

## Professor Dr. Peter Krebs

### Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene (Diplom)- SS 2005

#### Lösung der 3. Klausur im Arbeitsrecht

Das Arbeitsgericht wird der Klage des A stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

##### 1. Rechtsweg

Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 b) ArbGG ist das Arbeitsgericht ausschließlich zuständig für bürgerlich rechtliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Hier handelt es sich um eine bürgerlichrechtliche Streitigkeit zwischen dem A als Arbeitnehmer und der B, als Arbeitgeber über den Bestand des zwischen diesen bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist somit eröffnet.

##### 2. Kündigungsschutzklage

Weiterhin müsste ein zulässiges Feststellungsbegehren gegeben sein. Gem. § 256 Abs. 1 ZPO kann Gegenstand einer Feststellungsklage grundsätzlich nur das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und nicht die Wirksamkeit einzelner rechtsgeschäftlicher Handlungen sein.

*Anmerkung: In der Klausur muss § 256 ZPO nicht unbedingt gebracht werden*

Abweichend von diesem allgemeinen Grundsatz kann nach der spezielleren Regelung der §§ 4,13 Abs. 1 Satz 2 KSchG bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch isoliert die Wirksamkeit einer einzelnen Kündigung überprüft werden. Die Kündigungsschutzklage wäre danach zulässig, wenn der betriebliche Geltungsbereich des KSchG eröffnet wäre.

- a) Für die Anwendbarkeit des KSchG kommt es gem. § 23 KSchG zunächst auf die Anzahl der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an.

- aa) Gem. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG findet das Kündigungsschutzgesetz in Betrieben, in denen in der Regel 5 oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden, keine Anwendung.

Konkrete Angaben über die Zahl der Mitarbeiter enthält der Sachverhalt nicht. Bei der B existiert jedoch ein Betriebsrat. Gem. § 9 BetrVG beginnt die Betriebsratsfähigkeit eines Betriebes, wenn der Betrieb fünf wahlberechtigte Arbeitnehmer hat. Es ist daher davon auszugehen, dass bei der B mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Danach wäre das Kündigungsschutzgesetz anwendbar.

- bb) Gem. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz in Betrieben, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt sind, nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat.

*Anmerkung: Für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am 01.01.2004 oder später begonnen hat, greift das Kündigungsschutzgesetz somit nur dann ein, wenn in dem Betrieb in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt werden*

A ist bereits seit 1984 bei der B beschäftigt, so dass es auf den Schwellenwert gem. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG vorliegend nicht ankommt.

Das KSchG ist gem. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG anwendbar.

- b) A ist länger als sechs Monate im Betrieb der B beschäftigt, so dass gem. § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz auch Anwendung findet.

### III. Klagefrist

Gem. § 4 S. 1 KSchG muss ein Arbeitnehmer, der die Unwirksamkeit einer Kündigung geltend machen will, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage auf Feststellung erheben. Diese Frist spielt jedoch für die Zulässigkeit der Klage keine Rolle. Die Nichteinhaltung der Frist führt nicht zur Unzulässigkeit der Klage, sondern bedingt die Wirksamkeit der Kündigung gem. § 7 KSchG.

Die Klage des A ist somit zulässig.

## B. Begründetheit

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst wurde. Das ist der Fall, wenn die Kündigung unwirksam wäre oder sie zwar wirksam wäre, der Beendigungstatbestand aber nicht eingetreten ist.

1. A könnte die Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr geltend machen, wenn die Kündigungsschutzklage nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erhoben worden wäre, §§ 4 S. 1, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG. Wird die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht, so gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam, § 7 KSchG.

Die Kündigung ist dem A am 28.11.2004 zugegangen. Kündigungsschutzklage hat er am 06.12.2004 erhoben, so dass die Dreiwochenfrist gem. §§ 4 S. 1, 13 Abs. 1 S. 2 KSchG eingehalten ist.

2. Fraglich ist, ob eine wirksame Kündigungserklärung vorliegt.
  - a) Die B kündigte mit Schreiben vom 28.11.2004 das Arbeitsverhältnis wegen des Diebstahls vom 23.11.2004 fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Damit liegt zunächst eine formwirksame Kündigung i.S.d. § 623 BGB vor.

