
Datum: 26.10.2010
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 12.Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 Sa 936/10
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2010:1026.12SA936.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 6 Ca 11038/09

Schlagworte: außerordentliche Kündigung; Sachbeschädigung; Anhörung der Mitarbeitervertretung

Normen: § 626 Abs. 1 BGB; § 31 MAVO

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Auch nach einer vorsätzlichen Sachbeschädigung des Arbeitnehmers kann, insbesondere in einem langjährigen Arbeitsverhältnis, vor Ausspruch der Kündigung eine Abmahnung erforderlich sein.
2. Hat der Arbeitnehmer sich nach Begehung der Sachbeschädigung beim Arbeitgeber entschuldigt und den Ausgleich des Schades angeboten, ist dies im Rahmen der Anhörung der Mitarbeitervertretung zu einer beabsichtigten Kündigung mitzuteilen.
3. Bei der Anhörung der Mitarbeitervertretung nach § 31 MAVO hat der Arbeitgeber die Kündigungsgründe mitzuteilen. Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie im Rahmen des § 102 BetrVG.

Tenor:

1. Die Berufungen des Klägers sowie der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 08.04.2010

(6 Ca 11038/09) werden zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben zu $\frac{1}{4}$ der Kläger, zu $\frac{3}{4}$ die Beklagte zu tragen.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung sowie über den Anspruch des Klägers auf Weiterbeschäftigung als stellvertretender Küchenleiter. 1 2

Der am 15.07.1960 geborene, verheirate Kläger ist seit dem 15.11.1993 bei der Beklagten in deren Seniorenhaus St. Anna als Koch und seit dem 01.06.2009 als stellvertretender Küchenleiter zu einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von zuletzt rund 3.000,00 € tätig, wobei in einem auf den 25.05.2009 datierten Nachtrag zum Arbeitsvertrag (Bl. 15 d. A.) lediglich eine bis zum 31.05.2010 befristete Wahrnehmung dieser Position vereinbart war. Im Übrigen richtet sich das Arbeitsverhältnis nach dem Arbeitsvertrag vom 15.11.1993 (Bl. 52 d. A.) sowie gemäß § 2 des Arbeitsvertrages den Richtlinien für Arbeitsverträge in Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR) in ihrer jeweils geltenden Fassung. Der Arbeitsvertrag des Klägers sowie die Nachträge hierzu sind - wie im Übrigen alle Arbeitsverträge der Beklagten - von der Heimleitung sowie einem Mitglied der Geschäftsleitung unterzeichnet. 3

Am frühen Nachmittag des 28.10.2009 hielt sich der Kläger mit seinem Vorgesetzten, dem Küchenleiter Herrn K, dem Servicemitarbeiter Herrn K sowie der Küchenmitarbeiterin Frau H in der Küche auf. Er hielt sein dienstliches Mobiltelefon über einen zum Kochen bereitgestellten, mit Wasser gefüllten Kessel und forderte die Anwesenden auf, "Feigling" zu ihm zu sagen. Frau H stand zunächst mit dem Rücken zum Kläger, drehte sich um und kam nichtsahnend der Aufforderung des Klägers nach. Der Kläger ließ daraufhin das Telefon in den Kessel fallen. Als bald darauf holte er es wieder aus dem Topf und übergab es dem Haustechniker zum Trocknen mit den Worten, er solle retten, was zu retten ist. Mit Schreiben vom 31.10.2009 (Bl. 57 d. A.) entschuldigte sich der Kläger bei der Beklagten durch ein an die Heimleitung gerichtetes Schreiben für sein unüberlegtes Handeln und gab an, einen Blackout gehabt zu haben. Er bot an, den Schaden zu ersetzen. Mit Schreiben vom 02.11.2009 (Bl. 26 bis 28 d. A.) hörte die Beklagte ihre Mitarbeitervertretung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers an. Sie schilderte dabei den Sachverhalt, ohne jedoch zu erwähnen, dass der Kläger sich zwischenzeitlich entschuldigt und eine Wiedergutmachung des Schadens angeboten hatte, welche allerdings bis heute nicht erfolgt ist. Mit Schreiben vom 04.11.2009 erhob die Mitarbeitervertretung Einwendungen gegen die Kündigung. 4

