicht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG. Auch Anhaltspunkte dafür, dass das Gewerbeaufsichtsamt bei Erlass des angefochtenen Bescheides die Grenzen des ihm zustehenden Ermessens überschritten habe, seien weder vorgebracht noch sonst ersichtlich. Nach den Grundsätzen des intendierten Ermessens verstehe sich das Ergebnis der Abwägung im Grunde von selbst.
- 10 6. Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Es sei im Allgemeinen damit zu rechnen, dass bei Unzufriedenheit und Aufregung über einen nicht anwesenden, dritten Vertragspartner „nicht freundlich“ gesprochen werde oder gar rüde Ausdrucksformen benutzt würden, ohne dass diese zielgerichtet beleidigenden Charakter gegenüber dem (nicht anwesenden und angesprochenen) Dritten hätten. Ihr könne allenfalls Nachlässigkeit im Umgang mit dem Medium facebook vorgehalten werden. Im Übrigen folge aus einem einmaligen Verstoß nicht automatisch eine Wiederholungsgefahr. Eine solche sei vorliegend schon deshalb ausgeschlossen, weil sie sich aufrichtig für ihr Verhalten entschuldigt habe. Der Beigeladenen sei deshalb durchaus zumutbar, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Der Schutz einer Schwangeren sei höher einzustufen als das Beendigungsinteresse der Beigeladenen. Für die Tatsache, dass der facebook account nicht öffentlich gewesen sei, sondern nur für ihre facebook-Freunde offengestanden habe, werde Frau ***** , ***** Straße *, ***** als Zeugin benannt.

11 Die Klägerin beantragt sinngemäß,
12 den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 16. Januar 2012 aufzuheben
und ihr Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Herrn Rechtsanwalt ***
***** aus ***** zu gewähren.

13 Der Beklagte beantragt,
14 die Beschwerde zurückzuweisen.

15 Er verteidigt die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts. Die ab-
wertenden Äußerungen der Klägerin über den Kunden ihres Arbeitgebers stellten
einen so schwerwiegenden Verstoß gegen die Treuepflichten aus dem Arbeits-
verhältnis dar und ließen derart gravierende Zweifel an der Zuverlässigkeit und dem
korrekten Verhalten der Klägerin aufkommen, dass das Vertrauensverhältnis zum
Beigeladenen in einem Maße gestört sei, dass eine Weiterführung des Arbeits-
verhältnisses bis zum Ablauf des mutterschutzrechtlichen Kündigungsverbots unzu-
mutbar sei.

16 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichts-
akten und auf den Inhalt der beigezogenen Behördenakte Bezug genommen.

II.

17 Die zulässige Beschwerde, der das Verwaltungsgericht nicht abgeholfen hat (§ 148
Abs. 1 VwGO), hat Erfolg.

18 1. Das Verwaltungsgericht hat der Klägerin Prozesskostenhilfe unter Anwalts-
beiordnung zu Unrecht versagt. Der beabsichtigten Klage kann eine hinreichende
Aussicht auf Erfolg im Rahmen der im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens nur
möglichen summarischen Prüfung nicht abgesprochen werden.

19 a) Hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 166 VwGO, § 114 ZPO) besitzt eine beab-
sichtigte Rechtsverfolgung bereits dann, wenn nach summarischer Prüfung eine ge-
wisse, nicht notwendig überwiegende Wahrscheinlichkeit für ein Obsiegen in der

Hauptsache spricht (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., 2011, § 166 RdNr. 8 m.w.N.). Im Hinblick auf die Rechtsschutzgleichheit von Bemittelten und Unbemittelten dürfen die Anforderungen hinsichtlich der Erfolgsaussichten nicht überspannt werden, vor allem ist es unzulässig, schwierige Rechtsfragen, die in vertretbarer Weise auch anders beantwortet werden können, bereits in Vorwegnahme des Hauptsacheverfahrens abschließend im Verfahren der Prozesskostenhilfe zu erörtern und damit den Zugang zu den Gerichten zu verwehren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 5.2.2003 – 1 BvR 1526/02 –, NJW 2003, 1857).

