

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 6 Sa 30/12**

2 Ca 585 a/11 ArbG Neumünster

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 10.10.2012

gez...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 10.10.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und dem ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und dem ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 27.10.2011 -2 Ca 585 a/11- wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten ihrer Berufung.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

---

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Berufung noch um die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung.

Die am ... 1956 geborene Klägerin trat am 01. Februar 1994 als Geschäftsführerin in die Dienste des Beklagten. Dem Arbeitsverhältnis liegt der Arbeitsvertrag vom 17. März 1994 (Bl. 163a ff. der Akte) zugrunde. Gemäß dessen § 1 Abs. 1 Satz 2 wird dem Arbeitsverhältnis der Bundesangestellten-Tarif (BAT) zugrunde gelegt. Die Klägerin erzielte bei einer Vollzeittätigkeit zuletzt ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 3.798,16 €.

Der Beklagte ist auf dem Gebiet der Personenbetreuung tätig. Er beschäftigte neben der Klägerin drei, vormals vier Mitarbeiterinnen, nämlich die Verwaltungsangestellte Frau A. L., die jetzige kommissarische Geschäftsführerin Frau C. M., die halbtags beschäftigte Frau P. P. und die geringfügig Beschäftigte Frau E. C. Die Gerichte haben dem Beklagten zahlreiche Personen zur Betreuung zugewiesen. Die Zuweisung der Betreuten ist verknüpft mit der Benennung eines Betreuers. In zahlreichen Betreuungsverhältnissen war die Klägerin als Betreuerin genannt worden.

Mit Schreiben vom 06. April 2011, welches der Klägerin am 23. April 2011 zuging, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis „fristgerecht zum 31. Oktober 2011“. Der hiergegen gerichteten Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht Neumünster mit Urteil vom 27. Oktober 2011 (2 Ca 512a/11) statt und begründete dies damit, die Klägerin sei tariflich ordentlich unkündbar. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Am 26. April 2011 erfuhr der Vorsitzende des Beklagten, dass die von der Klägerin für zwölf Betreute geführte Bargeldkasse möglicherweise einen Fehlbetrag aufweise. Bei der Überprüfung der Kasse am selben Tag wurde tatsächlich ein Fehlbetrag in Höhe von 2.079,07 € festgestellt. Die Bargeldkasse wurde im Tresor des Beklagten in dessen Geschäftsstelle verwahrt. Für den Tresor existieren vier Schlüssel. Die Klägerin, die Mitarbeiterinnen L. und M. besaßen jeweils einen der drei Schlüssel. Ein vierter Schlüssel befand sich im Besitz von Frau P. Nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten hat Frau P. den Schlüssel zurückgegeben. Die Bargeldkasse selbst war unverschlossen.

Vom 27. auf den 28. April 2011 hat die Klägerin die Betreuungsakten, die die von ihr betreuten Personen betrafen, aus den Geschäftsräumen des Beklagten entfernt und mitgenommen. Es handelte sich um Akten für insgesamt 38 Betreuungen. Zudem nahm die Klägerin die Bargeldkasse an sich.

Streitig ist zwischen den Parteien, ob die Klägerin am 27. April 2011 unentschuldigt gefehlt oder von ihr zu betreuende Personen besucht hat.

Mit Schreiben vom 27. April 2011 (Anlage B4 = Blatt 72 ff. der Akte) forderte der Beklagte die Klägerin auf, binnen 7 Tagen zu dem Fehlbetrag in Höhe von 2.079,07 € schriftlich Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 02. Mai 2011 (Anlage B 2 = Blatt 36 ff. der Akte) vertrat die Klägerin die Auffassung, dass sie berechtigt gewesen sei, die Akten der von ihr betreuten Personen aus den Geschäftsräumen des Betreuungsvereins zu entfernen und die Handkasse an sich zu nehmen. Sie teilte weiter mit, dass sie Strafanzeige wegen Diebstahls gegen Unbekannt erstattet habe, weil neben ihr drei weitere Personen Zugriff auf die Handkasse gehabt hätten.

Mit Schreiben vom 05. Mai 2011 (Anlage zur Klagschrift = Blatt 4 ff. der Akte), das der Klägerin am Folgetag zuging, kündigte der Beklagte der Klägerin fristlos.