Die Beklagte kündigte gleichwohl das bislang ungestörte Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 10.11.2009, welches allein vom Heimleiter mit Vertretervermerk unterzeichnet war, fristlos. Mit Schreiben vom 13.11.2009 wies der Kläger die Kündigung wegen nicht erfolgter Vorlage einer Vollmacht zurück. Gegen diese Kündigung wendet sich die am 30.11.2009 erhobene Klage. 5

Er hat behauptet, die Beschädigung sei nicht willensgesteuert erfolgt. Während seines ihm nicht erklärbaren Verhaltens sei ihm weder bewusst gewesen, wessen Telefon er in der Hand halte, noch dass er jemandem Schaden zufüge. Es habe sich nicht um einen geplanten, bewusst bössartigen "Jux" gehandelt. Auch wenn er in dem Moment, in dem das Gerät in den Wasserkessel gefallen sei, gelacht haben sollte, stehe dies einem Augenblicksversagen nicht entgegen. Er habe sich jedenfalls nicht über die Sachbeschädigung lustig gemacht. Sofort im Anschluss habe er sich bei Herrn K , entschuldigt. Eine Entschuldigung beim Heimleiter habe erst am 31.10.2009 erfolgen können, da dieser vorher nicht im Haus gewesen sei. Dieser sei im Übrigen nicht berechtigt, alleine eine Kündigung auszusprechen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Qualitätshandbuch der Beklagten, welches sich im Übrigen an die Fachleitungen richte und ihm nie ausgehändigt worden sei. Mit Nichtwissen bestreite er, dass es im Intranet der Beklagten eingestellt sei. Die Küche habe mangels eines Computers keinen Zugang hierzu. Er hat die Ansicht vertreten, die Mitarbeitervertretung sei nicht ordnungsgemäß angehört worden, da ihr sein Entschuldigungsschreiben mit der Schilderung seiner Sicht der Dinge sowie die seine Vorbildfunktion begrenzende Befristung der Zuweisung der Position des stellvertretenden Küchenleiters vorenthalten worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche und fristlose Kündigung der Beklagten vom 10.11.2009 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsvertragsbedingungen als stellvertretenden Küchenleiter weiter zu beschäftigen.

8

9

Die Beklagte hat beantragt,

10

die Klage abzuweisen.

11

Sie hat behauptet, es liege eine vorsätzliche Beschädigung von Firmeneigentum vor, wodurch ihr Vertrauen in den Kläger zerstört worden sei. Soweit der Kläger sich auf einen Blackout berufe, handele es sich um eine Schutzbehauptung. Hiergegen spreche schon, dass der Kläger unmittelbar nach dem Vorfall über sein Verhalten gelacht habe. Er habe mit seinem Verhalten beweisen wollen, dass er den Mut habe, sein Mobiltelefon zu zerstören. Sie hat die Ansicht vertreten, hierin liege eine große Respektlosigkeit, die angesichts der Vorbildfunktion eines stellvertretenden Küchenleiters nicht hinnehmbar sei. Sie hat weiter behauptet, es sei allgemein bekannt, dass der Heimleiter kündigungsbefugt sei. Deshalb habe der Kläger sein Entschuldigungsschreiben auch an den Heimleiter gerichtet und von ihm die Kündigungsrücknahme verlangt. Im Küchenbereich seien während der Beschäftigungszeit des Klägers zudem mehrere Kündigungen allein durch den Heimleiter erfolgt. Schließlich sei der Kläger ausdrücklich über die Kündigungsbefugnis in Kenntnis gesetzt worden, da das Qualitätshandbuch, welches im Betrieb zur Einsichtnahme in Papierform vorliege, dienstvertraglich von allen Mitarbeitern zu beachten sei.