20 b) Gemessen an diesem Maßstab durfte der Klägerin Prozesskostenhilfe nicht versagt werden. Der streitgegenständliche Bescheid des Gewerbeaufsichtsamtes vom 8. November 2011, mit dem die außerordentliche Kündigung der schwangeren Klägerin für zulässig erklärt wurde, ist mit hoher Wahrscheinlichkeit rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

21 aa) Gemäß § 9 Abs. 1 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war und innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Ziel dieser Regelung ist es, die werdende Mutter auch im Interesse der Allgemeinheit so zu schützen, dass sie ein gesundes Kind zur Welt bringen kann. Von der werdenden Mutter sollen nicht nur wirtschaftliche Sorgen durch Erhaltung des Arbeitsplatzes ferngehalten werden. Vermieden werden sollen nach Möglichkeit auch alle psychischen Belastungen, die mit der Kündigung eines Arbeitsplatzes, insbesondere in dem seelisch labilen Zustand einer Frau während der Schwangerschaft, verbunden sind. Da erfahrungsgemäß die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses schon unter normalen Verhältnissen mit starken Aufregungen und anderen seelisch belastenden Begleitumständen für den Gekündigten verbunden ist, gilt dies erst recht für die Fälle der Kündigung einer Schwangeren, so dass nach dem Gesetzeszweck ein strenger Maßstab anzulegen ist und in aller Regel dem Interesse der werdenden Mutter der Vorrang gebührt (vgl. BVerwG, Urteil vom 21.10.1970 – 5 C 34.69 –, BVerwGE 36, 160 [161 f.]).

22 Gemäß § 9 Abs. 3 MuSchG kann die für den Arbeitsschutz zuständige Oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle – hier das Gewerbeaufsichtsamt – in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand einer Frau während der

Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung in Zusammenhang stehen, ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Ob in diesem Sinne ein „besonderer Fall“ vorliegt, ist keine Ermessensentscheidung, sondern die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die in vollem Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.1958 – 5 C 88.56 –, BVerwGE 7, 294 [296]; Urteil vom 21.10.1970 – 5 C 34.69 –, BVerwGE 36, 160 [161]); ein irgendwie gearteter Beurteilungsspielraum steht dem Gewerbeaufsichtsamt insoweit nicht zu.

- 23 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein solcher Fall, der die Merkmale des „besonderen Falles“ und die eines „Ausnahmefalles“ zugleich in sich trägt, nur dann anzunehmen, wenn außergewöhnliche Umstände es rechtfertigen, die vom Gesetz als vorrangig angesehenen Interessen der Schwangeren hinter die des Arbeitgebers zurücktreten zu lassen (vgl. BVerwG, Urteil vom 21.10.1970 – 5 C 34.69 –, BVerwGE 36, 160 [161]; Urteil vom 18.8.1977 – 5 C 8.77 –, BVerwGE 54, 276 [280 f.]; Urteil vom 30.9.2009 – 5 C 32.08 –, BVerwGE 135, 67 [70] zum Begriff des besonderen Falles in § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG). Ein „besonderer Fall“, in dem *ausnahmsweise* eine Kündigung während der Schwangerschaft für zulässig erklärt werden kann, ist deshalb – sofern nicht ohnehin der Zusammenhang zwischen dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung die Annahme eines solchen Falles bereits ausschließt – nur bei besonders schweren Verstößen der Schwangeren gegen arbeitsvertragliche Pflichten gegeben, die dazu führen, dass dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses schlechthin unzumutbar wird (vgl. hierzu BayVGH, Urteil vom 30.11.2004 – 9 B 03.2878 –, BayVBI 2005, 409 [410] zur weithin inhaltsgleichen Regelung des vormaligen BErzGG).
- 24 Der „besondere Fall“ des § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG ist deshalb mit dem „wichtigen Grund“ des § 626 BGB nicht gleichzusetzen (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.1958 – 5 C 88.56 –, BVerwGE 7, 294 [296 f.]). Ein solcher Fall kann demzufolge nur „ausnahmsweise“ dann angenommen werden, wenn außergewöhnliche Umstände das Zurücktreten der vom Gesetz als vorrangig angesehenen Interessen der Schwangeren hinter die – noch gewichtigeren – Interessen des Arbeitgebers rechtfertigen (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.1958 – 5 C 88.56 –, BVerwGE 7, 294 [297]; BayVGH, Urteil vom 30.11.2004 – 8 B 03.2878 –, BayVBI 2005, 409 [410] zur weitgehend in-

haltsgleichen Regelung des vormaligen BErzGG). Für das Vorliegen eines „besonderen Falles“ trägt nach dem Regel-Ausnahmegrundsatz (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG einerseits, § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG andererseits) grundsätzlich der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast im Fall einer Anfechtungsklage der Schwangeren gegen einen die Kündigung zulassenden Bescheid die Behörde.

