

Aktenzeichen: 2 AZR 821/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 17. Januar 2008
- 2 AZR 821/06 -

I. Arbeitsgericht
Lübeck

Urteil vom 22. September 2005
- 1 Ca 1608/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 15. August 2006
- 6 Sa 467/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Betriebsrat

Gesetze:

KSchG §§ 1, 15; BetrVG § 78

Leitsatz:

Nach § 15 KSchG ist auch eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist gegenüber dem geschützten Personenkreis unzulässig.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 821/06

6 Sa 467/05

Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Januar 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

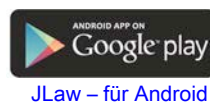
pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Lücke für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 15. August 2006 - 6 Sa 467/05 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten auf verhaltensbedingte Gründe gestützten außerordentlichen Kündigung. 1

Die 1949 geborene Klägerin trat 1995 als Bürokauffrau in die Dienste der Beklagten. Sie war bis zur Neuwahl im Frühjahr 2006 Mitglied des Betriebsrats. Die Beklagte betreibt eine Rehabilitationsklinik. Zu den Aufgaben der Klägerin gehören der Empfang der Patienten und die Verwaltung zweier Kassen. 2

Im Februar 2004 fand ein Gespräch wegen der Kassenführung mit der Klägerin statt. Am 1. April 2004 wurde der Klägerin eine Abmahnung erteilt. Mit Datum vom 19. August 2004 sprach die Beklagte der Klägerin wegen einer Fehlbuchung eine „letztmalige“ Abmahnung aus. Im September 2004 beabsichtigte die Beklagte, die Klägerin wegen mangelhafter Arbeitsleistungen zu entlassen. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung, da er der Auffassung war, die Arbeitsleistungen würden sich noch verbessern. Unter dem 7. Oktober 2004 mahnte die Beklagte die Klägerin ein weiteres Mal ab. 3

Am 4. Mai 2005 kehrte die Klägerin nach einem dreiwöchigen Urlaub zurück und wurde zu einem Personalgespräch gebeten. Dabei ging es um den Vorhalt mangelnder Freundlichkeit gegenüber Patienten und fehlerhafter Kassenführung. Unter anderem hatte die Klägerin Kassendifferenzen im einstelligen Bereich durch nachträgliche Buchungen, deren Korrektheit nicht festgestellt werden konnte, auszugleichen oder zu verbergen versucht. In gleicher Absicht hatte sie eigenes Geld in die Kasse gelegt. 4



Die Beklagte sprach nach Zustimmung des Betriebsrats am 27. Mai 2005 eine außerordentliche Kündigung zum 31. Mai 2005 aus. 5

Die Klägerin hält die Kündigung für unwirksam. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten. Außerdem liege kein wichtiger Grund vor, da ihr nur kleinere Sorgfaltspflichtverletzungen vorgeworfen würden. 6

Die Klägerin hat beantragt, 7

1. festzustellen, dass das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 27. Mai 2005, der Klägerin zugegangen am 28. Mai 2005, nicht zum 31. Mai 2005 endete,
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Beendigung des vorliegenden Rechtsstreits zu den bisherigen Bedingungen als Bürokauffrau weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 8

Die Beklagte hält die Kündigung für wirksam. Maßgeblich sei im Rahmen der Prüfung des wichtigen Grundes, ob es ihr zugemutet werden könne, die Klägerin bis zum Auslaufen des Sonderkündigungsschutzes zu beschäftigen. Nicht dagegen komme es auf die fiktive ordentliche Kündigungsfrist an, die unstreitig bereits am 30. September 2005 auslief. Die Klägerin habe sich mehrfach weisungswidrig verhalten und dann auch noch versucht, Fehler zu kaschieren. Der Klägerin werde nicht vorgeworfen, in die eigene Tasche gewirtschaftet zu haben, sie sei aber uneinsichtig. Es liege eine bewusste vorsätzliche Missachtung der arbeitsvertraglichen Pflichten vor. Das Vertrauen in eine korrekte Kassenführung und Loyalität habe Vorrang gegenüber dem Interesse der Klägerin an dem Erhalt des Arbeitsplatzes. Zu berücksichtigen sei auch die besondere Vertrauensstellung der Klägerin. Letztlich müsse die Kündigung jedenfalls in eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist umgedeutet werden. 9

Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom 10



Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter und macht hilfsweise die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. September 2005 geltend.