12

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Nichterwähnung des Entschuldigungsschreibens in der Anhörung der Mitarbeitervertretung sei unschädlich, da die Entschuldigung, wie sie behauptet hat, nicht ernst gemeint gewesen sei. Sie sei erst drei Tage nach dem Vorfall erfolgt, als der Kläger bereits geahnt habe, dass ihm Konsequenzen drohten.

13

14

Das Arbeitsgericht Köln hat mit Urteil vom 08.04.2010 festgestellt, das Arbeitsverhältnis sei durch die streitgegenständliche Kündigung nicht beendet worden, und den Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers abgewiesen. Es hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass dahingestellt bleiben könne, ob die Kündigung bereits nach § 174 BGB unwirksam sei. Jedenfalls habe die Beklagte ihre Mitarbeitervertretung nicht ordnungsgemäß im Sinne von § 31 MAVO beteiligt, da sie das Entschuldigungsschreiben des Klägers im Rahmen der Anhörung nicht vorgelegt habe. Insoweit handele es sich jedoch um eine wesentliche Tatsache, die in Bezug auf die Interessenabwägung von wesentlicher Bedeutung sein könne. Ob die Entschuldigung lediglich vorgeschoben oder ernsthaft gemeint gewesen sei, habe der Beurteilung der Mitarbeitervertretung überlassen bleiben müssen. Davon abgesehen sei die Kündigung aber auch deshalb unwirksam, weil zumindest die Interessenabwägung dazu führe, dass die Kündigung nicht gerechtfertigt sei. Zwar stelle eine mutwillige und vorsätzliche Zerstörung von Firmeneigentum grundsätzlich einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar; das Verhalten des Klägers sei jedoch nicht auf eine vorsätzliche Schädigung der Beklagten gerichtet, sondern ein dummer Scherz gewesen. Eine andere rationale Begründung für das Verhalten sei nicht erkennbar. Zudem seien die Reue des Klägers und seine Einsicht in sein Fehlverhalten zu berücksichtigen. Er habe sein Verhalten nicht beschönigt oder abgestritten. Unter diesen Umständen stelle es sich als einmaliges, reparables Fehlverhalten dar, welches der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar mache. Auch wenn man von einer groben Respektlosigkeit des Klägers ausgehe, könne seine Einsicht bei der Interessenabwägung nicht unberücksichtigt bleiben. Die Leistungsklage sei hingegen abzuweisen, da es an einer Anspruchsgrundlage fehle. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hierzu sei ein Akt unzulässiger richterlicher Rechtsfortbildung.

Gegen dieses, beiden Parteien am 23.06.2010 zugestellte Urteil hat der Kläger am 23.07.2010 Berufung eingelegt und diese mit am 16.08.2010 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Beklagte hat am 21.07.2010 Berufung eingelegt und diese mit am 23.08.2010 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 15

Der Kläger ist der Ansicht, die Anspruchsgrundlage für seinen Weiterbeschäftigungsanspruch ergebe sich aus den §§ 611, 613, 242 BGB. Der Beschluss des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts stelle keine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dar. Auch lägen außer dem Kündigungssachverhalt keine Umstände vor, aus denen sich ein sein Beschäftigungsinteresse überwiegendes Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung ergebe. 16

Der Kläger beantragt, 17

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 08.04.2010 – 6 Ca 11038/09 – teilweise aufzuheben und insoweit abzuändern, als die Klage im Übrigen abgewiesen wurde; 18
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als stellvertretenden Küchenleiter weiter zu beschäftigen. 19

Die Beklagte beantragt, 20

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 21

22

Sie meint, das Weiterbeschäftigungsinteresse des Klägers müsse wegen der Schwere seines Fehlverhaltens hinter ihrem Interesse an einer Nichtbeschäftigung zurücktreten. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen könne der Kläger im Übrigen nur eine Weiterbeschäftigung als Koch verlangen.

