

Ablichtung

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 309/12

2 Ca 273 a/12 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 25.04.2013

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Teil-Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 25.04.2013 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 16. August 2012, Az. 2 Ca 273 a/12, wird zurückgewiesen.
2. Auf die Anschlussberufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 16. August 2012, Az. 2 Ca 273 a/12, soweit die Klage abgewiesen worden ist abgeändert, und die Beklagte verurteilt, den Kläger als Angestellten mit der Tätigkeit entsprechend der Entgeltgruppe 12 TVöD/VKA über den 28. Februar 2012 hinaus weiter zu beschäftigen.
3. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
4. 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 – soweit durch das vorliegende Teilurteil entschieden – um die Rechtswirksamkeit einer seitens der Beklagten ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung sowie die davon abhängige Weiterbeschäftigung des Klägers.

Der 52-jährige, verheiratete Kläger ist bei der beklagten Stadt unter Anrechnung seiner Beschäftigungszeit bei der Gemeinde E. seit dem 01.10.1999, zuletzt als Sachgebietsleiter der Stabsstelle Außenstelle E., beschäftigt. Er ist eingruppiert in die EntgGr.12 TVöD, sodass sein Monatsgehalt € 4.496,75 brutto beträgt. Auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages bilden die Beklagte und die Gemeinde E. seit dem 01.01.2007 eine Verwaltungsgemeinschaft. Dies bedeutet, dass die Stadtverwaltung N. mit ihren Beschäftigten die Verwaltungsaufgaben der Gemeinde E. mit erledigt. Infolgedessen ging das Arbeitsverhältnis des Klägers gemäß dem Personalüberleitungsvertrag vom 14.12.2006 mit Wirkung ab dem 01.01.2007 von der Gemeinde E. auf die Beklagte über. Als Leiter der Stabsstelle der Außenstelle E. obliegt dem Kläger die Gesamtleitung der Außenstelle E.. Die Stelle des Klägers ist dem Bürgeramt zugeordnet. Nicht zu den arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers zählen diverse für die Kommunalbetriebe E. AöR (künftig: KBE) zu erbringende Verwaltungsaufgaben; dies ergibt sich aus dem Vermerk der Beklagten vom 21.09.2007 (Bl. 260-263 d. A.) in Verbindung mit dem Schreiben der KBE vom 11.03.2010 (Bl. 264 f. d. A.).

Der Kläger ist Inhaber der Fa. I. 2000 e.K. (künftig: Fa. I.). Am 27.08.2007 schloss die Fa. I., vertreten durch den Kläger, mit den KBE einen Beratungsvertrag mit einer Laufzeit bis zum 31.11.2011 (Blatt 78-81 d. A.). Vertragsgegenstand war, dass die Fa. I. die KBE bei der Biogaserzeugung, der Fernwärmenetzfunktion und deren Betrieb, der Wasserversorgung, der Abwasserentsorgung und der Telekommunikation, dem Betrieb des Freibades und der Blockheizkraftwerke beraten und mit Externen Vertragsverhandlungen führen sowie den Betrieb der technischen Anlagen und Bauwerke sicherstellen sollte. Das vertragliche Honorar der Fa. I. betrug ab 2008 € 41.400,00 jährlich. Der Beratungsvertrag wurde seitens der KBE durch den Vorstandsvorsitzenden T. unterzeichnet. Dieser war zugleich hauptamtlicher Stadtrat

und somit Beamter auf Zeit der Beklagten. Der Kläger war zudem bei der KBE als Prokurist angestellt und erhielt aufgrund des Beschlusses des Verwaltungsrates der KEB vom 11.09.2007 hierfür ein Jahresgehalt von € 23.400,00 (Bl. 82 f. d. A.). Am 14.11.2007 zeigte der Kläger der Beklagten folgende Nebentätigkeiten an „Führung der Fa. I. 2000 e.K., Projektleitung - Beratungen“ sowie „Prokurist KBE“ (Bl. 68 d. A.). Diese Nebentätigkeitsanzeige wiederholte er am 06.11.2008 (Bl. 69 d. A.), woraufhin ihm die Leiterin des Hauptamtes, die Zeugin B., am 07.11.2008 mitteilte, dass Versagungsgründe gegen die angezeigte Nebentätigkeit ihrerseits nicht vorlägen (Bl. 70 d. A.).

Der Zeuge T. hatte der Beklagten ebenfalls Nebentätigkeiten für die Vorstandstätigkeit bei der KBE (monatlich € 400,00) und die selbstständige Projekt- und Unternehmensberatung (monatlich € 1.500,00) angezeigt. Dies ergibt sich aus dem an ihn gerichteten Schreiben der Beklagten vom 07.10.2009 (Bl. 145 d. A.).

Am 27.01.2012 erließ das Amtsgericht Kiel im Ermittlungsverfahren gegen den Kläger und den Zeugen T. wegen des Verdachts der Bestechung, Bestechlichkeit, gemeinschaftlicher Untreue und weiterer Delikte einen Durchsuchungsbeschluss der Räumlichkeiten „Gemeinde E., Leitung Stabsstelle – Rathaus“. Hiernach war der Kläger verdächtig, als Prokurist der KBE und Inhaber der Fa. I. mit den KBE, vertreten durch den Beschuldigten T., einen Beratervertrag zugunsten der Fa. I. abgeschlossen und dem Beschuldigten T. hierfür monatliche Rückzahlungen aus den erhaltenen Vergütungen geleistet zu haben. Insgesamt habe der Kläger über die Fa. I. im Zeitraum von November 2007 bis Juli 2011 € 197.521,50 aus dem Vermögen der KBE erhalten. Als Gegenleistung für den Abschluss des Beratervertrages habe der Beschuldigte T. aus diesen Einnahmen von Ende 2007 bis Dezember 2010 ein monatliches Honorar von € 1.500,00 erhalten. Wegen des weiteren Inhalts dieses Beschlusses wird auf Bl. 27-33 d. A. verwiesen. Die Durchsuchung fand am 06.02.2012 statt. In diesem Zuge wurde auch der Beklagten der Durchsuchungsbeschluss eröffnet. Dabei erfuhr die Beklagte unter anderem, dass der Kläger, handelnd unter der Firma I., dem weiteren Beschuldigten im Strafermittlungsverfahren, Torsten T., in der Zeit von September 2007 bis Dezember 2010 ein monatliches Honorar in Höhe von 1.500,00 € zahlte.

Mit Schreiben vom 09.02.2012 forderte die Beklagte den Kläger auf, zu den im Durchsuchungsbeschluss erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen und lud ihn zu einem Anhörungstermin am 13.02.2012 ein (Bl. 60 d. A.). Mit Anwaltsschreiben vom 13.02.2012 teilte der Kläger mit, dass er aus Krankheitsgründen an dem Gespräch nicht teilnehmen werde. Als Inhaber der Fa. I. habe er aufgrund des Beratungsvertrages die KBE auf allen Tätigkeitsfeldern beraten, Führungsleistungen erbracht und andere qualifizierte Aufgaben erledigt. Der Zeuge T. habe ebenfalls qualifizierte Beratungsleistungen im Auftrage der Fa. I. erbracht und diese Nebentätigkeit mit einem Verdienst von € 1.500,00 der Beklagten auch angezeigt, wie sich aus der beigelegten Anlage (Schreiben der Beklagten vom 07.10.2009, Bl. 145 d. A.) ergebe. Mit Schreiben vom 17.02.2012 ergänzte der Kläger seine vorläufige Stellungnahme vom 13.02.2012 durch eine fünfseitige ausführliche Stellungnahme; wegen dessen Inhalt auf Bl. 42-46 d. A. verwiesen wird.

Aufgrund des gegen den Kläger gerichteten Ermittlungsverfahrens hörte die Beklagte mit Schreiben vom 20.02.2012 den Personalrat zur beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit des Klägers wie folgt an (Bl. 58 f. d. A.):

„... In der örtlichen Presse ... wurde umfassend und unter voller Nennung des Namens und des Arbeitsplatzes von Herrn L. über das Ermittlungs- und Durchsuchungsverfahren der Staatsanwaltschaft berichtet.