*Anmerkung: Die Angabe des Kündigungsgrundes bedarf keiner Schriftform (vgl. Däubler AiB 2000, 188, 190; Richardi/Annuß NJW 2000, 1231, 133), d.h. das Kündigungsschreiben muss grundsätzlich keinen Grund enthalten. Eine Ausnahme gilt für die Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses gem. § 15 Abs. 3 BBiG und bei der Kündigung einer Schwangeren und Wöchnerin gem. § 9 Abs. 3 S. 2 MuSchG*

- b) Gem. § 626 Abs. 2 S. 1 BGB kann eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Gem. § 626 Abs. 2 S. 2 BGB beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

Die B hat am 23.11.2004 von dem Vorfall am 23.11.2004 Kenntnis erlangt. Die Kündigung vom 28.11.2004 erfolgte somit innerhalb der gesetzlichen Zweiwochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB.

3. Eine Unwirksamkeit der Kündigung aus einem anderen Grund könnte sich aus einer fehlerhaften oder fehlenden Betriebsratsanhörung ergeben.

Gem. § 102 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Eine ohne Anhörung des Betriebsrates erfolgte Kündigung ist gem. § 102 Abs. 1, 3 BetrVG unwirksam.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der Betriebsrat am 24.11.2004 zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des A angehört wurde.

Zu einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung gehört, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat schriftlich oder mündlich zu Händen des Betriebsratsvorsitzenden von der vorgesehenen Kündigung unterrichtet. Nach § 102 Abs. 1, S. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe der Kündigung mitzuteilen, die Personalien des betroffenen Arbeitnehmers (BAG EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 84) und die Art der Kündigung. Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat nur zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung angehört, kann er keine außerordentliche Kündigung aussprechen, erfolgte die Anhörung nur zu einer außerordentlichen Kündigung, kommt eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung, auch wenn sie nach materiellem Kündigungsrecht zulässig wäre, nicht in Betracht (BAG AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972, BAG AP Nr. 80 zu § 626 BGB). Hinsichtlich der Kündigungsgründe gilt für die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers der sog. Grundsatz der subjektiven Determinierung, d.h. der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nur die Kündigungsgründe mitteilen, auf die er die Kündigung stützen will. Es müssen dem Betriebsrat nicht alle objektiv kündigungsrechtlich erheblichen Tatsachen, sondern nur die vom Arbeitgeber für die Kündigung als ausschlaggebend angesehenen Umstände mitgeteilt werden (BAG AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972).

Hier ist zu der Mitteilung der B an den Betriebsrat nichts bekannt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Anhörung ordnungsgemäß erfolgte. Eine Anhörung erfolgte zu einer beabsichtigten außerordentlichen sowie zu einer hilfsweise ordentlichen Kündigung, so dass einer eventuellen Umdeutung nicht entgegenstehen könnte, dass der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde.

Gem. § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG hat der Betriebsrat bei einer ordentlichen Kündigung eine Woche lang die Möglichkeit, sich zu der beabsichtigten Kündigung zu äußern und ggfls. Bedenken mitzuteilen. Bei einer außerordentlichen Kündigung hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber dies unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen schriftlich mitzuteilen, § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG.

Äußert sich der Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung innerhalb der Wochenfrist nicht, so gilt gem. § 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG die Zustimmung als erteilt. Für die außerordentliche Kündigung gilt die Zustimmungsfiktion nicht, diese ist jedoch auch nicht erforderlich, weil das Gesetz an einen form- und fristgerechten Widerspruch gegen eine außerordentliche Kündigung keine besonderen Rechtsfolgen knüpft (vgl. ErfKomm/Kania, § 102 BetrVG, Rdn. 10).

*Anmerkung: Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung ist zu unterscheiden: Ist der Widerspruch frist- und ordnungsgemäß eingereicht, hindert dies den Arbeitgeber nicht am Ausspruch der vorgesehenen Kündigung: Der betroffene Arbeitnehmer kann allerdings unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend machen. Ist der Widerspruch nicht nur frist- und ordnungsgemäß eingelegt, sondern liegt auch der behauptete Widerspruchgrund tatsächlich vor, ist die Kündigung, soweit der Arbeitnehmer dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt, gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt. Es liegt dann ein absoluter Sozialwidrigkeitsgrund vor (vgl. ErfKomm/Kania, § 102 BetrVG, Rdn. 16)*

Hier hat der Betriebsrat sich zu der beabsichtigten Kündigung des A nicht geäußert. B konnte nach Ablauf der dem Betriebsrat eingeräumten Frist gem. § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG die beabsichtigte Kündigung aussprechen. Die Kündigung wurde am 28.11.2004 und damit nach Ablauf der Dreitagefrist des § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG ausgesprochen.

Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter oder fehlender Betriebsratsanhörung gem. § 102 BetrVG unwirksam.

3. Die Unwirksamkeit der Kündigung könnte sich jedoch aus § 626 BGB ergeben.
  - a) Eine außerordentliche Kündigung bedarf zu ihrer Rechtfertigung zunächst eines wichtigen Grundes. Der Sachverhalt, dem die Kündigung zugrunde liegt, muss generell geeignet sein, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB dazustellen. Außerdem muss die Interessenabwägung im Einzelfall ergeben, dass dem Kündigungen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.

Zunächst ist zu prüfen, ob der Sachverhalt – unabhängig von den Umständen des Einzelfalles- an sich einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellt (BAG, DB 2000, 48).

*Anmerkung :* Zur Beurteilung, ob ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB vorliegt, bietet sich nach dem Vorbild des § 1 Abs. 2, 1 KSchG eine Dreiteilung in personen-, verhaltes- und betriebsbedingte Kündigungsgründe an (vgl. Erman/Hanau, § 626 BGB, Rdn. 45; MünchKomm-Schwerdtner, § 626 BGB, Rdn. 6).

*Exkurs:* **Personenbedingte Kündigungsgründe** sind die Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Es muss sich um Gründe handeln, die die Arbeitgeberinteressen beeinträchtigen und auf den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers beruhen, auf ein Verschulden des Arbeitnehmers kommt es nicht an.

**Verhaltensbedingte Kündigungsgründe:** Damit sind vor allem Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers angesprochen, die im Leistungsbereich, im Vertrauensbereich oder in Verstößen gegen die betriebliche Ordnung liegen können. Grundsätzlich muss es sich um ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers handeln (BAG AP Nr. 130 zu § 626 BGB; Stahlhacke/Preis/Vossen, Rdn. 680; ausnahmsweise reicht auch eine schuldlose Pflichtverletzung: BAG, RdA 2000, 109 (111))

**Betriebsbedingte Kündigungsgründe:** Während es sich bei der personenbedingten und der verhaltensbedingten Kündigung um Kündigungsgründe aus der Sphäre des Arbeitnehmers handelt, liegt der Grund der betriebsbedingten Kündigung in der Sphäre des Arbeitgebers (näheres zur betriebsbedingten Kündigung in Fall 4).

Hier erfolgte die fristlose Kündigung vom 28.11.2004 wegen der Entwendung der Würstchen vom 23.11.2004. Dabei handelt es sich um einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund.

Die Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben (BAG AP Nr. 42 zu § 15 KSchG 1969).

Fraglich ist, ob auch die Entwendung eines „geringwertigen Gutes“ wie hier von vier Mettwürstchen, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen kann.

Dies hat das BAG in st. Rspr. (BAG DB 1985, 1953; BAG DB 1986, 2187; BAG DB 2000, 48 ff.) bejaht.

Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung lag somit durch die Entwendung der vier Mettwürstchen vor.

*Anmerkung: Hier ist die Kündigung lediglich unter dem Blickwinkel der Tatkündigung und nicht der sog. Verdachtskündigung zu untersuchen, da A den Diebstahl bereits zugegeben hat. Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines von ihm nicht für sicher gehaltenen oder erwiesenen strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen zerstört. Bei der Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluß im Unterschied dazu maßgebend, dass der Arbeitnehmer nach der Überzeugung des Arbeitgebers die strafbare Handlung bzw. Pflichtwidrigkeit tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber aus diesem Grund die Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist (st. Rspr., vgl. u.a. BAG AP Nr. 27 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung)*

- b) Liegt ein Grund für eine außerordentliche Kündigung vor, bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung. Es müssen Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB). Dabei spielen drei Gesichtspunkte eine Rolle:
  - aa) Prognoseprinzip: Der Zugang der Kündigungserklärung markiert den Stichtag für die Beurteilung, ob die Kündigung rechtmäßig ist. Die Kündigung ist keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern sie soll den Eintritt weiterer Störungen verhindern, so dass es dem Kündigungen unzumutbar sein muss, in Zukunft an dem Vertragsverhältnis festzuhalten (vgl. Erman/Hanau, § 626 BGB, Rdn. 26).

Dies ist vorliegend bereits zweifelhaft. A hat 20 Jahre beanstandungsfrei für die B gearbeitet. Er hat vier Würste entwendet, um diese sofort zu verzehren. Es ist zweifelhaft, ob derartige Vorfälle auch in Zukunft zu erwarten sind.