Die Anhörung der Mitarbeitervertretung sei nicht zu beanstanden, da die Entschuldigung des Klägers ein nach dem Kündigungssachverhalt liegendes Verhalten darstelle, welches für die Beurteilung des Fehlverhaltens ohne Bedeutung sei. Im Übrigen mache nur eine bewusste Irreführung der Mitarbeitervertretung die Kündigung unwirksam. Es gebe keinen Grund zu der Annahme, dem Kläger habe es an einer ernsthaften Schädigungsabsicht gefehlt. Dieser habe sich gegenüber dem nachgeordneten Personal profilieren wollen und hierfür die Beschädigung des Mobiltelefons einkalkuliert. 23

Die Beklagte beantragt, 24

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 08.04.2010 – 6 Ca 11038/09 -, ihr zugestellt am 25.06.2010, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, 26

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 27

Er vertritt die Ansicht im Rahmen der Anhörung der Mitarbeitervertretung sei auch entlastendes Verhalten vorzubringen. Eine bewusst unvollständige Information sei nicht mit der subjektiven Determination der Anhörung zu rechtfertigen. Die Tatsache, dass er sich entschuldigt, Schadensersatz angeboten und sich auf einen Blackout berufen habe, sei nämlich im Rahmen der Interessenabwägung und der Verhältnismäßigkeit der Kündigung von Bedeutung. 28

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 29

Entscheidungsgründe 30

Die zulässigen, insbesondere statthaften sowie form- und fristgerecht eingelegten Berufungen (§§ 64 Abs. 1, 2 Buchst. b und c, 66 Abs. 1 S. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO) hatten in der Sache keinen Erfolg. 31

I. Die Berufung des Klägers ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung als stellvertretender Küchenleiter. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs für die Zeit des laufenden Kündigungsschutzprozesses durch den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) in seiner Entscheidung vom 27.02.1985 (DB 1985, 2197) eine zulässige richterliche Rechtsfortbildung darstellt. Der Anspruch des Klägers auf Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses kann jedenfalls nicht weitergehen als sein Beschäftigungsanspruch im Falle eines ungekündigten Fortbestands. In diesem Fall hätte der Kläger aber aufgrund der bis zum 31.05.2010 befristeten Übertragung der Position keinen Anspruch auf eine Beschäftigung als stellvertretender Küchenleiter mehr. Die Beklagte hat im Kammertermin vom 26.10.2010 zu Recht darauf hingewiesen, dass allenfalls eine Weiterbeschäftigung als Koch erfolgen müsse. Gegen die Wirksamkeit der Befristung hat der Kläger keine Einwände erhoben, sondern sich vielmehr auf die Befristung berufen, da sie seine Vorbildfunktion relativiere. Kann er aber seit dem 01.06.2010 andernfalls eine 32

Weiterbeschäftigung als Koch verlangen, ist sein auf die Beschäftigung als stellvertretender Küchenleiter gerichteter Antrag unbegründet. Da es sich um verschiedene Arbeitsplätze handelt, die Beschäftigung als stellvertretender Küchenleiter mithin ein Aliud im Verhältnis zu einer Beschäftigung als Koch darstellt, und sich dem Vorbringen des Klägers nicht entnehmen lässt, dass eine Weiterbeschäftigung als Koch gewollt wird, war seine Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 08.04.2010 mithin zurückzuweisen.