- 25 Liegen die genannten Tatbestandsmerkmale vor, hat die Behörde ein Ermessen, ob sie ihre Zustimmung erteilen will oder nicht. Dies folgt aus dem Wort „kann“ in § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.1958 – 5 C 88.56 –, BVerwGE 7, 294 [296]). Es handelt sich insoweit nicht um ein so genanntes „intendiertes“ Ermessen. Die Behörde hat vielmehr nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Die Ermessensentscheidung selbst ist nur im Rahmen des § 114 VwGO gerichtlich überprüfbar (vgl. BayVGH, Urteil vom 30.11.2004 – 9 B 03.2878 –, BayVBI 2005, 409 [410] zur weitgehend inhaltsgleichen Regelung des vormaligen BErzGG).
- 26 bb) Angesichts dieses strengen Maßstabes wird die Zulässigerklärung der Kündigung kaum Bestand haben können. Ein „besonderer Fall“ im Sinne des § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG liegt – ungeachtet des Umstandes, dass ein Zusammenhang mit dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung vorliegend nicht gegeben sein dürfte – erkennbar fern.
- 27 Das Verwaltungsgericht hat lediglich unterstellt, nicht aber in der Sache geprüft und nachvollziehbar dargelegt, dass die Äußerungen der Klägerin in grobem Maße unsachlich seien, geschäftsschädigenden und ehrverletzenden Charakter besäßen und deshalb nicht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG fielen. Hiervon ausgehend hat es einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Treuepflichten aus dem Arbeitsverhältnis angenommen und daraus den Schluss gezogen, dass dem Beigeladenen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sei, zumal eine Wiederholungsfahr nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden könne. Diese Annahmen erweisen sich indes schon im Rahmen einer lediglich summarischen Prüfung als nicht haltbar. Das Verwaltungsgericht hat nicht nur Bedeutung und Tragweite des Kündigungsschutzes Schwangerer, sondern auch die des Grundrechts der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und den aus dem allgemeinen Per-

sönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) folgenden Vertraulichkeitschutz fehlerhaft gewichtet, wie sich im Einzelnen aus Folgendem ergibt:

- 28 (1) Die Qualifikation einer ehrenrührigen Aussage als Schmähkritik und der damit begründete Verzicht auf eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehre erfordern regelmäßig die Berücksichtigung von Anlass und Kontext der Äußerung (vgl. BVerfGE 93, 266 [303]; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des 1. Senats vom 5.12.2008 – 1 BvR 1318/07 –, NJW 2009, 749 [750] – „Dummschwätzer“). Hiervon kann allenfalls ausnahmsweise abgesehen werden, wenn es sich um eine Äußerung handelt, deren diffamierender Gehalt so erheblich ist, dass sie in jedem denkbarem Sachzusammenhang als bloße Herabsetzung des Betroffenen erscheint und daher unabhängig von ihrem konkreten Kontext stets als persönlich diffamierende Schmähung aufgefasst werden muss, wie dies möglicherweise bei der Verwendung besonders schwerwiegender Schimpfwörter – etwa aus der Fäkalsprache – der Fall sein kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 5.12.2008 – 1 BvR 1318/07 –, NJW 2009, 749 [750] – verneint für die Bezeichnung „Dummschwätzer“).
- 29 Für das Vorliegen einer solchen Konstellation bestehen vorliegend jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte. Zwar mag es sich bei den Äußerungen „kotzen die mich an von O2“ und „solche Penner“ bei isolierter Betrachtung um Ehrverletzungen handeln (können), nicht aber um solche, die ihrem Bedeutungsgehalt nach unabhängig von ihrem Verwendungskontext die mit ihm bezeichnete Person oder Institution stets als Ganzes herabsetzen, ihr also ihren (personalen) Wert insgesamt absprechen und sie so vom Prozess der freien Kommunikation ausschließen (vgl. hierzu auch BVerfG, Beschluss vom 5.12.2008 – 1 BvR 1318/07 –, NJW 2009, 749 [750] – „Dummschwätzer“). Vielmehr knüpfen diese Begriffe ihrer Bedeutung nach an ein Verhalten des Betroffenen – hier „O2 telefonica“ – an, nämlich dessen angebliches Gebaren im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Vertragsverhältnisses für das von der Klägerin privat betriebene Handy. Dies schließt es zwar nicht von vorneherein aus, in den genannten Aussagen im Einzelfall gleichwohl eine Schmähkritik zu sehen, etwa wenn ohne jeden sachlichen Anlass das betroffene Unternehmen diffamiert werden soll.
- 30 Anders verhält es sich hingegen dann, wenn – wie hier – die Benutzung des entsprechenden Vokabulars sich nur als sprachlich pointierte Bewertung im Kontext einer bestimmten sachlichen Aussage über die Abwicklung eines Vertragsverhält-