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. 11
- A. Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, die außerordentliche Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied sei gerechtfertigt, wenn es dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden könne, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Die Fehlverhaltenweisen der Klägerin seien schwerwiegend gewesen, vor allem, weil die Klägerin ihre Buchungsfehler zu verdecken gesucht habe. Trotzdem sei der Beklagten eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist zumutbar gewesen. Das durch Betriebszugehörigkeit, Alter und eine zehnjährige beanstandungsfreie Tätigkeit gewichtige Bestandsinteresse der Klägerin überwiege das Interesse der Beklagten an einem geordneten Betriebsablauf und der Sicherheit, dass Buchungen ordnungsgemäß durchgeführt würden. Eine Möglichkeit der Umdeutung in eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist bestehe gegenüber Betriebsratsmitgliedern nicht. 12
- B. Dem stimmt der Senat im Wesentlichen zu. 13
- I. Die Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis der Parteien weder fristlos noch mit Ablauf einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist aufgelöst. 14
1. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Voraussetzungen einer außerordentlichen fristlosen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB lägen nicht vor, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 15
- a) Eine schwere, insbesondere schuldhaftige Vertragspflichtverletzung kann die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem 16



Grund an sich rechtfertigen. Dabei kann ein wichtiger Grund an sich nicht nur in einer erheblichen Verletzung der vertraglichen Hauptleistungspflichten liegen. Auch die erhebliche Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein (*st. Rspr. vgl. Senat 19. April 2007 - 2 AZR 78/06 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 77; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 16; BAG 15. Januar 1986 - 7 AZR 128/83 - AP BGB § 626 Nr. 93 = EzA BGB § 626 nF Nr. 100; vgl. auch: Senat 16. August 1991 - 2 AZR 604/90 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 27 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41*). Es kommt darauf an, ob dem Kündigenden angesichts der Vertragsverstöße die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zugemutet werden kann.

aa) Bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers ist entscheidend, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist unzumutbar wäre (*BAG 29. März 2007 - 8 AZR 538/06 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 4 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 14; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - BAGE 118, 104; 6. Oktober 2005 - 2 AZR 362/04 - AP BAT § 53 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 14; 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - BAGE 112, 124; 8. April 2003 - 2 AZR 355/02 - AP BGB § 626 Nr. 181 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 2*).

(1) Das gilt nicht nur bei individuell oder tarifvertraglich vereinbartem Ausschluss der ordentlichen Kündigung, sondern nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, an der er festhält, auch bei Arbeitnehmern, denen gegenüber die ordentliche Kündigung nach § 15 KSchG ausgeschlossen ist (*Senat 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30; 8. August 1968 - 2 AZR 348/67 - AP BGB § 626 Nr. 57; 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - BAGE 51, 200; 18. Februar 1993 - 2 AZR 526/92 - AP KSchG 1969 § 15 Nr. 35 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 40; 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30; für die be-*

17

18



triebsbedingte Änderungskündigung einschränkend: 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185).

(2) Der von der Revision unter Berufung auf Etzel (*KR 8. Aufl. § 15 KSchG Rn. 22, 23 mwN*) befürworteten Auffassung, es komme im Rahmen des § 15 KSchG nicht auf den Zeitpunkt des Ablaufs der fiktiven Kündigungsfrist, sondern auf den Zeitpunkt an, in dem der Sonderkündigungsschutz voraussichtlich ende, kann der Senat nicht beitreten. 19

(a) Richtig ist, dass § 626 Abs. 1 BGB nicht von der fiktiven Möglichkeit der Beendigung ausgeht. Die Norm setzt vielmehr voraus, dass der Kündigende die Möglichkeit hat, sich zwischen der fristlosen Beendigung und einer zu einem ihm bekannten Zeitpunkt eintretenden Beendigung zu entscheiden. Der Kündigende soll regelmäßig eine reale und nicht nur fiktive Zumutbarkeitsprüfung vornehmen können. 20