II. Auch die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 10.11.2009 nicht aufgelöst worden. 33

1. Das Verhalten des Klägers am 28.10.2009 stellt keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB dar. Nach dieser Vorschrift kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer 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 oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Das Gesetz kennt dabei keine "absoluten" Kündigungsgründe. Vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich", d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (ständige Rechtsprechung des BAG, zuletzt Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 –, Rdnr. 16). 34

a) Zunächst ist davon auszugehen, dass das Verhalten des Klägers "an sich" geeignet ist, einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. 35

aa) Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers kommen typischerweise – unabhängig vom Wert des Tatobjekts und der Höhe eines eingetretenen Schadens – als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht. Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige oder vorsätzliche – ggfs. strafbare – Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen (BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 –, Rdnr. 25 f.). Dementsprechend ist auch eine vorsätzliche Sachbeschädigung im Sinne von § 303 StGB "an sich" geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.11.2005 – 9 Sa 485/05 –, juris, Rdnr. 24; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 12.07.2005 – 2 TaBV 25/05 –, juris, Rdnr. 30). 36

bb) Der Kläger hat eine vorsätzliche Sachbeschädigung begangen, indem er sein dienstliches Mobiltelefon in den mit Wasser gefüllten Topf hat fallen lassen. Er hat hierdurch das Telefon irreparabel geschädigt und dabei zumindest mit Eventualvorsatz gehandelt. Er hat nicht behauptet, ihm sei nicht bekannt gewesen, dass eindringendes Wasser ein Mobiltelefon beschädigen kann, oder er sei davon ausgegangen, sein Mobiltelefon sei wasserdicht. Wäre dies der Fall gewesen, hätte er sein Verhalten auch kaum nach außen als "Mutprobe" dargestellt. Ferner ist davon auszugehen, dass er auch wusste, dass es sich um das Telefon der Beklagten handelte. Er hat nicht behauptet, das Telefon der Beklagten und sein eigenes sähen sich zum Verwechseln ähnlich. Warum er dann aber nicht von einer Beschädigung 37

fremden Eigentums ausgegangen sein will, erschließt sich nicht. Zudem wäre das Versenken des eigenen Mobiltelefons kaum geeignet, zu beweisen, dass er kein Feigling ist. Der Kläger mag sich zwar im Anflug des Übermuts zunächst scherzhaft in eine Situation rangiert haben, deren weiteren Verlauf und Folgen er nicht bedacht hatte. Warum er jedoch nicht gewusst haben soll, was er tut, ergibt sich aus seinem Vortrag nicht. Sein Hinweis auf einen Blackout ist vor dem Hintergrund der Gesamtsituation nicht glaubhaft. Schon weil er seinen Mut beweisen wollte, muss er die Gefahr gekannt haben. Auch zeugen das zügige Herausholen des Telefons aus dem Wasser und die Übergabe an den Techniker von seinem Bewusstsein, dass das Telefon beschädigt worden sein könnte. Zumindest Eventualvorsatz ist deshalb zu bejahen.

b) Gleichwohl vermag das Verhalten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der Abwägung der wechselseitigen Interessen die streitgegenständliche Kündigung nicht zu rechtfertigen. 38

aa) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtabwägung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung – etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlustes und ihrer wirtschaftlichen Folgen – der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Als mildere Reaktionen sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung anzusehen. Sie sind alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck – die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen – zu erreichen. Die Notwendigkeit der Prüfung, ob nicht schon eine Abmahnung ausreichend gewesen wäre, folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und trägt zugleich dem Prognoseprinzip bei der verhaltensbedingten Kündigung Rechnung (BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 –, Rdnr. 34, 35). Die Berechtigung einer verhaltensbedingten Kündigung ist nämlich nicht daran zu messen, ob diese als Sanktion für den fraglichen Vertragsverstoß angemessen ist. Sie ist vielmehr nur gerechtfertigt, wenn eine störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht, künftigen Pflichtverstößen demnach nur durch die Beendigung der Vertragsbeziehung begegnet werden kann (BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 –, Rdnr. 28). Auch bei Störungen im Vertrauensbereich ist nicht stets und von vornherein ausgeschlossen, verlorenes Vertrauen durch künftige Vertragstreue zurückzugewinnen. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine derart schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist. Auch bei Straftaten gegen das Vermögen und Eigentum des Arbeitgebers ist stets konkret zu prüfen, 39

ob nicht objektiv die Prognose berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sich jedenfalls nach einer Abmahnung künftig wieder vertragstreu verhalten (BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 –, Rdnr. 35 - 38).