nisses durch den Betroffenen darstellt (vgl. hierzu auch BVerfG, Beschluss vom 5.12.2008 – 1 BvR 1318/07 –, NJW 2009, 749 [750] – „Dummschwätzer“). Insoweit ist maßgeblich zu berücksichtigen, dass der Begriff der Schmähkritik aufgrund seines die Meinungsfreiheit verdrängenden Effekts eng auszulegen ist (vgl. BVerfGE 93, 266 [294]). Infolgedessen macht auch eine überzogene oder ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung (vgl. BVerfGE 82, 272 [283 f.]; 85, 1 [16]; 93, 266 [294]). Erst wenn diese nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern – jenseits auch polemischer und überspitzer Kritik – die Diffamierung der Person oder eines Unternehmens in den Vordergrund stellt, hat eine solche Äußerung als Schmähung regelmäßig hinter dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurückzustehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 5.12.2008 – 1 BvR 1318/07 –, NJW 2009, 749 [750] – „Dummschwätzer“).

- 31 Da die Ausführungen der Klägerin erkennbar – ob berechtigt oder unberechtigt ist insoweit ohne Bedeutung (vgl. BVerfGE 93, 266 [294] m.w.N.) – das Verhalten von „O2 telefonica“ im Zusammenhang mit der Abwicklung des privaten Handyvertrages kritisieren, nicht aber das Unternehmen in Bausch und Bogen diffamieren, dürfte die Annahme einer unzulässigen Schmähkritik oder gar ehrverletzenden Beleidigung von vorneherein fernliegen. Vielmehr erweisen sich die Äußerungen der Klägerin über O2 – trotz ihres rüden Tons – wohl noch als vom Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) gedeckt.
- 32 Unter der Geltung des Grundgesetzes entscheidet allein die Klägerin, was sie „ankotzt“ und was nicht. Auch die Bezeichnung „Penner“ hat nicht von vornherein stets beleidigenden, einen abwertenden Vergleich mit einem Nichtsesshaften herstellenden Charakter. So werden etwa im Einzelhandel umgangssprachlich schlecht verkäufliche Artikel (so genannte „Ladenhüter“) im Gegensatz zum „Renner“ auch als „Penner“ bezeichnet (vgl. www.wikipedia.de). Ganz allgemein gilt der Begriff als Synonym für Trägheit und Schläfrigkeit.
- 33 Die richtige Erfassung des Sinns der streitgegenständlichen Äußerungen ist Voraussetzung jeder zutreffenden rechtlichen Würdigung (vgl. BVerfGE 93, 266 [295]). Gerichtsentscheidungen, die den Sinn der umstrittenen Äußerungen erkennbar verfehlen und darauf ihre rechtliche Würdigung stützen, verstoßen gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit (vgl. BVerfGE 93, 266 [295]). Gleiches gilt, wenn ein Gericht bei (objektiv) mehrdeutigen Äußerungen von vornherein die ehrenrührige

Variante zugrunde gelegt, ohne zuvor alle anderen möglichen Deutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen zu haben (vgl. BVerfGE 93, 266 [295 f.]; 82, 43 [52]). Lassen die Äußerungen – namentlich im umgangssprachlichen Bereich – eine nicht ehrenrührige Deutung zu, so verletzt eine Gerichtsentscheidung, die ein solches Verständnis übergangen hat, regelmäßig Art. 5 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 93, 266 [296]).