- bb) Nach dem Ultima-Ratio-Prinzip kommt eine außerordentliche Kündigung erst in Betracht, wenn alle anderen nach den Umständen möglichen und angemessenen milderer Mittel ausgeschöpft sind. Erst wenn die zulässigen, geeigneten und angemessenen Mittel ausgeschöpft wurden, die in ihren Wirkungen milder sind als die außerordentliche Kündigung, fällt die Interessenabwägung zugunsten des Kündigenden aus. Das BAG nennt als Beispiele für mildere Mittel Abmahnung, Versetzung, einverständliche Vertragsänderung,

außerordentliche Änderungskündigung und ordentliche Kündigung (BAG AP Nr. 70 zu § 626 BGB).

Hier wurden keine mildereren Mittel ausgeschöpft. Zwar hat die B dem A ein Schreiben überreicht, welches als Abmahnung bezeichnet wurde, ob es sich dabei jedoch um eine Abmahnung gehandelt hat, kann hier dahingestellt bleiben, da die B wegen desselben Verstoßes vier Tage später die fristlose Kündigung ausgesprochen hat.

*Anmerkung: Eine wirksame Abmahnung setzt voraus, dass der Arbeitgeber ein bestimmtes, vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers beanstandet (Hinweisfunktion), dass er ihn zu einem künftig vertragsgemäßen Verhalten auffordert (Ermahnungsfunktion) und ihm für den Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen androht (Warnfunktion)*

- cc) Prognoseprinzip und Ultima-Ratio-Grundsatz werden durch das Übermaßverbot ergänzt. Die Interessenabwägung muss die Frage beantworten, ob die außerordentliche Kündigung das angemessene Mittel ist und keine übermäßige Reaktion auf die Störung des Arbeitsverhältnisses darstellt. Dazu sind auf Seiten des Arbeitnehmers Art und Schwere der Vertragsstörung, die Folgen der Störung, der Grad eines etwaigen Verschuldens und die Dauer der Betriebszugehörigkeit zu beachten (vgl. BAG AP Nr. 101 zu § 626 BGB; BAG, RdA 2000, 109f.).

Bei der Abwägung der Gesamtumstände ist folgendes zu berücksichtigen: Auf der einen Seite ist das Fehlverhalten des A durch das Entwenden der Würste und der damit verbundene Vertrauensverlust auf Seiten der B zu beachten. Andererseits handelte es sich zum einen um ein relativ geringwertiges Gut: A entwendete dies auch nicht zum Zwecke der Bereicherung, sondern er hat die Würste sofort verzehrt, d.h. er tat es, um sein Grundbedürfnis nach Nahrungsaufnahme zu befriedigen. Weiterhin hat A die Tat sofort eingeräumt. Schließlich war sich auch die B nicht sicher, wie sie reagieren sollte, da sie den A nach dem Entdecken der Tat nicht sofort außerordentlich kündigte, sondern diesen zunächst noch vier Tage lang weiter beschäftigte. Wäre durch das Fehlverhalten des A das Vertrauen der B nachhaltig gestört gewesen, hätte die Kündigung bereits unmittelbar nach Entdecken der Tat ausgesprochen werden müssen.

Schließlich ist der A bereits seit 20 Jahren bei der B beschäftigt. In dieser Zeit kam es zu keinerlei Vorfällen dieser Art. Letztlich sind auch die Chancen des A auf dem Arbeitsmarkt als Beurteilungskriterium zu berücksichtigen. A ist bereits 55 Jahre alt und damit auf dem Arbeitsmarkt nahezu chancenlos.



Eine Abwägung der Gesamtumstände führt daher zu dem Ergebnis, dass es der B nicht unzumutbar wäre, den A bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen.

Die außerordentliche Kündigung ist somit unwirksam (a.A. vertretbar, doch müsste dann noch ausdrücklich diskutiert werden, ob die „Abmahnung“ einen Kündigungsverzicht enthält).

4. Die Kündigung vom 28.11.2004 könnte jedoch als ordentliche Kündigung wirksam sein. Dann müsste eine Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung in Betracht kommen (§ 140 BGB).
  - a) Grundsätzlich verlangt eine zulässige Konversion (Umdeutung), dass sich das Ersatzgeschäft als Minus zu dem umzudeutenden nichtigen Geschäft darstellt. Dies ist im Verhältnis von außerordentlicher zu ordentlicher Kündigung zu bejahen.
  - b) Weitere Voraussetzung ist die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, in welches umgedeutet werden soll.