Es wird derzeit gegen Herrn L. wegen des Verdachts der Bestechung, § 334 Abs. 1 StGB und der gemeinschaftlichen Untreue in besonders schwerem Fall, §§ 266 Abs. 1 und 2, 263 Abs. 3 Nr. 1 und 4, § 25 Abs. 2 StGB ermittelt.

Darüber hinaus geben die im Durchsuchungsbeschluss enthaltenen Ausführungen der Staatsanwaltschaft Anlass zu dem Verdacht, dass Herr L. durch die von ihm gewählte Vertragsform den zweiten Beschuldigten des Ermittlungsverfahrens in seinem Vorhaben unterstützen wollte, unter Umgehung einer Abgabepflicht an die Stadt N., Gelder für Nebentätigkeiten zu kassieren.

Herr L. hat als Inhaber der Firma I. 2000 e.K mit der KBE, deren Prokurist er zum damaligen Zeitpunkt war, einen Beratungsvertrag geschlossen, aufgrund dessen er erhebliche Gelder erhalten hat. Der zweite Beschuldigte, als damaliger Vorstand der KBE, hat von der I. 2000 e.K. monatlich ein „Honorar“ in Höhe von 1.500,00 € erhalten. Diese Verfahrensweise der Zwischenschaltung einer privaten Firma diene offensichtlich der Umgehung der Abgabepflicht der Nebentätigkeitsverordnung, welcher der zweite Beschuldigte als Beamter der Stadt hätte nachkommen müssen.

Es besteht damit der Verdacht einer Beihilfe zum Betrug zu Lasten der Stadt N..

... Das zweite Schreiben (vom 13.02.2012) stellte eine vorläufige Stellungnahme dar.

Herr L. trägt vor, dass der zweite Beschuldigte Gegenleistungen in Form, von Beratungen für die I. 2000 e.K. für das monatliche Honorar erbracht habe, welche im Zusammenhang mit der KBE stehen.

...

Am 17.02.2012 ging eine weitere Stellungnahme des Anwaltes ein, die allerdings keine für den Fall relevanten Änderungen enthielt.

Der Verdacht der Beihilfe zum Betrug zu Lasten der Stadt N. konnte also auch durch die Stellungnahme nicht ausgeräumt werden.“

Innerhalb der gemäß § 52 Abs. 2 MBG S-H auf fünf Arbeitstage verkürzten Frist gab der Personalrat keine Stellungnahme ab.

Mit Schreiben vom 28.02.2012, dem Kläger zugegangen am gleichen Tage, kündigte die Beklagte dem Kläger außerordentlich, hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslauffrist (Bl. 15 f. d. A.). Mit Schreiben vom 01.03.2012 wies der Kläger die Kündigung wegen fehlender Vollmachtsurkunde gemäß § 174 BGB zurück (Bl. 41 d. A.).

Wegen der „Zuständigkeiten und Befugnisse für Bedienstete der Stadt N.“ wird auf die Dienstanweisung DA 10.12 nebst Anlage verwiesen (Bl. 124-137), die ins Intranet eingestellt ist. Daneben existiert eine „Delegation von Entscheidungen und Unterschriftsbefugnissen“ des Oberbürgermeisters der Beklagten vom 01.07.2008 (Bl. 57 d. A.). Diese Delegationsentscheidung des Bürgermeisters ist weder im Intranet zugänglich noch ist sie durch Rundschreiben den Mitarbeitern bekannt gemacht worden.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des weiteren streitigen Parteivorbringens, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 16.08.2012 dem Kündigungsfeststellungsantrag stattgegeben und die Klage im Übrigen wegen des Weiterbeschäftigungsantrags abgewiesen. Die streitgegenständliche Kündigung sei gemäß § 174 Satz 1 BGB nichtig,

da dem Kündigungsschreiben keine Vollmachtsurkunde beigelegt war. Aufgrund der allgemeinen Vertretungsbefugnis der Beklagten durch den Oberbürgermeister sei für einen Dritten nicht ersichtlich, welche Kompetenzen die Mitarbeiter der Beklagten im Einzelnen hätten. Es könne insbesondere nicht davon ausgegangen werden, dass die Leiterin des Hauptamtes sämtliche Kompetenzen im Hinblick auf den Ausspruch einer Kündigung habe. Auch bei der Beklagten sei insoweit eine Differenzierung erfolgt. Aus der Delegationsentscheidung des Oberbürgermeisters vom 01.07.2008 folge, dass der Leiterin des Hauptamtes die Entscheidungs- und Zeichnungsbefugnis für Kündigungen nur grundsätzlich übertragen worden sei, der Oberbürgermeister sich aber für betriebsbedingte Kündigungen und Auflösungsverträge gegen Zahlung von Abfindungen das Entscheidungsrecht vorbehalten habe. Zudem sei dieser Delegationserlass weder intern bekannt gemacht worden noch ins Intranet gestellt worden. Für die Mitarbeiter sei mithin unklar geblieben, welche Kompetenzabgrenzungen zwischen dem Oberbürgermeister und der Leiterin der Hauptabteilung bestünden. Zudem sei die Kündigung auch wegen mangelhafter Personalratsanhörung unwirksam. Die Beklagte habe es unterlassen, dem Personalrat die den Kläger möglicherweise entlastenden Umstände mitzuteilen. Der Kläger habe gegenüber der Beklagten detailliert mit Schreiben vom 17.02.2012 zu den Vorwürfen und welche Beratungsleistungen er für die KBE erbracht habe Stellung genommen. Den Inhalt dieser Stellungnahme habe sie dem Personalrat vorenthalten, sodass die Anhörung fehlerhaft sei. Eine fehlerhafte Personalratsanhörung könne die Zustimmungsfiktion i. S. v. § 52 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 5 MBG S-H nicht auslösen. Der Kläger habe allerdings keinen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch. Dem stünden überwiegende schutzwürdige Interessen der Beklagten entgegen. Es bestehe zurzeit der dringende Verdacht, dass der Kläger sich auf Kosten der KBE, die eine 100 %ige Tochter der Gemeinde E. sei, in erheblichem Umfang bereichert habe. Der Bezug zum klägerischen Arbeitsverhältnis sei deshalb gegeben, weil die Gemeinde E. eine Verwaltungsgemeinschaft mit der Beklagten eingegangen sei und alle Beschäftigten der Gemeinde E. auf die Beklagte übergeleitet worden seien. Zudem bestehe aufgrund der Vertragsbeziehungen zwischen dem Kläger, dem Zeugen und der KBE der dringende Verdacht, dass der Kläger mitgewirkt habe an der Verschleierung von Nebeneinkünften des Zeugen T., die dieser an die Gemeinde E. hätte abführen müssen.

Gegen dieses ihr am 06.09.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 11.09.2012 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 06.12.2012 am 30.11.2012 begründet. Die Berufungsbegründung ist dem Kläger am 06.12.2012 zugestellt worden. Nach gewährter Fristverlängerung bis zum 06.02.2013 ist die Berufungserwiderung und Anschlussberufung des Klägers beim Berufungsgericht am 07.01.2013 eingegangen.