Die Klägerin hat gemeint, die Kündigung sei unwirksam. Es fehle ein wichtiger Grund, der die Kündigung rechtfertigen könne. Dem Vorbringen des Beklagten sei nicht einmal ansatzweise ein Grund für eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu entnehmen. Der Fehlbetrag könne ihr nicht vorgeworfen werden. Mehrere Personen hätten auf die Handkasse zugreifen können. Auch Frau L. und Frau M. hätten aus der Kasse Ausgaben getätigt und in die Unterlagen eingetragen. Da aber die Parteien übereinstimmend von einem zerstörten Vertrauensverhältnis ausgingen, sei das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Die Höhe der Abfindung ergebe sich aus der analogen Anwendung von § 1a KSchG in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 5. Mai 2011 nicht beendet wird,
2. das Arbeitsverhältnis gemäß § 9 Abs. 1 KSchG zum 31. Oktober 2011 aufzulösen,
3. den Beklagten zu verurteilen, an sie eine Abfindung gemäß §§ 9, 10 KSchG in Höhe von 33.710,00 € brutto zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Er hat gemeint, aufgrund des Fehlbetrages in der allein von der Klägerin für ihre zwölf Betreuten geführten „Handkasse“ bestehe der Verdacht einer schweren Verfehlung. Da ausschließlich die Klägerin die Handkasse verwaltet habe, könne nur sie den Fehlbestand verursacht haben. Die Klägerin bezichtige wider besseres Wissen ihre ehemaligen Mitarbeiter / Untergebenen, Geld veruntreut zu haben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im ersten Rechtszug wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung des Beklagten vom 05. Mai 2011 nicht beendet worden ist. Ein wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB liege nicht vor. Die fristlose Kündigung könne nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Denn der Beklagte habe sich nicht darauf berufen, dass diese Kündigung zugleich als fristgemäße Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen sei.

Auf den Antrag der Klägerin sei das Arbeitsverhältnis in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 KSchG zum 31. Oktober 2011 aufzulösen gewesen. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis sei in einer Art und Weise zerrüttet, dass eine Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zwischen den Parteien für beide Seiten mittlerweile unzumutbar sei.

Gegen das ihr am 11. Januar 2012 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Klägerin am 30. Januar 2012 Berufung eingelegt und diese am 08. März 2012 begründet.

Sie begehrt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses frühestens zum Ende des Jahres 2011. Das Arbeitsgericht habe übersehen, dass sie tariflich ordentlich unkündbar sei.

Außerdem habe das Arbeitsgericht angesichts der ordentlichen Unkündbarkeit eine unangemessen niedrige Abfindung festgesetzt.

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 27. Oktober 2011 (Az. 2 Ca 585 a/11) teilweise abzuändern,
2. das Arbeitsverhältnis frühestens zum 31. Dezember 2011 aufzulösen,
3. den beklagten Verein zu verurteilen, an die Klägerin eine Abfindung gem. §§ 9,10 KSchG in Höhe von € 34.031,51 brutto zu zahlen.

Der Beklagte beantragt nach Rücknahme seiner Anschlussberufung nur noch, die Berufung zurückzuweisen.

Hinsichtlich des Auflösungsdatums fehle es an der erforderlichen Beschwer. Eine höhere als die festgesetzte Abfindung sei keinesfalls angemessen.

Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses scheidet ohnehin aus, weil die außerordentliche Kündigung wirksam sei.

In der Berufungsverhandlung hat der Beklagte seine Anschlussberufung zurückgenommen.

Wegen des weiteren Vortrages der Parteien im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift vom 10. Oktober 2012 verwiesen.

Die Berufungskammer hat die Akte 2 Ca 512 a/11 des Arbeitsgerichts Neumünster beigezogen.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

Nachdem der Beklagte seine Anschlussberufung zurückgenommen hat, war nur noch darüber zu entscheiden, ob das Urteil des Arbeitsgerichts, soweit es nicht rechtskräftig geworden ist, auf die Berufung der Klägerin teilweise abzuändern war

und zwar hinsichtlich des Zeitpunkts der Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie bezüglich der Abfindungshöhe.

## II.

Die Berufung der Klägerin ist statthaft, weil das Arbeitsgericht sie in seinem Urteil zugelassen hat (§ 64 Abs. 2 a ArbGG). Das Berufungsgericht ist an die Zulassung der Berufung nach § 64 Abs. 4 ArbGG gebunden.

Die Berufung der Klägerin ist auch zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). Die Klägerin ist durch das arbeitsgerichtliche Urteil zudem beschwert, denn ihr ist auf ihren Auflösungsantrag eine Abfindungssumme in Höhe von 8.427,50 € zugesprochen worden, die erheblich unter der beantragten Abfindung in Höhe von 33.710,00 € liegt.