Der Kündigungssachverhalt müsste demnach eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Als Kündigungsgrund kommt hier eine verhaltensbedingte Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG in Betracht. A hat durch die Entwendung der Würstchen eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung und eine Straftat begangen.

- c) Auch zu der hilfsweise ordentlichen Kündigung müsste der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden sein. Der Betriebsrat wurde auch zu einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung angehört (s.o.). Fraglich ist jedoch, ob es sich um eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung gehandelt hat.

Gem. § 102 Abs. 2 S. 1 beträgt die Frist, innerhalb derer der Betriebsrat Bedenken gegenüber einer ordentlichen Kündigung erheben kann, eine Woche, gegenüber einer außerordentlichen Kündigung drei Tage, § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG.

Der Betriebsrat hat sich hier zu der beabsichtigten Kündigung des A nicht geäußert. Die außerordentliche Kündigung ist am 28.11., d.h. vier Tage nach der Anhörung des Betriebsrates erfolgt. Die Frist zur Stellungnahme zu der beabsichtigten hilfsweise ordentlichen Kündigung des A beträgt jedoch sieben Tage und war somit am 28.11. noch nicht abgelaufen.

Fraglich ist, ob auch zu diesem Zeitpunkt bereits eine ordentliche Kündigung möglich war.

Der Ausspruch von Kündigungen vor Fristablauf ist nicht zu beanstanden, wenn zu diesem Zeitpunkt eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates vorliegt, also aus der Reaktion des Betriebsrates unmissverständlich folgt, dass er keine weitere Erörterung wünscht und für ihn das Anhörungsverfahren abgeschlossen ist (LAG Berlin, NZA-RR 1999, 485).

Dies ist nicht der Fall. Der Betriebsrat hat keine Stellungnahme zu der beabsichtigten Kündigung bis zum 28.11. abgegeben, so dass die B nicht davon ausgehen konnte, dass der Betriebsrat sich zu der ordentlichen Kündigung nicht mehr äußern wolle.

Schweigt der Betriebsrat, so kann der Arbeitgeber erst nach Ablauf der Wochenfrist kündigen (BAG AP Nr. 6 zu § 102 BetrVG 1972; LAG Hamm DB 1992, 2640).

Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung wäre somit nicht vor Ablauf der Wochenfrist, d.h. vor dem 02.12. möglich gewesen.

Kündigt der Arbeitgeber ohne vorherige Anhörung des Betriebsrates, ist die Kündigung von vornherein unwirksam, § 102 Abs. 1, S. 3 BetrVG. Auch bei mangelhafter Anhörung des Betriebsrates ist die Kündigung unwirksam (BAG AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG).

Eine ordentliche Kündigung wäre somit wegen nicht ordnungsgemäß erfolgter Betriebsratsanhörung unwirksam. Voraussetzung für eine Umdeutung ist, wie bereits dargestellt, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, in das umgedeutet werden soll. Eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung kommt daher nicht in Betracht.

**Ergebnis:** Das Arbeitsgericht wird feststellen, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche, noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 28.11. beendet worden ist, sondern ungekündigt fortbesteht.

#### **Hilfsgutachten für den Fall einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung:**

Wäre die Betriebsratsanhörung ordnungsgemäß erfolgt, wäre wie folgt weiter zu prüfen:

- d) § 140 BGB setzt weiterhin voraus, dass das Ersatzgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit des umzudeutenden Geschäfts von demjenigen, der das Geschäft vorgenommen hat, gewollt wurde.

Dies ist der Fall. Die B hat in dem Kündigungsschreiben bereits eine hilfsweise ordentliche Kündigung ausgesprochen.

Die Voraussetzungen des § 140 BGB liegen somit vor. Die gem. § 626 BGB unwirksame außerordentliche Kündigung würde danach in eine ordentliche Kündigung umgedeutet.

A ist seit 1984 im Betrieb der B beschäftigt, das genaue Eintrittsdatum ist nicht bekannt. Unterstellt, er wäre bereits vor dem 01.12.1984 eingestellt worden, hätte er am 28.11. eine Betriebszugehörigkeit von mehr als 20 Jahren. Die Kündigungsfrist für A beträgt gem. § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB bei einer Beschäftigungsdauer von mehr als 20 Jahren sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats. Danach könnte das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2005 beendet werden.