Die Beklagte meint,

das Arbeitsgericht habe zwar zutreffend festgestellt, dass ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB vorgelegen habe, indessen zu Unrecht gemeint, die Kündigungsberechtigung der Zeugin B. habe durch eine Vollmachtsurkunde nachgewiesen werden müssen. Vielmehr sei der Kläger vor Ausspruch der Kündigung hinreichend über deren Kündigungsberechtigung i. S. v. § 174 Satz 2 BGB in Kenntnis gesetzt worden. Der Organisationsbereich des Hauptamtes der Beklagten sei für Jedermann im Internet einsehbar. Danach sei die Leiterin des Hauptamtes auch für den Fachbereich Personal zuständig. Diese sei in personellen Angelegenheiten „federführend“. Eine gesonderte Fachbereichsleitung habe es seit vielen Jahren nicht gegeben. Jeder, so auch der Kläger, habe gewusst, dass Frau B. Leiterin des Hauptamtes gewesen sei. Von Juli 2009 bis Februar 2012 sei sie in Personalunion Leiterin des Hauptamtes und als kommissarische Leiterin des Bürgeramtes auch unmittelbare Vorgesetzte des Klägers gewesen. Dem Kläger seien deren Kompetenzen in arbeits- und personalrechtlichen Angelegenheiten bekannt gewesen. Dies ergebe sich u. a. aus deren an den Kläger gerichtetem Schreiben vom 09.02.2012, in dem sie ihn darauf hingewiesen habe, „dass mir eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich erscheint und mich zur außerordentlichen Kündigung ... berechtigen. ...Nach diesem Zeitpunkt werde ich gegen Sie ggf. arbeitsrechtliche Maßnahmen einleiten“. Zudem sei der Kläger förmlich von der Zeugin B. ermahnt worden und diese habe seine Nebentätigkeiten genehmigt. Bei der Delegationsentscheidung habe es sich nicht um ein reines Verwaltungsinternum gehandelt, sondern sei von Frau B. offen kommuniziert und konkludent bekannt gemacht worden. Auch sei die Kündigung nicht wegen fehlerhafter Personalratsanhörung nichtig. Aus dem Anhörungsschreiben gingen die Art der Kündigung und der Kündigungssachverhalt hervor. Die Sozialdaten des Klägers seien dem Personalrat ungefähr

bekannt gewesen. Ungeachtet dessen, seien diese aber auch nicht maßgeblich für ihren Kündigungsentschluss gewesen, sodass diese dem Personalrat auch nicht hätten mitgeteilt werden müssen. Die Stellungnahme des Klägers vom 17.02.2012 sei nur eine Konkretisierung seiner Stellungnahme vom 13.02.2012 in Bezug auf die angeblich erbrachten Gegenleistungen gegenüber der KBE gewesen, sodass sie diese nicht im Einzelnen habe mitteilen müssen. Zudem habe sich aus ihrer Sicht aufgrund der Stellungnahme vom 17.02.2012 nichts an dem für die Kündigung maßgebenden Vorwurf geändert, dass das gesamte Vertrags- und Abrechnungskonstrukt zwischen dem Kläger und dem Zeugen T. allein auf die Schädigung der Beklagten durch Umgehung der Abgabepflicht des Zeugen T. ausgerichtet gewesen sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 16.08.2012, Az. 2 Ca 273 a/12, abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen
und im Wege der Anschlussberufung
2. das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 16.08.2012, Az. 2 Ca 273 a/12, - soweit es die Klage abgewiesen hat, abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als Leiter der Stabsstelle Außenstelle E. in der Funktion eines Sachgebietsleiters tatsächlich zu beschäftigen zu den Bedingungen seines Anstellungsvertrages mit der Vergütung nach der Entgeltgruppe 12 des TVöD/VKA und

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt

das angefochtene Urteil soweit seiner Klage stattgegeben wurde. Der Kläger bestreitet bereits, dass Frau B. ordnungsgemäß von der Beklagten zum Ausspruch der Kündigung bevollmächtigt worden sei. Zudem sei die Kündigung wegen fehlender Beifügung einer Vollmachtsurkunde gemäß § 174 Satz 1 BGB und wegen mangel-

hafter Personalratsanhörung gemäß § 52 MBG S-H unwirksam. Insoweit macht er sich die Gründe der angefochtenen Entscheidung zu Eigen. Demgegenüber habe das Arbeitsgericht den Weiterbeschäftigungsantrag zu Unrecht abgewiesen. Insbesondere gebe es kein Fehlverhalten seinerseits, auch nicht den dringenden Verdacht eines solchen, der eine fristlose Kündigung rechtfertigen könne. Die Beklagte habe sich einzig und allein auf den Inhalt des Durchsuchungsbeschlusses bezogen. Dieser belege indessen nicht den dringenden Verdacht einer strafbaren Handlung zulasten der Beklagten. Allein der Anschein einer Vertragsverletzung rechtfertige indessen keine Kündigung. Es sei mithin auch nicht erkennbar, welche „schwerwiegenden“ Interessen der Beklagten der Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstünden.

Die Beklagte erwidert auf die Anschlussberufung, der Kläger sei aufgrund seines Arbeitsvertrages lediglich als „Angestellter“ mit Tätigkeiten der EntgGr. 12 TVöD zu beschäftigen und habe daher keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung als „Leiter der Stabsstelle der Außenstelle E.“. Zudem sei es ihr aufgrund der schwerwiegenden strafrechtlichen Verdächtigungen und des damit verbundenen Vertrauensverlustes insbesondere wegen des außergewöhnlichen Medienechos um die Straftaten des Klägers und die andauernden Zerwürfnisse in den politischen Gremien der Gemeinde E. nicht zumutbar, den Kläger weiter zu beschäftigen.

Die vom Kläger erstmals in der Berufungsinstanz im Wege der Klagerweiterung mit Schriftsätzen vom 07.01.2013 und 10.01.2013 gestellten Zahlungsanträge in der korrigierten Fassung vom 25.04.2013 waren noch nicht entscheidungsreif.

Entscheidungsgründe

A.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. c; 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

In der Sache selbst hat die Berufung keinen Erfolg, da sie unbegründet ist.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsfeststellungsklage zu Recht stattgegeben. Die hiergegen von der Beklagten erhobenen Einwände rechtfertigen keine abweichende Entscheidung. Die streitgegenständliche Kündigung ist bereits aus formellen Gründen gemäß § 174 Satz 1 BGB (I.) als auch gemäß §§ 51 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 MBG Schl.-H., 134 BGB (II.) unwirksam. Zudem liegt kein wichtiger Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Verdachtskündigung vor (III.).

I. Die Kündigung der Beklagten vom 28.02.2012 ist gemäß § 174 Satz 1 BGB unwirksam, weil ihr unstreitig keine Vollmachtsurkunde beigelegt war und der Kläger die Kündigung deswegen unverzüglich mit Schreiben vom 01.03.2012 zurückgewiesen hat. Das Zurückweisungsrecht war nicht nach § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Die Beklagte hatte den Kläger über das Kündigungsrecht der Leiterin des Hauptamtes auch nicht zuvor ausreichend in Kenntnis gesetzt.

1. Nach § 174 Satz 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Das Zurückweisungsrecht ist nach § 174 Satz 2 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber dem Erklärungsempfänger die Bevollmächtigung vorher mitgeteilt hat. Folge der Zurückweisung nach § 174 Satz 1 BGB ist - unabhängig vom Bestehen der Vollmacht - die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus (BAG Urt. v. 14.04.2011 – 6 AZR 727/09 -, AP Nr. 21 zu § 174 BGB). Eine Zurückweisung nach § 174 BGB scheidet dann aus, wenn die Vertretungsmacht nicht auf der Erteilung einer Vollmacht durch den Vertretenen, sondern auf gesetzlicher oder organschaftlicher Vertretung beruht. Sofern indessen ein Bevollmächtigter in Vertretung oder im Auftrage des Organs der öffentlichen Verwaltung eine Kündigung ausspricht, findet auch im Bereich des öffentlichen Dienstes § 174 BGB uneingeschränkt Anwendung (BAG Urt. v. 20.09.2006 – 6 AZR 82/06 -, AP Nr. 19 zu § 174 BGB).

2. Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist die streitgegenständliche Kündigung, bei der es sich unstreitig um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, unwirksam.

a) Gemäß § 63 Abs. 1 GO Schl.-H. (GO) ist der hauptamtliche Bürgermeister der beklagten Stadt deren gesetzlicher Vertreter. Der Bürgermeister trifft die beamten-, arbeits- und tarifrechtliche Entscheidung für alle Beschäftigten der Stadt, § 64 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 GO. Er ist mithin grundsätzlich zuständig für den Ausspruch von Kündigungen. Unstreitig hat der Bürgermeister indessen die Kündigung vom 28.12.2012 nicht unterzeichnet, sondern die Leiterin des Hauptamtes, die Zeugin B.. Dem Kündigungsschreiben war auch unstreitig keine Vollmachtsurkunde beigelegt, aus der sich die Bevollmächtigung der Zeugin B. durch den Bürgermeister der Beklagten ergab. Zudem hat der Kläger die Kündigung auch aus den Gründen des § 174 BGB unverzüglich durch Schreiben vom 01.03.2012 zurückgewiesen.

b) Entgegen der Auffassung der Beklagte ist das Zurückweisungsrecht des Klägers vorliegend auch nicht nach § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen.

aa) Gemäß § 174 Satz 2 BGB ist die Zurückweisung der Kündigung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber (hier: der Oberbürgermeister) den anderen (hier: den Kläger) von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Dabei reicht es aus, wenn der Arbeitgeber den Kündigenden in eine Stelle berufen hat, die üblicherweise mit dem Kündigungsrecht verbunden ist. Das Inkennntnissetzen i. S. v. § 174 Satz 2 BGB gegenüber den Betriebsangehörigen liegt in der Regel darin, dass der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter in eine Stellung beruft, mit der das Kündigungsrecht verbunden zu sein pflegt. Dies ist beispielsweise bei der Bestellung zum Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung regelmäßig der Fall. Hat der Arbeitnehmer, dem gegenüber eine Kündigung ausgesprochen wird, Kenntnis davon, dass sein Erklärungsgegner eine solche, regelmäßig mit der Kündigungsbefugnis einhergehende Stellung inne hat, dann ist ihm zuzurechnen, dass er dessen Bevollmächtigung gekannt hat (BAG Urt. v. 20.09.2006 – 6 AZR 82/06 -, AP Nr. 19 zu § 174 BGB). Für das Inkennntnissetzen in diesem Sinne genügen im öffentlichen Dienst nicht lediglich intern praktizierte Verwaltungsregelungen, die nicht bekannt gegeben wurden (vgl. BAG Urt. v. 29.06.1989 - 2 AZR 482/88 -, AP Nr. 7 zu § 174

BGB). Etwas anderes gilt dann, wenn nach einer öffentlich bekannt gemachten Satzung oder eines Erlasses mit dem Bekleiden einer bestimmten Funktion die Kündigungsbefugnis verbunden ist (BAG Urt. v. 14.04.2011 – 6 AZR 727/09 -, AP Nr. 21 zu § 174 BGB; BAG Urt. 18.10.2000 - 2 AZR 627/99 -, AP Nr. 9 zu § 174 BGB).

bb) Hieran gemessen war die Zurückweisung der Kündigung wegen fehlender Beifügung einer Vollmachtsurkunde nicht nach § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Der Kläger war zum Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung nicht von dem Oberbürgermeister in Kenntnis gesetzt worden, dass die Zeugin B. als Leiterin des Hauptamtes zum Ausspruch einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung generell befugt oder im vorliegenden Fall bevollmächtigt war.

(1) Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger wusste, dass die Unterzeichnerin B. seinerzeit Leiterin des Hauptamtes war. Die Zeugin B. konnte als Leiterin des Hauptamtes vorliegend nicht generell als kündigungsbefugt angesehen werden. Gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 und 2 GO leitet der Oberbürgermeister die Verwaltung der Stadt in eigener Zuständigkeit und ist zugleich für die Organisation der Verwaltung verantwortlich. Insbesondere gliedert er die Verwaltung in Sachgebiete und weist den Stadträten die Sachgebiete zu. Daraus folgt zugleich, dass der Oberbürgermeister befugt ist, ihm obliegende Aufgaben zu delegieren. Es gibt indessen keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass der Leiter des Hauptamtes regelmäßig – ähnlich einem Personalleiter in der Privatwirtschaft – auch die uneingeschränkte Kündigungsbefugnis für sämtliche Mitarbeiter der Kommune besitzt. Vielmehr ist der für die Erledigung der inneren und äußeren Verwaltungsaufgaben originär zuständige Oberbürgermeister nach der Gemeindeordnung grundsätzlich frei, wie er die Verwaltung organisatorisch gliedern will und wem er welche Kompetenzen überträgt. Dies folgt nicht zuletzt aus der Dienstanweisung über Zuständigkeiten und Befugnisse für Bedienstete der Beklagten (DA 10.12.) selbst. Hierin hat der Oberbürgermeister die Entscheidungs- und Zeichnungsbefugnis u. a. auch für das Personalwesen generell festgelegt (Ziff. 3.2 DA). Einer derartigen Zuständigkeitsregelung bedürfte es nicht, wenn der Hauptamtsleiter nach allgemeiner Auffassung regelmäßig kündigungsbefugt wäre.

(2) Die Beklagte hat den Kläger aber auch nicht gemäß § 174 Satz 2 BGB davon in Kenntnis gesetzt, dass dem jeweiligen Leiter des Hauptamtes die Kündigungsbefugnis generell übertragen worden ist.

(a) Die Beklagte beruft sich insoweit zu Unrecht auf die DA 10.12.

Unstreitig ist die DA 10.12 nicht in Erlassform veröffentlicht worden, sondern nur ins hausinterne Intranet gestellt worden. Die Mitarbeiter sind – soweit ersichtlich – auch nicht gesondert aufgefordert, sich über die Entscheidungs- und Zeichnungsbefugnisse im Intranet zu erkundigen. Den Anforderungen des § 174 Satz 2 BGB in Bezug auf das Inkenntnissetzen ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bereits dann genüge getan, wenn der Arbeitnehmer irgendwie die Möglichkeit hat, die Vertretungsbefugnisse der Amtsleiter oder anderer Mitarbeiter über öffentlich zugängliche Stellen selbst herauszufinden. Vielmehr ist ein zusätzliches Handeln des Vertretenen (hier: des Oberbürgermeisters) zur Information des Arbeitnehmers erforderlich. Bereits nach dem Wortlaut setzt § 174 Satz 2 BGB ein aktives Handeln des Vertretenen voraus, um die Mitarbeiter von der Bevollmächtigung in Kenntnis zu setzen. Dafür reicht es etwa aus, wenn der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag oder durch gesondertes (Rund-)Schreiben aufgefordert wird, sich über die Organisationsstruktur aus den ihm übergebenen Unterlagen oder dem ihm zugänglichen Intranet zu informieren, sofern sich aus diesen Quellen ergibt, welche Funktionsträger mit welcher Vertretungsmacht ausgestattet sind (BAG Ur. v. 14.04.2011 – 6 AZR 727/09 -, a.a.O). Nicht ausreichend ist indessen, wenn der Vertreter selbst im Kündigungsschreiben durch den Zusatz „in Vertretung“ auf die Bevollmächtigung hinweist. Dies folgt bereits aus dem Sinn und Zweck des § 174 BGB. Da bei einseitigen Rechtsgeschäften Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig ist, § 181 Satz 1 BGB, interessiert den Erklärungsempfänger dringend, ob der als Vertreter Auftretende auch tatsächlich bevollmächtigt ist oder nicht (Palandt, BGB, 72. Aufl., Rn. 1 zu § 174). Insoweit soll § 174 BGB Zweifel über Bestehen oder Umfang der Vollmacht beseitigen. Dies ist aber nur möglich, wenn der Vertretene selbst den Erklärungsempfänger über die erteilte Vollmacht in Kenntnis setzt bzw. informiert.