34 Ungeachtet dessen hat das Verwaltungsgericht auch nicht hinreichend gewichtet, dass die angeblich inkriminierten Äußerungen nur das private Vertragsverhältnis der Klägerin mit „O2 telefonica“ betreffen, ein Unternehmen, das zugleich auch Kunde ihres Arbeitgebers ist, nicht aber diesen selbst. Die Klägerin geht ihres Grundrechts auf freie Meinungsäußerung im privaten Bereich nicht dadurch verlustig, dass sie zu dem Beigeladenen in einem Arbeitsverhältnis steht und der Kritisierte Kunde ihres Arbeitgebers ist. Dies gilt selbst dann, wenn die Klägerin – wie hier – im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen dem Beigeladenen und dem Kritisierten als Erfüllungsgehilfin ihres Arbeitgebers tätig ist. Eine andere Beurteilung könnte allenfalls dann Platz greifen, wenn die streitgegenständlichen Äußerungen den Kunden des Beigeladenen (O2) ohne Anknüpfung an ein bestimmtes Verhalten – hier das Sperren des Handys – diffamieren und herabsetzen würde. Gerade das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr hat die Klägerin – wie jeder andere Kunde von „O2 telefonica“ auch – ihre privaten Interessen wahrgenommen. Das haben sowohl der Arbeitgeber als auch „O2 telefonica“ selbst hinzunehmen. Weder O2 noch die Beigeladene haben Anspruch darauf, von anderen nur so dargestellt zu werden, wie sie selbst gesehen werden möchten oder wie sie sich selbst und ihre Leistungen sehen (vgl. BVerfGE 105, 252 [266] – „Glykol“). Mangels Vorwerfbarkeit des Verhaltens der Klägerin dürfte es auch auf das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr nicht ankommen. Eine solche ist im Übrigen auch schon deshalb fernliegend, weil die Klägerin ihr Verhalten inzwischen aufrichtig bedauert und sich sowohl gegenüber dem Beigeladenen als auch O2 telefonica entschuldigt hat.

35 (2) Fehl geht des Weiteren auch die Annahme des Verwaltungsgerichts, es mache keinen Unterschied ob ein „posting“ über den „öffentlichen“ oder den so genannten „privaten“ Bereich erfolge, denn auch im letzteren Fall habe der Benutzer mit einer „Veröffentlichung“ zu rechnen und könne nicht von einer „vertraulichen Kommunikation“ im Sinne der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ausgehen. Unterstellt, es würde sich – anders als oben dargelegt – tatsächlich um diffamierende oder ehr-

verletzende Äußerungen handeln, so wäre hier sehr wohl von Bedeutung, ob es sich – wie die Klägerin geltend macht – um eine vertrauliche Kommunikation mit ihren Internetfreunden gehandelt hat oder nicht. Denn derartige Äußerungen in vertraulichen Gesprächen – sei es unter Arbeitskollegen oder Freunden – vermögen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit letztlich auch die Annahme eines „besonderen Falles“ im Sinne von § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen.

36 Der Arbeitnehmer darf anlässlich solcher Gespräche nämlich regelmäßig darauf vertrauen, dass seine Äußerungen nicht nach außen getragen werden. Er muss nicht damit rechnen, dass durch sie der Betriebsfrieden gestört und das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber belastet wird. Schon gar nicht kann ihm ein dahingehender Wille unterstellt werden. Vertrauliche Äußerungen unterfallen dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG). Die vertrauliche Kommunikation in der Privatsphäre ist Ausdruck der Persönlichkeit und grundrechtlich gewährleistet. Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, genießen in Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung verfassungsrechtlichen Schutz, der dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.7.2009 – 2 BvR 2186/07 –, StV 2010, 142 f.; Beschluss vom 23.11.2006 – 1 BvR 285/06 –, NJW 2007, 1194 [1195] – „beleidigungsfreier Bereich“). Hebt einer der Gesprächspartner später gegen den Willen des sich negativ äussernden Arbeitnehmers die Vertraulichkeit auf, so geht dies arbeitsrechtlich nicht ohne weiteres zu dessen Lasten. Den Schutz der Privatsphäre und Meinungsfreiheit kann nur derjenige Arbeitnehmer nicht für sich in Anspruch nehmen, der selbst die Vertraulichkeit der Situation aufhebt (vgl. BAG, Urteil vom 10.12.2009 – 2 AzR 534/08 –, DB 2010, 1028 ff.).