5. Fraglich ist jedoch, ob eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigung gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB verstieße. Dies könnte der Fall sein, wenn die B durch ihre „Abmahnung“ vom 24.11. auf eine Kündigung verzichtet hätte.

Nach der Rechtsprechung des BAG kann der Kündigungsberechtigte sowohl bei einer außerordentlichen als auch bei einer ordentlichen Kündigung auf ein auf bestimmte Gründe gestütztes konkret bestehendes Kündigungsrecht verzichten (BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung; BAG NZA 1996, 875 ff.). Der Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Kündigungsberechtigten erfolgen. Vor Ablauf der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist ein Verzicht nur anzunehmen, wenn der kündigungsberechtigte eindeutig seine Bereitschaft zu erkennen gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Nach der Rspr. des BAG erlischt das Kündigungsrecht durch Verzicht insgesamt, wenn der Kündigungsberechtigte wegen des ihm bekannten Kündigungssachverhalts eine Abmahnung ausspricht und sich die für die Kündigung maßgebenden Umstände nicht später geändert haben (BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969; BAG AP Nr. 4 zu § 87 ArbGG 1979).

Ein Verzicht kann jedoch nur dann angenommen werden, wenn die für eine wirksame Abmahnung erforderliche Vertragsrüge deutlich und unzweifelhaft zu erkennen gibt, dass der Arbeitgeber den vertraglichen Pflichtverstoß damit als ausreichend sanktioniert und die Sache als „erledigt“ ansieht (BAG DB 2003, 2445).

Fraglich ist, ob die „Abmahnung“ vom 24.11.2004 diesen Anforderungen genügt. Die Abmahnung enthält zum einen die Darstellung des vertragswidrigen Verhaltens des A und genügt damit jedenfalls der Hinweiskfunktion. Des weiteren enthält das Schreiben jedoch

lediglich die Feststellung, dass A sich damit eines arbeitsvertraglichen Pflichtverstoßes schuldig gemacht habe. Schließlich wird mitgeteilt, dass A über sein Fehlverhalten und eventuelle Konsequenzen informiert worden sei.

Eine als abschließend erkennbare Rüge oder eine zukunftsbezogene Warnung, dass das Arbeitsverhältnis gefährdet sei, enthält das Schreiben somit nicht. Weiterhin enthält das Schreiben selbst keinerlei Sanktionen.

Somit lässt der Inhalt des Schreibens an keiner Stelle erkennen, dass die B darin bereits eine abschließende Sanktion des Entwendungs sah. Ein Kündigungsverzicht müsste eindeutig formuliert sein (so BAG DB 2003, 2445).

Ein Verzicht auf ihr Kündigungsrecht hat die B somit mit dem Schreiben vom 24.11.2004 nicht erklärt, so dass die Kündigung im Wege der Umdeutung als ordentliche Kündigung wirksam ist (a.A. mit der Erwägung vertretbar, dass die strenge Rspr. zur Abmahnung nur die Fälle betrifft, in denen dem Arbeitnehmer später unter Hinweis auf die frühere Abmahnung gekündigt wird, es hier jedoch darum geht, ob er auf die Abmahnung und den Begriff „Abmahnung“ vertrauen durfte).

**Ergebnis des Hilfsgutachtens (d.h. bei Annahme einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung):**

Das Arbeitsgericht wird feststellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung der B vom 28.11.2004 nicht aufgelöst worden ist, sondern bis zum 30.06.2005 fortbesteht.

**Abwandlung:**

Das Arbeitsgericht wird dem Antrag des A stattgeben, wenn er zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit**

Die Kündigungsschutzklage ist zulässig (s.o.). Die erneute Kündigung vom 10.12. kann mit einer neuen Kündigungsschutzklage angegriffen werden oder im Rahmen einer Klageerweiterung in dem bereits laufenden Verfahren geltend gemacht werden. In

beiden Fällen muss die Klagefrist nach § 4 KSchG gewahrt werden. Der kostengünstigere Weg ist die Klageerweiterung.