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass eine Abmahnung ausgereicht hätte, künftige Vertragsverstöße des Klägers zu verhindern. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sein Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nahezu 16 Jahre ungestört verlaufen ist. Dies hat sich zwar durch die vorsätzliche Sachbeschädigung vom 28.10.2009 zunächst geändert; diese erfolgte jedoch nicht zielgerichtet, was zugunsten des Klägers zu berücksichtigen ist. Es ging diesem erkennbar nicht darum, das Eigentum der Beklagten zu beschädigen oder gar zu zerstören. Dies zeigt sich daran, dass er das Telefon zügig aus dem Topf geholt und dem Techniker zum Trocknen übergeben hat. Auch musste die Situation, die er ohne Not offenbar aus Scherz herbeigeführt hat, nicht zwangsweise mit dem Versenken des Telefons enden. Hierzu bedurfte es der Mitwirkung eines bzw. einer der anwesenden Kollegen, der bzw. die ihn zunächst einmal durch Aussprechen des Wortes "Feigling" auf die Probe stellen mussten. Als dies dann eintrat, hat der Kläger zwar nicht mehr darüber nachgedacht, ob es nicht klüger wäre, einen "Rückzieher" zu machen. Seine in den letzten 16 Jahren bewiesene Bereitschaft, sich vertragstreu zu verhalten, wird hierdurch aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Dies zeigt auch die Tatsache, dass er sich einige Tage darauf schriftlich für sein Verhalten entschuldigt und eingeräumt hat, völlig unüberlegt gehandelt zu haben. Anhaltspunkte dafür, dass sein Versprechen, Derartiges werde künftig nicht mehr vorkommen, nicht ernst gemeint gewesen sei, sind nicht ersichtlich. Die Entschuldigung verbunden mit der bekundeten Bereitschaft, den Schaden wiedergutzumachen, erfolgte auch, ohne dass die Beklagte ihm zuvor deutlich gemacht hätte, dass eine Kündigung droht. Die Beklagte vermutet zwar, der Kläger habe arbeitsrechtliche Konsequenzen geahnt und sich deshalb entschuldigt. Einer Vermutung bedürfte es aber nicht, wenn sie ihm zu dieser Zeit schon Konsequenzen in Aussicht gestellt gehabt hätte. Auf mangelnde Ernsthaftigkeit lässt auch nicht der Umstand schließen, dass der Kläger den angekündigten Schadenersatz noch nicht geleistet hat, da die Beklagte eine konkrete Forderung ihrerseits nicht vorgetragen hat. 40

cc) Der Beklagten war eine Weiterbeschäftigung auch bei der Abwägung der wechselseitigen Interessen nicht unzumutbar. Der Kläger war im Kündigungszeitpunkt nahezu 50 Jahre alt und fast 16 Jahre bei der Beklagten beschäftigt. Sein Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes überwiegt vorliegend das Interesse der Beklagten, vergleichbare Vorfälle in der Zukunft durch eine außerordentliche Kündigung zu verhindern. 41

(1) Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung kann es von erheblicher Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer bereits geraume Zeit in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne vergleichbare Pflichtverletzungen begangen zu haben. Das gilt auch bei Pflichtverstößen im unmittelbaren Vertrauensbereich. Eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner wird nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Je länger eine Vertrauensbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an. Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat. Maßgeblich ist, ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters haben müsste. Im Arbeitsverhältnis geht es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen in die moralischen Qualitäten der jeweils 42

anderen Vertragspartei. Es geht allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen ist (BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 -, Rdnr. 47).