(b) Für verhaltensbedingte außerordentliche Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern, die den Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG genießen, müssen jedoch die Nachteile einer fiktiven Zumutbarkeitsprüfung in Kauf genommen werden. Ansonsten wäre eine § 78 BetrVG widersprechende Benachteiligung dieses Personenkreises die Folge (*vgl. KR-Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 133; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 15 Rn. 97 mwN; Stahlhacke/Preis/Vossen-Stahlhacke Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1647; HWK/Quecke 2. Aufl. § 15 KSchG Rn. 43; ErfK-Kiel 7. Aufl. § 15 KSchG Rn. 26 ff.; Thüsing/Laux/Lembke-Thüsing KSchG § 15 KSchG Rn. 53*). Würde etwa bei einer außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung wegen einer gemeinschaftlich begangenen Pflichtverletzung eines Betriebsratsmitglieds und eines sonstigen Arbeitnehmers bei im übrigen vergleichbaren Tatumständen und gleich gelagerten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen die fristlose Kündigung gegenüber dem Betriebsratsmitglied allein wegen der absehbar langen Bindungsdauer (zumindest ein Jahr nach Ende des Betriebsratsamts) für wirksam, die fristlose Kündigung gegenüber dem anderen Arbeitnehmer jedoch mit der Begründung für unwirksam erachtet, dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordent- 21



lichen Kündigungsfrist sei dem Arbeitgeber zumutbar, so würde das Betriebsratsmitglied offensichtlich allein wegen seines Betriebsratsamts einen gravierenden Rechtsnachteil erleiden. Da es der erklärte Sinn der in § 15 KSchG enthaltenen Vorschriften ist, den Betriebsrat vor Benachteiligungen auf Grund seines Amtes zu schützen, muss diese Konsequenz der von der Revision vertretenen Auffassung und mit ihr auch diese Auffassung selbst abgelehnt werden.

b) Von diesen Grundsätzen ist auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen und hat sie ohne revisiblen Rechtsfehler auf den Fall angewandt. 22

aa) Nicht zu beanstanden ist zunächst die Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin müsse sich schwere Vertragspflichtverletzungen vorwerfen lassen. Dass ein Arbeitnehmer, der für die Verwaltung und Abrechnung von Kassen zuständig ist, etwa vorgekommene Buchungsfehler nicht durch neue und bewusste Fehlbuchungen, Nachzahlungen etc. zu verdecken versuchen darf, wird auch von der Klägerin nicht in Abrede gestellt. 23

bb) Wenn das Landesarbeitsgericht weiter zu dem Ergebnis gekommen ist, angesichts der zehnjährigen beanstandungsfreien Arbeitsleistung und des Lebensalters der Klägerin überwiege (noch) das Interesse der Klägerin am Erhalt des Arbeitsplatzes und der Beklagten sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist (30. September 2005) noch zuzumuten, so sind die von der Revision dagegen ins Feld geführten Gründe angesichts des tatrichterlichen Ermessensspielraums des Landesarbeitsgerichts nicht geeignet, die Interessenabwägung als rechtsfehlerhaft erscheinen zu lassen. Die Revision meint, das Landesarbeitsgericht habe die Vertrauensstellung der Klägerin übersehen. Das trifft nicht zu. Das Landesarbeitsgericht hat die Vertrauensstellung der Klägerin zwar im Rahmen der Interessenabwägung nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch bei Prüfung der Vertragsverstöße der Klägerin gerade auf den Gesichtspunkt des Vertrauensverlustes abgehoben und im Tatbestand die Aufgabe der Klägerin genau beschrieben. Es hat also die Besonderheit der von der Klägerin betreuten Arbeitsaufgabe sehr wohl in seine Überlegungen einbezogen. Auch die aus den 24



Fehlleistungen der Klägerin sich ergebende Notwendigkeit einer häufigen Kontrolle ist vom Landesarbeitsgericht im Tatbestand ausdrücklich erwähnt und im Rahmen der Interessenabwägung mit dem „Interesse der Beklagten an einem geordneten Betriebsablauf“ jedenfalls angesprochen. Auch wenn der Kündigung Abmahnungen vorausgingen, so fällt doch zu Gunsten der Klägerin in die Waagschale, dass im Streitfall - anders als bei den meisten Fällen von Kassenmanipulationen - zu keinem Zeitpunkt der Vorwurf erhoben wurde, die Klägerin habe in die eigene Tasche gewirtschaftet. Letztlich geht es um einen Leistungsmangel, was den zu beklagenden Vertrauensverlust begrenzt (vgl. auch BAG 27. April 2006 - 2 AZR 415/05 - AP BGB § 626 Nr. 203 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 17).