Ungeachtet dessen enthält die DA 10.12 in Bezug auf das Kündigungsrecht aber auch keine Kompetenzzuweisung auf den jeweiligen Leiter des Hauptamtes. In Ziff. 3.2.1 DA ist unter der Überschrift „Personalwesen“ ausdrücklich geregelt, dass sich für „Einstellungen, Höhergruppierungen, Beförderungen, Kündigungen und Entlassungen, Arbeitszeitregelungen“ die Zuständigkeit des Oberbürgermeisters aus § 65 GO unmittelbar ergibt. Lediglich für Gehaltsvorschüsse ist der Leiter des Hauptamtes im Rahmen der Vorschussrichtlinien zuständig, Ziff. 3.2.2 DA. Etwas anderes erschließt sich auch nicht aus Ziff. 2.1 DA. Hierin wird lediglich allgemein klargestellt, dass die Entscheidungsbefugnis das Recht und die Pflicht umfasst, einen Geschäftsvorfall selbstständig abzuschließen und dass mit der Unterschrift das Schriftstück Rechtsverbindlichkeit erhalte. Eine konkrete Kompetenzzuweisung des Kündigungsrechts von Arbeitsverhältnissen enthält diese Regelung nicht. Auch in Ziff. 2.2 DA ist dem Hauptamtsleiter nicht generell die Entscheidungs- und Zeichnungsbefugnis für die Kündigung von Arbeitsverträgen übertragen. Danach liegt die Zeichnungsbefugnis für das übertragene Aufgabengebiet grundsätzlich bei den Sachbearbeitern. Ausgenommen sind u. a. die in der Anlage 2 aufgeführten Angelegenheiten. Gemäß vorletztem Spiegelstrich der Anlage 2 sind „wichtige Personalangelegenheiten“ ausgenommen. In Verbindung mit Ziff. 3.2 DA zählen mithin neben der Einstellung, Höhergruppierung, Beförderung und Arbeitszeitregelungen insbesondere auch Kündigungen und Entlassungen zu „wichtigen Personalangelegenheiten“, die nach der DA 10.12 nicht zu den Entscheidungs- und Zeichnungsbefugnissen des jeweiligen Sachbearbeiters fallen.

(b) Die Beklagte kann sich aber auch nicht mit Erfolg auf die Delegationsentscheidung vom 01.07.2008 berufen. Mit dieser Verfügung hat der Oberbürgermeister zwar geregelt, dass die Entscheidungs- und Zeichnungsbefugnis für „Kündigungen“ grundsätzlich auf den „AL 10“, mithin den Leiter des Hauptamtes übertragen worden ist. Indessen hat sich der Oberbürgermeister für „betriebsbedingte Kündigungen“ sowie „Abfindungen aus Arbeitsrechtsstreitigkeiten / Auflösungsverträgen“ die Entscheidungs- und Zeichnungsbefugnis selbst vorbehalten. Völlig zutreffend hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass diese Delegationsentscheidung unstrittig weder veröffentlicht noch durch Rundschreiben bekannt gemacht worden. Sie befindet sich nicht einmal im hausinternen Intranet. Insoweit handelt es sich um eine reine

verwaltungsinterne Zuständigkeitsregelung, die das Erfordernis des Inkenntnissetzens i. S. d. § 174 Satz 2 BGB nicht erfüllt. Die Beklagte verkennt insoweit die Bedeutung von § 174 Satz 2 BGB. Danach muss der Vertretene als Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung des Vertreters in Kenntnis setzen. Der Sinn von § 174 BGB würde ins Gegenteil verkehrt, wenn der Vertreter selbst den anderen von seiner Vertretungsbefugnis in Kenntnis setzen könnte. Es kommt mithin nicht darauf an, ob die Zeugin B. den Kläger konkludent von ihrer Kündigungsbefugnis in Kenntnis gesetzt hat, insbesondere hat sie sich ihm gegenüberüber zu keinem Zeitpunkt auf den Inhalt der Delegationsentscheidung berufen. Gegenteiliges behauptet die Beklagte nicht. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob der Kläger aus den an ihn gerichteten Schreiben der Zeugin B. vom 09.02.2012 (1. Aufforderung zur Stellungnahme), 15.02.2012 (2. Aufforderung zur Stellungnahme) und 07.11.2008 (Antwort auf Nebentätigkeitsanzeige) hätte schließen können, dass die Zeugin B. als Leiterin des Hauptamtes ihm gegenüber Personalbefugnisse hatte. Nicht Frau B. als Vertreterin sondern der Oberbürgermeister als Vertretener hätte den Kläger von der Delegation der Kündigungsbefugnis unterrichten müssen, um das Zurückweisungsrecht des Klägers nach § 174 Satz 1 BGB beim Ausspruch einer Kündigung durch die Amtsleiterin Frau B. nach § 174 Satz 2 BGB ausschließen zu können.

II. Die Kündigung ist aber auch gemäß § 134 BGB i. V. m. §§ 51 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 MBG Schl.-H. (MBG) unwirksam.

1. Nach § 51 Abs. 1 S. 1 MBG hat der Personalrat bei allen personellen Maßnahmen mitzubestimmen, sodass eine Kündigung nur mit Zustimmung des Personalrats ausgesprochen werden kann, § 52 Abs. 1 MBG. Mit dem Zustimmungsantrag hat die Dienststelle den Personalrat gemäß §§ 52 Abs. 2 S. 1, 49 Abs. 1 u. 2 MBG von der beabsichtigten Maßnahme umfassend zu unterrichten. Die Information hat so zu erfolgen, dass der Personalrat in die Lage versetzt wird, sich zu der beabsichtigten Kündigung unter Zugrundelegung des vollständig ihm zur Verfügung gestellten Materials eine eigene Meinung zu bilden. Der Arbeitgeber hat den Personalrat mithin über den zur Kündigung führenden Sachverhalt umfassend und unter Beifügung vorhandener Schriftstücke zu unterrichten.

a) Für die Anhörung des Personalrats gelten dieselben Grundsätze wie für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG (BAG Urt. v. 26.09.2002 - 2 AZR 424/01 -, AP Nr. 37 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘). Eine Kündigung ist danach nicht erst unwirksam, wenn eine Unterrichtung ganz unterblieben ist, sondern schon dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachgekommen ist. Der Arbeitgeber hat dem Personalrat grundsätzlich die Personalien des zu kündigenden Arbeitnehmers, die Beschäftigungsdauer, die Kündigungsart sowie die Kündigungsgründe mitzuteilen. Das Anhörungsverfahren hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, der Personalvertretung Gelegenheit zu geben, ihre Überlegungen und Bedenken zu der Kündigungsabsicht dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen. Die Anhörung soll in geeigneten Fällen dazu beitragen, dass es gar nicht zum Ausspruch einer Kündigung kommt (BAG Urt. v. 02.11.1983 - 7 AZR 65/82 -, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972). Aus dem Sinn und Zweck der Anhörung folgt für den Arbeitgeber die Verpflichtung, die Gründe für seine Kündigungsabsicht so mitzuteilen, dass der Personalrat eine nähere Umschreibung des für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalts erhält. Dabei muss die Beschreibung des Sachverhalts so umfassend sein, dass der Personalrat ohne eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen. Insoweit kann es dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit entsprechen, auch diejenigen Umstände mitzuteilen, die gegen den Ausspruch einer Kündigung sprechen (LAG Schleswig-Holstein Urteil v. 19.01.2010 – 5 Sa 210/09 -, zit. n. Juris; BAG Urt. v. 31.08.1989 – 2 AZR 453/88 -, AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Schleswig-Holstein; BAG Urt. v. 02.11.1983 - 7 AZR 65/82 -, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972). Der Arbeitgeber genügt daher der ihm obliegenden Mitteilungspflicht nicht, wenn er den Kündigungssachverhalt nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig umschreibt oder lediglich ein Werturteil abgibt, ohne die für seine Bewertung maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen. Allerdings sind an die Mitteilungspflichten des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess. Es gilt der Grundsatz der subjektiven Determinierung, nach dem die Arbeitnehmervertretung immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Gründe mitgeteilt hat (st. Rspr., vgl. nur: BAG Urt. v. 21.06.2001 -2 AZR 30/00 -, ZTR 2002, 45-46). Nach dem