(2) Hiernach vermochte die Verhaltensweise des Klägers das jahrelang entstandene Vertrauen, welches seinen Ausdruck auch darin gefunden hat, dass die Beklagte ihn kommissarisch mit der stellvertretenden Küchenleitung beauftragt hatte, zu zerstören. Der Kläger hat sich bei Gelegenheit der Arbeitsleistung unüberlegt in eine Situation manövriert, die in eine Sachbeschädigung mündete. Es handelt sich in den nahezu 16 Jahren seiner Betriebszugehörigkeit um einen einmaligen Vorfall. Eine Neigung zu derartigen Verhaltensweisen ist nicht feststellbar. Dass der Kläger nicht böswillig gehandelt hat, kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Vertragsverstoß im Beisein des Vorgesetzten begangen wurde. Mit seiner Entschuldigung hat der Kläger seine Einsichtsfähigkeit und seinen Willen, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen und den Vorfall "damit aus der Welt zu schaffen", unter Beweis gestellt. Bei Berücksichtigung dieser Umstände war von einem objektiven Standpunkt aus für die Zukunft mit einer korrekten Vertragserfüllung zu rechnen.

43

2. Zu Recht hat das Arbeitsgericht auch darauf hingewiesen, dass die Beklagte die Mitarbeitervertretung nicht ordnungsgemäß angehört hat. Sie hat die Mitarbeitervertretung bewusst unvollständig und irreführend informiert, was gemäß § 31 Abs. 3 MAVO ebenfalls die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung zur Folge hat. Gemäß § 31 Abs. 1 MAVO ist der Mitarbeitervertretung vor einer außerordentlichen Kündigung nach Ablauf der Probezeit durch den Dienstgeber schriftlich die Absicht der Kündigung mitzuteilen. Nach § 31 Abs. 2 MAVO kann die Mitarbeitervertretung binnen drei Arbeitstagen Einwendungen gegen die Kündigung erheben. Nach § 31 Abs. 3 MAVO ist eine ohne Einhaltung des Verfahrens nach den Absätzen 1 und 2 ausgesprochene Kündigung unwirksam. Zwar ist anders als in § 30 Abs. 1 MAVO, der die Beteiligung bei einer ordentlichen Kündigung behandelt, nicht ausdrücklich vorgesehen, dass auch die Gründe für die Kündigung mitzuteilen sind; eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt jedoch, dass es sich hierbei um eine Lücke handelt, die durch Auslegung in dem Sinne geschlossen werden muss, dass auch bei der außerordentlichen Kündigung die Mitarbeitervertretung deren Gründe kennen muss, so dass der Arbeitgeber sie umfassend entsprechend der Rechtsprechung zu § 102 BetrVG mitzuteilen hat. Hierfür spricht, dass die Mitarbeitervertretung die Möglichkeit hat, "Einwendungen unter Angabe der Gründe" geltend zu machen. Solche Einwendungen sind jedoch nur dann möglich, wenn die Gründe für die Kündigung bekannt sind. Gegen nicht mitgeteilte Gründe können keine Einwendungen erhoben werden; es kann allenfalls um Information gebeten werden. Die Gründe für die Absicht des Arbeitgebers, eine Kündigung auszusprechen, können auch nicht durch eine Befragung des betroffenen Arbeitnehmers ermittelt werden, da dieser allenfalls seine Sicht der Dinge kennt und nicht diejenige des Arbeitgebers (so auch Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 17.06.1999 – 5 Sa 2582/98 –, juris, Rdnr. 33). Ebenso wie im Rahmen von § 30 MAVO (hierzu: BAG, Urteil vom 16.10.1991 – 2 AZR 156/91 –, juris, Rdnr. 25) kann daher auf die zu § 102 BetrVG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Hiernach hat der Arbeitgeber jedoch dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Der Arbeitgeber muss den maßgeblichen Sachverhalt unter Angabe der Tatsachen, aus denen der Kündigungsentschluss hergeleitet wird, näher so beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Kommt der Arbeitgeber diesen Anforderungen an seine Mitteilungspflicht nicht oder nicht richtig nach und unterläuft ihm insoweit bei der Durchführung der Anhörung Fehler, ist die Kündigung unwirksam. Allerdings ist die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers subjektiv determiniert. Es