2. Die Kündigung ist nicht als außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist wirksam. Das Arbeitsverhältnis hat nicht, wie von der Beklagten geltend gemacht, am 30. September 2005 sein Ende gefunden. 25

a) Die Revision vertritt im Unterschied zum Landesarbeitsgericht die Auffassung, in den Fällen, in denen eine verhaltensbedingte fristlose Kündigung gegenüber dem Betriebsratsmitglied ausgeschlossen ist, sei mit Rücksicht auf die lange Bindungsdauer - etwa in Anlehnung an die Senatsrechtsprechung zu tariflich unkündbaren Arbeitnehmern - eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung unter Gewährung einer Auslauffrist in Betracht zu ziehen (vgl. KR-Etzel 8. Aufl. § 15 KSchG Rn. 22, 23; Thüsing/Laux/Lembke-Thüsing KSchG § 15 KSchG Rn. 53; HWK/Quecke 2. Aufl. § 15 KSchG Rn. 43). Nur so könne eine Bevorzugung des Betriebsratsmitglieds gegenüber einem vergleichbaren tariflich unkündbaren Arbeitnehmer vermieden werden (§ 78 Satz 2 BetrVG). Der Senat habe bei betriebsbedingten Massenänderungskündigungen auch gegenüber nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmern eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist zugelassen (vgl. Senat 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185). 26

b) Dieser Auffassung schließt sich der Senat nicht an. Sie schenkt den erheblichen Unterschieden zwischen der betriebsbedingten Kündigung einerseits und der verhaltensbedingten Kündigung andererseits zu wenig Beachtung. 27



aa) Zunächst ist unverkennbar, dass die Zulassung einer außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist aus verhaltensbedingten Gründen die kündigungsrechtlichen Grenzen zwischen dem kündbaren und dem nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer verwischen müsste. Sie führt in Fällen, in denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist, nicht aber bis zum Auslaufen des Sonderkündigungsschutzes zumutbar ist, zur Zulässigkeit einer Kündigung, die im Ergebnis der - eigentlich ausgeschlossenen - ordentlichen Kündigung gleichkommt. Sie stellt damit für diese Fallgruppe den unkündbaren Betriebsrat mit dem kündbaren Arbeitnehmer gleich. Sinn des Gesetzes ist es aber, den Betriebsrat - abgesehen von den Fällen des § 15 Abs. 4, 5 KSchG - von der Bedrohung durch ordentliche Kündigung gerade mit Rücksicht auf seine besondere Stellung auszunehmen. Bei Zulassung einer verhaltensbedingten Kündigung mit Auslauffrist für Betriebsratsmitglieder würde sich „exakt die Gefahr realisieren, die der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 15 KSchG ausschalten wollte“ (vgl. *Bröhl Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist S. 45; im Ergebnis ebenso KR-Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 133*).

28

bb) Die vom Senat bejahte Zulässigkeit der Änderungskündigung mit Auslauffrist aus betriebsbedingten Gründen weist einen maßgeblichen Unterschied zu der hier gegebenen Lage auf. Das Gesetz zeigt in § 15 Abs. 4, 5 KSchG, dass es im Falle betriebsbedingter Umstände den Sonderkündigungsschutz für von vornherein einschränkungsbedürftig hält. Das rechtfertigt sich daraus und insoweit, als es sich um Umstände handelt, von denen das Betriebsratsmitglied niemals allein und als solches betroffen sein kann. Eine Benachteiligung des Betriebsrats gegenüber den nicht geschützten Arbeitnehmern (§ 78 BetrVG) scheidet in solchen Fällen deshalb von vornherein aus. Dagegen realisiert sich bei verhaltensbedingten Kündigungen nicht das - letztlich alle gleich treffende - Betriebsrisiko, sondern es verwirklichen sich auf die einzelne Person bezogene Gefährdungen des Vertragsverhältnisses.

29



II. Die Kosten der erfolglos gebliebenen Revision fallen der Beklagten nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

Rost

Bröhl

Schmitz-Scholemann

Baerbaum

J. Lücke



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)