*Anmerkung: Macht ein Arbeitnehmer eine weitere Kündigung nicht im Wege der Klageerweiterung, sondern durch eine erneute Klage geltend, kann sich die Situation ergeben, dass über die zweite Kündigung entschieden wird, bevor über die Kündigungsschutzklage gegen die erste Kündigung entschieden wird. Wird die Klage wegen der zweiten Kündigung zugesprochen oder abgewiesen, so entfaltet das Urteil, wenn es rechtskräftig wird, Rechtskraftwirkungen im Hinblick auf den Kündigungsschutzprozess wegen der ersten Kündigung. Es wird daher in jedem Fall von dem Unterliegenden angegriffen werden müssen. Das Arbeitsgericht wird im allgemeinen die Entscheidung über die zweite Kündigung aussetzen, bis über die erste Kündigung entschieden ist (§ 148 ZPO).*

## **B. Begründetheit**

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst wurde. Das ist der Fall, wenn die Kündigung unwirksam ist.

1. Eine wirksame Kündigungserklärung gem. § 623 BGB (Schriftform) ist durch die Kündigung vom 10.12. erfolgt.
2. Diese müsste gem. § 626 BGB innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von den Kündigungsgründen erfolgen.

Die Kündigung erfolgte wegen des Vorfalls am 26.11. Von diesem Vorfall hatte die B auch bereits am 26.11. Kenntnis. Die Kündigung vom 10.12. ist somit gerade noch innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erfolgt.

3. Eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates ist erfolgt.
4. Fraglich ist, ob ein wichtiger Grund gem. § 626 Abs. 1 BGB für die Kündigung vorliegt.
  - a) A verließ am 26.11. seinen Arbeitsplatz unentschuldigt bereits eine halbe Stunde vor dem eigentlichen Dienstschluss. Dabei handelt es sich um eine Arbeitspflichtverletzung.

b) Fraglich ist, ob es sich dabei um eine Arbeitspflichtverletzung handelt, welche einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

aa) Eine beharrliche Verletzung der Arbeitspflicht rechtfertigt i.d.R. eine außerordentliche Kündigung (BAG NJW 1979, 236). Erforderlich sind wiederholte, bewusste und nachhaltige Verletzungen der Arbeitspflicht (BAG AuR 1997, 210; BAG AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung). Aufforderungen zum vertragsgemäßen Verhalten müssen erfolglos geblieben sein.

A hat lediglich einmal seinen Arbeitsplatz vor dem eigentlichen Dienstschluss verlassen. Eine Aufforderung zu vertragsgemäßigem Verhalten in Form einer Abmahnung hat es nicht gegeben.

bb) Allerdings ist A von Januar bis August an 12 Tagen zu spät zur Arbeit erschienen. Wegen dieser Vorfälle ist er stets abgemahnt worden. Somit wurde er auch zu vertragsgemäßigem Verhalten aufgefordert.

cc) Fraglich ist, ob die Vorfälle vergleichbar sind und in einem inneren Zusammenhang stehen, so dass der Vorfall vom 26.11. als „Fortsetzung“ der Vorfälle zwischen Januar und August zu sehen ist.

Wiederholte Unpünktlichkeiten eines Arbeitnehmers sind geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie den Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verweigerung der Arbeitspflicht erreicht haben (BAG NZA 1989, 261). Dies setzt voraus, dass die Pflichtverletzung trotz Abmahnung wiederholt begangen wird und sich daraus der nachhaltige Wille des Arbeitnehmers ergibt, den vertraglichen Pflichten nicht oder nicht ordnungsgemäß nachkommen zu wollen (vgl. ErfKomm/Müller-Glöße, § 626 BGB, Rdn. 170).

A ist zwischen Januar und August an 12 Tagen zu spät zur Arbeit erschienen, obwohl er jedes Mal mittels Abmahnung zu vertragsgemäßigem Verhalten aufgefordert worden ist. Damit liegt ein wiederholtes Verletzen der arbeitsvertraglichen Pflichten vor. Auch das verfrühte Verlassen des Arbeitsplatzes stellt eine Verletzung der Arbeitspflicht dar und ist somit für sich genommen bereits ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung.

5. Fraglich ist jedoch, ob auch unter Abwägung der beiderseitigen Interessen und Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles der B die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zuzumuten ist.

- a) In der sofortigen außerordentlichen Kündigung könnte ein Verstoß gegen das Ultima-Ratio-Prinzip liegen. Fraglich ist daher, ob der B ein milderer Mittel zur Verfügung gestanden hätte, um auf das Fehlverhalten des A zu reagieren.
- b) Eine Abmahnung, die als milderer Mittel zur Verfügung gestanden hätte, ist hier nicht erfolgt.
- c) Fraglich ist jedoch, ob die Abmahnungen wegen des Zuspätkommens auch Wirkung entfalten für den Vorfall vom 26.11., so dass die B ohne weitere Abmahnung kündigen konnte.

Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei dem mehrfachen Zuspätkommen ebenso wie bei dem verfrühten Verlassen des Arbeitsplatzes um nachhaltige Arbeitspflichtverletzungen. Ein Verstoß gegen das Ultima-Ratio-Prinzip könnte daher ausgeschlossen sein, da die B den A 12 Mal wegen des Zuspätkommens abgemahnt und ihn zu vertragsgemäßem Verhalten aufgefordert und für den Wiederholungsfall eine Kündigung angedroht hat.

- d) Ein Verstoß gegen das Ultima-Ratio-Prinzip läge jedoch vor, wenn die Warnfunktion der Abmahnungen im Zeitpunkt der Kündigung bereits entwertet gewesen wäre.

Die Warnfunktion einer Abmahnung kann dadurch erheblich abgeschwächt werden, dass der Arbeitgeber bei ständig neuen Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers stets nur mit einer Kündigung droht, ohne jemals arbeitsrechtliche Konsequenzen folgen zu lassen (vgl. Schaub, NZA 1997, 1185 ff.; ErfKomm/Ascheid, § 2 KSchG, Rdn. 369; KR-Fischermeier, § 626 BGB, Rdn. 270). Die Abmahnung kann nur dann die Funktion erfüllen, den Arbeitnehmer zu warnen, dass ihm bei der nächsten gleichartigen Pflichtverletzung die Kündigung droht, wenn der Arbeitnehmer diese Drohung ernst nehmen muss. Dies kann, je nach den Umständen nicht mehr der Fall sein, wenn jahrelang die Kündigung stets nur angedroht, nicht jedoch ausgesprochen wird (vgl. BAG DB 2002, 689-690; vgl. hierzu auch BAG in NJW-Spezial 2005, 180 ff. wonach bei leichter empfundenen Vertragsverstößen drei Abmahnungen vor Ausspruch einer Kündigung noch nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht verwirkt)

Nach Auffassung des BAG bedeutet jedoch nicht, dass nach einer bestimmten Anzahl von Abmahnungen (z.B. wegen häufigen Zuspätkommens) bei weiteren Pflichtverstößen dieser Art überhaupt nicht mehr gekündigt werden kann (vgl. BAG DB 2002, 689f.). Das BAG ist der Auffassung, dass der Konflikt, in dem der Arbeitgeber sich befindet - eine

Abmahnung eventuell nicht ausreichend, bei Ausspruch zu vieler Abmahnungen Verlust des Kündigungsrechts- nur dadurch zu lösen ist, dass von dem Arbeitgeber, der durch zahlreiche Abmahnungen deren Warnfunktion zunächst abgeschwächt hat, verlangt werden muss, dass er die letzte Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung besonders eindringlich gestaltet. In welcher Form dies zu geschehen habe, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab (BAG DB 2002, 689 f.).

Dieses Erfordernis ist hier nicht gewahrt. Es ist nicht ersichtlich, dass die B die letzte Abmahnung wegen des Zuspätkommens besonders eindringlich gestaltet gewesen ist. Die B hat den A wegen der zahlreichen Verspätungen stets nur abgemahnt und damit bei A möglicherweise Zweifel aufkommen lassen, ob sie wirklich bereit war, bei einem erneuten Arbeitspflichtverstoß gleicher Art die angedrohte Konsequenz zu ziehen und zu kündigen.

Die Abmahnungen wegen des Zuspätkommens haben somit ihre Warnfunktion verloren, so dass eine außerordentliche Kündigung des A gegen das Ultima-Ratio-Prinzip verstößt.

Die außerordentliche Kündigung ist somit unwirksam.

6. Fraglich ist, ob die Kündigung vom 10.12. als ordentliche verhaltensbedingte Kündigung wirksam sein könnte. Hier gilt jedoch das bereits zu der außerordentlichen Kündigung ausgeführte. A musste nach den Abmahnungen nicht damit rechnen, dass B ihre Kündigungsandrohung umsetzt und bei dem nächsten Pflichtverstoß der gleichen Art eine Kündigung ausspricht. Dies gilt umso mehr, da seit dem letzten Zuspätkommen im August bereits 3 Monate vergangen sind, in denen A keine ähnliche Arbeitsvertragspflicht verletzt hat.

**Ergebnis:** Das Arbeitsgericht wird dem Antrag des A stattgeben und feststellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 10.12. nicht beendet worden ist.