44

müssen dem Betriebsrat nicht alle objektiv kündigungsrelevante Tatsachen, sondern nur die vom Arbeitgeber für die Kündigung für ausschlaggebend angesehenen Umstände mitgeteilt werden (BAG, Urteil vom 23.06.2009 – 2 AZR 474/07 –, juris, Rdnr. 34). Nach Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens ist jedoch eine bewusst und gewollt unrichtige oder unvollständige Mitteilung der für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgebenden Kündigungsgründe wie eine Nichtinformation des Betriebsrats zu behandeln. Sie kann nicht nur in der Aufbereitung der mitgeteilten Tatsachen, sondern auch in der Weglassung gegen die Kündigung sprechender, den Arbeitnehmer entlastender Informationen bestehen und führt zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn die bewusst irreführend dargestellten bzw. weggelassenen Tatsachen nicht nur eine unzutreffende Ergänzung oder eine Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts bewirken. Die bewusst unvollständige Information ist nicht mit dem Grundsatz der subjektiven Determinierung zu rechtfertigen (BAG, Urteil vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 –, juris, Rdnr. 24).

In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist noch nicht abschließend geklärt, inwieweit Einlassungen und Entschuldigungen des zu kündigenden Arbeitnehmers mitzuteilen sind, wenn der Arbeitgeber sie subjektiv nicht für zutreffend oder relevant hält (für eine Mitteilungspflicht: LAG München, Urteil vom 29.07.2009 – 11 Sa 801/08; eher auf die Sichtweise des Arbeitgebers abstellend: LAG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.02.2007 – 11 Sa 409/06; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 09.11.2006 – 1 Sa 186/06). Da die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung jedoch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung erfordert, für deren Feststellung es wiederum einer Prognose im Hinblick auf das künftige Verhalten des Arbeitnehmers bedarf, waren die Haltung des Klägers, seine Distanzierung in Form einer Entschuldigung für sein Fehlverhalten sowie seine Bereitschaft, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen, objektive Tatsachen, die bei der Beurteilung der Notwendigkeit des Ausspruchs einer außerordentlichen Kündigung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen waren. Auch wenn sie an seinem Fehlverhalten an sich nichts ändern, geben sie doch Aufschluss über die für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bedeutende innere Einstellung des Klägers. Ohne die Schilderung dieser, der Beklagten bekannten Tatsache, konnte daher ein irreführendes Bild bei der Mitarbeitervertretung entstehen. Auch handelte es sich bei dem Entschuldigungsschreiben nicht um eine bloße Konkretisierung des bereits mitgeteilten Sachverhalts, sondern um eine zusätzliche Information. Für eine diesbezügliche Mitteilungspflicht spricht schließlich, dass der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den Inhalt von Gegendarstellungen des Arbeitnehmers zu einschlägigen Abmahnungen auch dann mitteilen muss, wenn er subjektiv der Meinung ist, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen (BAG, Urteil vom 17.02.1994 – 2 AZR 673/93 -, juris, Rdnr. 20). Die Situation ist weitgehend vergleichbar. Hier wie dort kann es nicht darauf ankommen, ob der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer geschilderten Sachverhalt für zutreffend hält. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Ernsthaftigkeit der Entschuldigung.

45

3. Vor diesem Hintergrund konnte offen bleiben, ob die Kündigung auch gemäß § 174 S. 1 BGB unwirksam ist.

46

III. Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.

47

IV. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG nicht zuzulassen, da die Entscheidung insbesondere nicht auf einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung beruht.

48

Rechtsmittelbelehrung

49

50

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen. 51

Dr. Rech Winnen Lindauer 52