Grundsatz der sogenannten "subjektiven Determinierung" ist eine Anhörung immer dann ordnungsgemäß, wenn der Arbeitgeber dem Personalrat die aus seiner Sicht tragenden Umstände, zu denen auch die möglicherweise entlastenden Umstände zählen, unterbreitet hat (LAG Hamburg Urt. v. 03.12.2008 – 4 Sa 87/08 -, zit. n. Juris). Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen nicht mit, weil er die Kündigung darauf (zunächst) nicht stützen will oder weil er sie bei seinem Kündigungsentschluss für unerheblich oder entbehrlich hält, dann ist die Anhörung selbst ordnungsgemäß (BAG 22.09.1994 - 2 AZR 31/94 - AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972; BAG Urt. v. 24.02.2000 - 8 AZR 167/99 -, AP Nr. 47 zu § 1 KSchG 1969 ‚Soziale Auswahl‘).

b) Es handelt sich indessen nicht um eine Frage der subjektiven Determinierung, wenn der Arbeitgeber dem Personalrat den Kündigungssachverhalt verkürzt oder irreführend schildert, sodass die Kündigungsgründe wertungsmäßig ein anderes Gewicht erhalten. Eine unzureichende Unterrichtung kann nicht nur in der bewussten „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 Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts bewirken (LAG Schleswig-Holstein Urteil v. 19.01.2010 – 5 Sa 210/09 -, zit. n. Juris; BAG Urt. v. 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 -, a. a. O.). Der Arbeitgeber verletzt durch eine derartige Darstellung nicht nur die im Anhörungsverfahren geltende Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 1 Abs. 2 MBG, sondern er setzt den Personalrat auch außerstande, sich ein zutreffendes Bild von den Gründen für die Kündigung zu machen. Dass die bewusst unvollständige Information nicht mit dem Grundsatz der subjektiven Determinierung zu rechtfertigen ist, zeigt sich daran, dass in diesen Fällen das Steuerungsinstrument beim Nachschieben von Kündigungsgründen versagt. Denn der Arbeitgeber hat naturgemäß überhaupt kein Interesse an dem Nachschieben von Umständen, die zu einer für den Arbeitnehmer günstigeren Beurteilung des Sachverhalts führen könnten. Die hier zur subjektiven Determination vertretene Auffassung deckt sich auch mit den Besonderheiten der Verdachtskündigung. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat bzw. Personalrat auch die den Arbeitnehmer entlastenden Tatsachen der Anhörung

mitteilen, insbesondere soweit sie Gegenstand einer Stellungnahme des Arbeitnehmers zu den ihm zur Last gelegten Vorwürfen sind. Eine Darstellung, durch die der Arbeitgeber einseitig die Verdachtsmomente darstellt und ihm bekannte entlastende Tatsachen unterdrückt, vereitelt eine sachgemäße Beurteilung seitens des Betriebsrats. Die Anhörung wäre nicht ordnungsgemäß, sie stünde einer Nichtanhörung gleich (LAG Schleswig-Holstein Urteil v. 19.01.2010 – 5 Sa 210/09 -, zit. n. Juris; BAG Ur. v. 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 -, a. a. O.; LAG Köln Ur. V. 03.03.2008 – 14 Sa 1276/07 -, zit. n. Juris).

2. Hieran gemessen hat die Beklagte den Personalrat mit Schreiben vom 20.02.2012 nur unzureichend über den Kündigungssachverhalt informiert.

a) Die mangelhafte Personalratsanhörung ergibt sich schon daraus, dass die Beklagte diesem die Sozialdaten des Klägers nicht mitgeteilt hat. Hierzu trägt die Beklagte lediglich vor, dass dem Personalrat das Alter und die Betriebszugehörigkeit des Klägers „ungefähr bekannt“ gewesen seien. Diese Einlassung ist unsubstantiiert. Insbesondere schweigt die Beklagte darüber, woher der Personalrat seine angebliche Kenntnis hatte, zumal das Arbeitsverhältnis des Klägers erst aufgrund des Personalüberleitungsvertrages auf die Beklagte übergegangen ist. Auch stellt die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte diese Behauptung nicht unter Beweis. Sie bietet nur für die Übergabe des Anhörungsbogens Beweis durch Vernehmung der Zeugin J. an.

Die Mitteilung der Personaldaten ist auch im Falle einer außerordentlichen Kündigung grundsätzlich unerlässlich. Denn der Familienstand, die daraus resultierenden Unterhaltspflichten, das Lebensalter und die Beschäftigungszeit sind auch im Rahmen der nach § 626 Abs. 1 BGB notwendigen Interessenabwägung zwingend zu berücksichtigen (BAG Ur. v. 26.09.2002 – 2 AZR 424/01 -, AP Nr. 37 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘; LAG Köln, Ur. v. 24.02.2010 – 8 Sa 1210/09 -, zit. n. Juris). Ausnahmsweise ist der Arbeitgeber bei einer Wartezeitkündigung nicht verpflichtet, dem Personalrat die Sozialdaten, die bei vernünftiger Betrachtung weder aus seiner Sicht noch aus Sicht der Arbeitnehmersvertretung für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung eine Rolle spielen können, mitzuteilen (BAG Ur. v.

23.04.2009 – 6 AZR 516/08 -, AP Nr. 161 zu § 102 BetrVG 1972). Verzichtbar ist die Mitteilung der Sozialdaten „Lebensalter“ und „Unterhaltspflichten“ ausnahmsweise auch dann, wenn die Anhörung eine betriebsbedingte Kündigung wegen einer Betriebsstilllegung zum Gegenstand hat und folglich eine Sozialauswahl entfällt, sodass das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des zu Kündigenden keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung haben können (BAG Urt. v. 13.05.2004 – 2 AZR 329/03 -, AP Nr. 140 zu § 102 BetrVG 1972; LAG Baden-Württemberg Urt. v. 09.01.2006 – 4 Sa 55/05 -, zit. n. Juris; LAG Köln Urt. v. 24.02.2010 – 8 Sa 1210/09 -, zit. n. Juris).

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier aber unstreitig nicht vor. Zudem betreffen diese Ausnahmefälle nur den Verzicht auf die Mitteilung des Lebensalters und der Unterhaltspflichten, nicht hingegen der Beschäftigungszeit des betroffenen Mitarbeiters. Die Beschäftigungszeit ist nicht nur im Rahmen der Interessenabwägung bedeutsam, sondern hat auch Einfluss auf die Kündigungsfrist sowie den tariflichen Kündigungsschutz. Die Mitteilung der für die tarifliche Unkündbarkeit maßgebenden Beschäftigungs- und Anrechnungszeiten ist mithin unverzichtbar. Zudem kann gerade bei einer verhaltensbedingten ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung die - möglicherweise beanstandungsfreie - Beschäftigungsdauer die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers beeinflussen. Auch hieraus folgt, dass die Beschäftigungszeit dem Personalrat in jedem Fall mitzuteilen ist. Die Beklagte kann sich deshalb auch nicht auf die subjektive Determination der Betriebsratsanhörung zurückziehen, indem sie vorträgt, dass die Sozialdaten des Klägers für sie angesichts des „schwerwiegenden“ Verdachts keine Rolle gespielt hätten. Die Beklagte verkennt dabei den Sinn und Zweck der Personalratsanhörung. Der Personalrat soll sich ein eigenes Bild vom Kündigungssachverhalt machen und in die Lage versetzt werden, den Arbeitgeber ggf. im Rahmen seiner Stellungnahme vom Kündigungsentschluss wieder abzubringen. Der Personalrat soll nicht nur die Entscheidung des Arbeitgebers „abnicken“, sondern durch die Anhörung in die Lage versetzt werden, eine eigene Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kündigung zu treffen und dem Arbeitgeber mitzuteilen.