## III.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Die Klägerin kann weder verlangen, dass das Arbeitsverhältnis erst zum 31. Dezember 2011 aufgelöst wird, noch dass der Beklagte an sie eine Abfindung in Höhe von 34.031,51 € brutto zu zahlen hat.

1. Grundsätzlich kommt auch bei einem Streit über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung in Betracht. Stellt das Gericht fest, dass die außerordentliche Kündigung unbegründet ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, so hat auf seinen Antrag das Gericht das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG. Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 4 KSchG hat das Gericht für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde. Die streitgegenständliche fristlose Kündigung vom 05. Mai 2011 ist der Klägerin am 06. Mai 2011 zugegangen. Das wäre hier der zutreffende Auflösungszeitpunkt.

2. Im vorliegenden Fall scheidet eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliche Entscheidung jedoch insgesamt aus. Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG gelten in Kleinbetrieben nur die Sätze 1 und 2 von § 13 Abs. 1 KSchG, dagegen nicht dessen Sätze 3 und 4. Denn § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG verweist nur auf § 13 Abs. 1 Sätze 1 und 2 KSchG, nicht aber auf die Sätze 3 bis 5. Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer haben daher im Kleinbetrieb im Sinne von § 23 Abs. 1 KSchG die Möglichkeit, einen Auflösungsantrag mit Abfindungsanspruch nach § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG zu stellen, weil nach dem unmissverständlichen und klarem Gesetzeswortlaut auf diese Bestimmung gerade nicht Bezug genommen wird (einhellige Meinung in der Literatur, vgl. von Hoyningen-Huene / Linck, KSchG, 14. Auflage, § 13 Rn. 24; Schwarze/Eylert/Schrader, KSchG, § 13, Rn. 13; HWK/Quecke, 5. Auflage, § 23 KSchG, Rn. 7, Hako-Fiebig, § 13 KSchG, Rn. 11; Thüsing / Laux / Lembke, Stelljes KSchG, § 1 KSchG, Rn. 15; ErfK / Kiel, 12. Auflage, § 13 KSchG, Rn. 2).
3. Für eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG besteht kein Raum. Bei der Analogie handelt es sich um eine rechtfolgenmäßige Gleichsetzung zweier unterschiedlicher Tatbestände. Durch Erweiterung eines gesetzlichen Tatbestandes wird ein neuer Rechtssatz geschaffen. Bei der Gesetzesanalogie wird eine Rechtsnorm auf einen ähnlichen Sachverhalt angewendet. Ein Analogieschluss auf andere Fälle verbietet sich aber dann, wenn eine gesetzliche Regelung ersichtlich auf einen bestimmten Sachverhalt begrenzt ist.

Bereits daran scheitert im vorliegenden Fall die Annahme einer Analogie. Denn – wie ausgeführt – differenziert § 23 Abs. 1 KSchG bei der Verweisung auf § 13 Abs. 1 KSchG zwischen den Sätzen 1 und 2 einerseits und den folgenden Sätzen andererseits.

Vor diesem Hintergrund kann auch nicht von einer planwidrigen Lücke des Gesetzes, hier von § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG, gesprochen werden. Für Betriebe, die dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nicht unterliegen, gelten dessen

Vorschriften nur dann, wenn sie (ausnahmsweise) ausdrücklich für anwendbar erklärt worden sind.

Demnach ist von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers auszugehen, wenn im Kleinbetrieb eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung nicht möglich sein soll. Mit der Kleinbetriebsklausel wird gerade der geringeren organisatorischen und wirtschaftlichen Belastbarkeit kleinerer Betriebe Rechnung getragen. Die mit der Klausel verbundene Benachteiligung der Arbeitnehmer in Kleinbetrieben ist mit der Verfassung und mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren, zumal diese einen Mindestschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes haben (vgl. BVerfG 27.01.1998, BvL 15/87 und BvL 22/93, AP § 23 KSchG 1969 Nr. 17 und 18).

#### IV.

Die Klägerin hat die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Kosten der zurückgenommenen Anschlussberufung, die von den Gesamtkosten des Rechtsstreits 1/4 ausmachen (vom Hoyningen-Huene / Linck, KSchG, 14. Auflage, § 9, Rn. 86, Fn. 166), sind dem Beklagten auferlegt worden.

Die Voraussetzung des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. In Anbetracht des klaren Wortlautes des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG und der einhelligen Ansicht in der arbeitsgerichtlichen Literatur hat die Frage, ob eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung auch im Kleinbetrieb in Betracht kommt, keine grundsätzliche Bedeutung.

gez...

gez...

gez...