37 Es würde deshalb – eine diffamierende oder verletzende Äußerung unterstellt – sehr wohl darauf ankommen, ob das so genannte „posting“ im lediglich „privaten Bereich“ von facebook, oder „öffentlich“ erfolgt ist, zumal nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Erfahrungssatz gilt, dass angreifbare Bemerkungen, die im – kleineren – Kollegenkreis erfolgen, regelmäßig in der sicheren Erwartung geäußert werden, sie würden nicht über den Kreis der Gesprächsteilnehmer hinausdringen (vgl. BAG, Urteil vom 10.12.2009 – 2 AzR 534/08 –, DB 2010, 1128 ff.). Die

Annahme des Verwaltungsgerichts, ein Benutzer von facebook dürfe, selbst dann, wenn er nur über seinen privaten facebook account eine Äußerung verbreite, nicht darauf vertrauen, dass diese im vorgenannten Sinne vertraulich bleibe, ist deshalb – jedenfalls ohne sachverständige Klärung – ohne jede Grundlage.

38 (3) Da es vorliegend mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits an den erforderlichen „Anknüpfungstatsachen“ für die Annahme eines „besonderen Falles“ im Sinne von § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG fehlt, dürfte weder für eine Prüfung der Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch für eine wie auch immer geartete Ermessensausübung des Gewerbeaufsichtsamtes irgendein Raum sein. Ungeachtet dessen käme selbst dann, wenn der Klägerin ein vorwerfbares Verhalten zur Last läge, die Annahme eines „besonderen Falles“ im Sinne von § 9 Abs. 3 MuSchG wohl kaum in Frage. Zum einen liegt angesichts des zugrundezulegenden strengen Maßstabes ein „besonders schwerer Verstoß“ gegen arbeitsvertragliche Pflichten nicht inmitten. Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern dem Beigeladenen die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses schlechthin unzumutbar sein sollte. Die Anwendung von § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG kommt regelmäßig dann nicht in Frage, wenn die nach dem Mutterschutzgesetz Kündigungsschutz genießende Arbeitnehmerin „umgesetzt“ werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.08.1977 – 5 C 8.77 –, BVerwGE 54, 276 [283]). Letzteres dürfte hier der Fall sein, da die Äußerungen nicht den Arbeitgeber, sondern lediglich einen Kunden betreffen und die Klägerin – wie auch bereits in der Vergangenheit – angesichts der Größe des Unternehmens wohl durchaus bei einem anderen Kunden eingesetzt werden kann. Überhaupt drängt sich der Eindruck auf, dass es der Beigeladenen allein darum geht, die Klägerin loszuwerden, nachdem sie ihre Schwangerschaft mitgeteilt hat.

39 Die Kündigung der schwangeren Klägerin dürfte deshalb gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unzulässig und der Bescheid des Gewerbeaufsichtsamtes vom 8. November 2011 rechtswidrig sein. Angesichts dessen hat die von der Klägerin erhobene Klage hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 166 VwGO i.V.m. § 114 ZPO). Da die Klägerin nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann, ist ihr Prozesskostenhilfe zu bewilligen und Rechtsanwalt *** ***** aus ***** beizuordnen (§ 121 Abs. 2 ZPO).

40 2. Eine Kostenentscheidung und eine Streitwertfestsetzung sind in dem erfolgreichen Beschwerdeverfahren nicht erforderlich (vgl. § 127 Abs. 4 ZPO). Eine Ge-

büher fällt nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) nicht an.

41 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

42 Adolph

Emmert

Dr. Mayer