b) Ungeachtet dessen ist die Personalratsanhörung aber auch deshalb mangelhaft, weil die Beklagte dem Personalrat den Inhalt der detaillierten Stellungnahme des Klägers vom 17.02.2012 zu den im Durchsuchungsbeschluss erhobenen Vorwürfen vorenthalten hat. Unstreitig hat die Beklagte dem Anhörungsbogen vom 20.02.2012 keinerlei Anlagen beigefügt, insbesondere weder den Durchsuchungsbeschluss selbst noch die Stellungnahme des Klägers vom 13.02.2012 nebst Anlage (Schreiben der Beklagten vom 07.10.2009 betreffend die angezeigte Nebentätigkeit des Zeugen T.) noch dessen Stellungnahme vom 17.02.2012. Vielmehr hat sich die Beklagte darauf beschränkt, in dem Anhörungsbogen nur den Inhalt der vorläufigen und damit auch sehr kurzen und noch pauschalen Stellungnahme des Klägers vom 13.02.2012 textlich und noch dazu unvollständig wiederzugeben. So hat der Kläger bereits mit seiner vorläufigen Stellungnahme vom 13.02.2012 darauf hingewiesen, dass der Zeuge und Mitbeschuldigte T. seine Nebentätigkeit (Projekt- und Unternehmensberatung) und den sich daraus resultierenden Verdienst (€ 1.500,00) der Beklagten gegenüber angezeigt hatte. Im Anhörungsschreiben vom 20.02.2012 fehlt diese Einlassung des Klägers völlig. Die Nebentätigkeitsanzeige des Zeugen T. und damit die Kenntnis der Beklagten von dessen Einnahmen in Höhe von monatlich € 1.500,00 könnte in Bezug auf den gegen den Kläger gerichteten Vorwurf der Beihilfe zur Umgehung einer den Zeugen T. treffenden Abgabepflicht Einfluss auf die Einhaltung der Zweiwochenfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB und damit der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung haben. Insoweit wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, dem Personalrat von der bereits in der Stellungnahme vom 13.02.2012 mitgeteilten Nebentätigkeitsanzeige des Zeugen T. zu unterrichten.

Die Stellungnahme des Klägers vom 17.02.2012 enthält auf den Seiten 1-3 im Einzelnen und detailreich weitergehende Angaben zum Inhalt und zeitlichen Umfang der Beratungsleistungen der Fa. I. für die KBE als auch wer im Einzelnen die Ansprechpartner des Klägers waren. Zudem hat der Kläger mitgeteilt, dass er diese Nebentätigkeit der Beklagten am 14.11.2007 angezeigt und die Amtsleiterin B. diese abgezeichnet habe. Ferner hat er weiter zu dem Vertragsverhältnis zwischen der I. und dem Zeugen T. auf Seite 4 und der Information des Verwaltungsrates der KBE auf Seite 5 der Stellungnahme vom 17.02.2012 vorgetragen. Den Inhalt dieser ausführlichen Stellungnahme des Klägers hat die Beklagte dem Personalrat in dem Anhö-

rungsschreiben auch nicht im Ansatz – zusammengefasst - wiedergegeben. Da der Kläger in dieser Stellungnahme die vertraglichen Beziehungen zwischen der Fa. I. und der KBE als auch diejenigen zwischen der Fa. I. und dem Zeugen T. und die daraus folgenden Zahlungen von der KBE an die Fa. I. bzw. von der Fa. I. an den Zeugen T. aus seiner Sicht erläutert hat, hätte die Beklagte dem Personalrat diese in der Stellungnahme vom 17.02.2012 enthaltenden Rechtfertigungsgründe bzw. den Kläger entlastenden Umstände zwingend mitteilen müssen. Wie die Beklagte angesichts der detailreichen und mit neuen Tatsachen belegten Stellungnahme des Klägers vom 17.02.2012 dazu kommt, dass diese Stellungnahme „keine für den Fall relevanten Änderungen“ enthalte, erschließt sich der Kammer nicht. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte ihrerseits den Einlassungen des Klägers vom 17.02.2012 möglicherweise keinen Glauben geschenkt bzw. keine Bedeutung beigemessen hat. Die Beklagte wäre mithin verpflichtet gewesen, dem Personalrat auch die vom Kläger in der Anhörung vom 17.02.2012 vorgetragene und ihn entlastenden Tatsachen mitzuteilen. Die einseitige Darstellung der lediglich auf dem Durchsuchungsbeschluss fußenden Verdachtsmomente in dem Anhörungsschreiben ist mangelhaft, da sie eine sachgemäße Beurteilung des Kündigungssachverhalts durch den Personalrat vereitelt.

III. Die streitgegenständliche Kündigung vermochte aber auch aus materiellrechtlichen Gründen das Arbeitsverhältnis des Klägers weder fristlos noch außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit zu beenden. Insbesondere ist die Kündigung auch nicht als sogenannte Verdachtskündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

1. Nach dieser Vorschrift kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich 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 selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

a) Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB kann auch in dem dringenden Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bestehen. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer ha-

be die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dies setzt voraus, dass der Verdacht nicht nur auf Vermutungen, sondern auf Tatsachen gestützt wird und dringend ist. Ferner ist für die kündigungsrechtliche Beurteilung der Pflichtverletzung, auf die sich der Verdacht bezieht, deren strafrechtliche Bewertung nicht maßgebend. Entscheidend sind der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch. Deshalb besteht regelmäßig keine Rechtfertigung für die Aussetzung eines Kündigungsschutzprozesses bis zur rechtskräftigen Erledigung eines Strafverfahrens, in dem der Kündigungsvorwurf auf seine strafrechtliche Relevanz hin geprüft wird (st. Rspr., vgl. nur: BAG Ur. v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11 – NZA 2012, 371 ff. mit zahlreichen weiteren Rspr.-Nachw.).

b) Allein auf einen im Strafermittlungsverfahren erlassenen Durchsuchungsbeschluss kann eine außerordentliche Verdachtskündigung nicht gestützt werden. Dies ergibt sich bereits aus den §§ 102, 103 StPO. Danach ist eine Durchsuchung von Wohnungen und anderen Räumen bereits zulässig, wenn der Täter einer Straftat etc. nur „verdächtig“ ist und die Durchsuchung vermutlich zum Auffinden von Beweismitteln führen wird. Demgegenüber setzt eine Verdachtskündigung einen „dringenden Tatverdacht“ voraus. Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden, selbst wenn sie von Gesetzes wegen einen dringenden Tatverdacht voraussetzen sollten, sind nicht geeignet, Tatsachenvortrag der Parteien des Zivilprozesses zu ersetzen. Der wegen eines „dringenden Tatverdachts“ kündigende Arbeitgeber hat im Kündigungsrechtsstreit vielmehr bestimmte Tatsachen darzulegen, die unmittelbar als solche den Schluss zulassen, der Arbeitnehmer sei eines bestimmten, die Kündigung rechtfertigenden Verhaltens dringend verdächtig. Zu diesem Zweck ist es ihm zwar unbenommen, sich Ermittlungsergebnisse der Strafverfolgungsbehörden zu eigen zu machen und sie im Arbeitsgerichtsprozess - zumindest durch Bezugnahme - als eigene Behauptungen vorzutragen (BAG Ur. v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11 -, a.a.O.).

Sofern ein dringender Verdacht besteht, dass sich der Arbeitnehmer eines Betrugs oder sonstigen Vermögensdeliktes zulasten des Arbeitgebers schuldig gemacht hat, ist dies an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (BAG Ur. v. 21.06.2012 – 2 AZR 694/11 -, NZA 2013, 199 ff.)

2. Hieran gemessen lag zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vom 28.02.2012 indessen noch kein gegen den Kläger bestehender dringender Tatverdacht einer Vermögensstraftat zulasten der Beklagten vor. Der Beklagten mag zugestanden werden, dass aufgrund der im Durchsuchungsbeschluss genannten, bis dato festgestellten Ermittlungsergebnisse (Vertragsverflechtungen zwischen der Fa. I., deren Inhaber der Kläger ist, und der KBE und dem Zeugen T. sowie dessen Stellung zur Beklagten und der erfolgten Zahlungen) gewisse Verdachtsmomente für strafbare Handlungen des Klägers (Bestechlichkeit, gemeinschaftlicher Betrug und Beteiligung zur Untreue) zu ihren Lasten vorhanden waren. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen indessen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus. Eine Verdachtskündigung kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn dringende, auf objektiven Tatsachen beruhende schwerwiegende Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören. Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Auflösung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (BAG Ur. v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 -, AP Nr. 40 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘). Neben der zwingend erforderlichen Anhörung des verdächtigen Arbeitnehmers muss er auch die den Arbeitnehmer möglicherweise entlastenden Umstände aufklären. Insbesondere muss er den vom Arbeitnehmer vorgebrachten „Rechtfertigungsgründen“ nachgehen und diese ggf. widerlegen. Dabei sind an die Darlegung und Qualität der schwerwiegenden Verdachtsmomente besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil bei einer Verdachtskündigung immer die Gefahr besteht, dass ein „Unschuldiger“ betroffen ist (st. Rspr., vgl. nur: BAG Ur. v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 -, AP Nr. 40 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘). Die Beklagte hat-

te bei Ausspruch der Kündigung - soweit ersichtlich – überhaupt keine eigenen Ermittlungen angestellt, um die Vertragsverhältnisse zwischen der Fa. I., der KBE und dem Zeugen T. aufzuklären. Jedenfalls beruft sie sich diesbezüglich lediglich völlig pauschal und durch keinerlei Tatsachenvortrag belegt und damit unbeachtlich auf behördeninterne Ermittlungen. Um welche es sich hierbei gehandelt haben soll und zu welchen Ergebnissen diese geführt haben sollen, legt sie nicht dar. Weitergehende Ermittlungen wären der Beklagten aber möglich und auch zumutbar gewesen. Neben der Anhörung des Klägers hätte sie zwingend auch den Zeugen T. zu den Verdachtsmomenten anhören müssen. Zudem hätte sie sowohl den Kläger als auch den Zeugen T. nach dem genauen Inhalt der strittigen Beratungsverträge befragen können, wenn ihr diese Verträge nicht ohnehin aufgrund der Verwaltungsgemeinschaft mit der Gemeinde E. zugänglich waren. Die Gemeinde E. ist 100 %ige Inhaberin der KBE AöR. Zudem hätte sie bei der KBE nachfragen können, inwieweit die Fa. I. bzw. der von dieser beauftragte Zeuge T. in welchem Umfang welche konkreten Beratungsleistungen erbracht hat. Auf diese Weise hätte sie den Sachverhalt um die strittigen Beraterverträge weiter aufklären und einen möglichen Verstoß des Zeugen T. gegen seine Abgabepflichten aufdecken können. Anhand dieser möglichen Auskünfte hätte die Beklagte herausfinden können, ob sich ihr Anfangsverdacht, der Kläger habe sich der Beihilfe zur Untreue des Zeugen T. zu ihren Lasten schuldig gemacht, erhärtet. Die Beklagte hat sich indessen einzig und allein auf den Inhalt des Durchsuchungsbeschlusses gestützt, anstatt den Sachverhalt zunächst behördenintern aufzuklären. Eine Verdachtskündigung kann indessen nicht ausschließlich auf den Umstand gestützt werden, dass die Strafverfolgungsbehörden einen Durchsuchungsbeschluss erlassen haben.

B.

Die Anschlussberufung des Klägers ist zulässig, insbesondere ist der Kläger durch die teilweise Klagabweisung beschwert und hat die Anschlussberufung fristgerecht eingelegt und begründet.

Die Anschlussberufung ist auch begründet.

I. Die in der Berufungsinstanz insoweit erfolgte Änderung des Weiterbeschäftigungsantrages ist gemäß § 533 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG zulässig. Die Antragsänderung ist unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit sachdienlich gemäß § 533 Nr. 1 ZPO, denn es klärt die in diesem Verfahren vordergründige Frage, ob der Kläger überhaupt einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat. Zudem wird der Klagänderungsantrag auf Tatsachen gestützt, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, § 533 Nr. 2 ZPO.

II. Der Weiterbeschäftigungsantrag ist auch begründet.

Nachdem erst- und zweitinstanzlich der Kündigungsfeststellungsklage stattgegeben wurde, hat der Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits nach der Grundsatzentscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27.02.1985 – GS 1/84 – (AP Nr. 14 zu § 611 BGB ‚Beschäftigungspflicht‘) den allgemeinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch wird vom Großen Senat wie der allgemeine Beschäftigungsantrag aus den §§ 611, 613 BGB i. V. m. § 242 BGB hergeleitet.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts hat die Beklagte auch keine zusätzlichen Umstände dargelegt, die ein überwiegendes Interesse zu ihren Gunsten ergibt, den Kläger nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu beschäftigen. Das Arbeitsgericht ist hierbei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Kündigung allein aus formellen Gründen rechtsunwirksam gewesen sei, materiell-rechtlich ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Verdachtskündigung vorgelegen habe. Hierzu hat das Arbeitsgericht indessen keinerlei rechtliche Ausführungen gemacht. Insbesondere hat es im Rahmen der Klagstattgabe weder das Vorliegen der strengen Voraussetzungen einer Verdachtskündigung geprüft noch festgestellt.

Ungeachtet dessen sind vorliegend aber auch keine Umstände ersichtlich, die es der Beklagten unzumutbar machten, den Kläger als Angestellten mit Tätigkeiten der EntGr. 14 TVöD weiter zu beschäftigen. Eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäfti-

gung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein erheblicher Grund für die Verweigerung der Annahme der Arbeitsleistung vorliegt und der Grund schwerer wiegt als der für die fristlose Kündigung maßgebliche Grund, da ansonsten sonstige formale Unwirksamkeitsgründe - wie beispielsweise die fehlerhafte Anhörung des Betriebsrates - weitgehend sanktionslos bleiben würden (LAG Hamm, Urt. v. 12.04.2011 – 19 Sa 2963/10 -, zit. n. Juris; vgl. BAG, Urteil vom 29.10.1987, AP BGB, § 615 Nr. 42). Ein derartiger Extremfall liegt insbesondere dann vor, wenn Rechtsgüter des Arbeitgebers, insbesondere Gesundheit, Ehre, Persönlichkeitsrechte, unmittelbar und nachhaltig gefährdet würden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen würde. So ist es einem öffentlichen Arbeitgeber beispielweise nicht zumutbar, einen Arbeitnehmer mit nachgewiesener verfassungsfeindlicher Gesinnung weiter zu beschäftigen, obgleich dessen Kündigungsschutzklage stattgegeben wurde (LAG Baden-Württemberg Urt. v. 02.06.2009 – 14 Sa 101/08 -, zit. n. Juris).

Die Beklagte hält dem Weiterbeschäftigungsbegehren des Klägers insbesondere die „schwerwiegenden strafrechtlichen Verdächtigungen“ und das „außergewöhnliche Medienecho um die Straftaten des Klägers“ entgegen sowie die politischen Zerwürfnisse innerhalb der politischen Gremien der Gemeinde E.. Zunächst einmal ist festzustellen, dass die Beklagte bislang nicht darzulegen vermocht hat, dass vorliegend überhaupt ein „schwerwiegender“ und damit auch dringender Verdacht einer Straftat vorliegt. Hierzu ist unter lit. A. III. dieser Entscheidungsgründe hinlänglich vorgetragen worden. Ein dringender Tatverdacht ist seitens der Beklagten weder dargelegt noch unter Beweis gestellt worden. Zudem hat die Staatsanwaltschaft noch nicht einmal Anklage gegen den Kläger erhoben. Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, welche negativen und für sie nicht hinnehmbaren Auswirkungen das mediale Interesse am Strafermittlungsverfahren auf das Arbeitsverhältnis der Parteien haben könnte. Zudem hat die Beklagte weder vorgetragen noch belegt, dass überhaupt noch ein mediales Interesse an der Berichterstattung über das Strafermittlungsverfahren besteht und am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits. Auch etwaige Querelen innerhalb der politischen Gremien der Gemeinde E. führen nicht zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers.

C.

Nach alledem war die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und auf die Anschlussberufung des Klägers unter Abänderung des angefochtenen Urteils dem Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers stattzugeben.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

gez. ...

gez. ...

gez....