

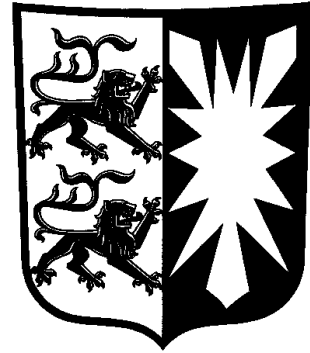
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 203/13

1 Ca 2161 b/12ArbG Elmshorn

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 18.12.2013



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 18.12.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden, den ehrenamtlichen Richter ... und die ehrenamtliche Richterin ...

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 22.05.2013 – 1 Ca 2161 b/12 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

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 über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung, deren Umdeutung in eine ordentliche Kündigung sowie um Weiterbeschäftigung.

Die am1957 geborene Klägerin trat am 15.10.1998 in die Dienste der Beklagten. Sie arbeitet als Küchenhelferin in der Truppenküche der M.-K. in A.. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) Anwendung. Zuletzt erzielte die Klägerin ein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2.280,00 €.

Am 29.11.2012 unterschrieb die Klägerin einen Belehrungsnachweis mit folgendem Wortlaut:

„Ich, H.,M., geb. am ...,bin heute darüber belehrt worden, dass mir die Mitnahme von Verpflegungsmitteln der Truppenverpflegung einschließlich Getränken – in frischem oder zubereitetem Zustand – aus Speise-, Lager- und Wirtschaftsräumen der Truppenküche untersagt ist.

Dieses Verbot erstreckt sich auch auf die Mitnahme von Speiseresten und Abfällen von Verpflegungsmitteln.

Zu widerhandlungen können die sofortige Entlassung nach sich ziehen und strafrechtlich als Diebstahl oder Hehlerei verfolgt werden.

Es wurde auf die in jüngster Zeit ausgesprochenen Urteile verschiedener Arbeitsgerichte wie z. B. „Pfandbon-Urteil“ und „Maultasche-Urteil“ verwiesen.“

Derartige Belehrungen finden halbjährlich statt.

Am Nachmittag des 05.12.2012 füllte die Klägerin zubereiteten Rotkohl, der vom Mittagessen übrig geblieben war, in mindestens zwei 1kg-Schalen und stellte diese in einen Eimer. Diesen Eimer brachte sie zunächst in den Damenumkleideraum der Truppenküche. Wenig später stellte die Klägerin den Eimer in einem Putzmittelraum ab, wo ihn die Küchenbuchhalterin fand. Die Küchenbuchhalterin und der von ihr informierte Küchenleiter sprachen die Klägerin auf den Fund an und warfen ihr versuchten Diebstahl von Lebensmitteln vor. Die Klägerin gab in dem Gespräch zu, dass sie den Rotkohl mitnehmen wollte.

Zwei Tage später wurde die Klägerin im Bundeswehr-Dienstleistungszentrum H. zu dem Vorfall angehört (Anhörungsprotokoll, Anlage K 3 = Bl. 24 f. d. A.). Die Klägerin räumte auch hier ihre Mitnahmeabsicht ein und machte geltend, der Kohl wäre sonst weggeworfen worden.

Mit Schreiben vom selben Tag bat die Beklagte den Personalrat um Stellungnahme zu der beabsichtigten fristlosen Kündigung (Anlage K 4 = Bl. 27 d. A.). Am 14.12.2012 beschloss der Personalrat, keine Stellungnahme abzugeben und teilte dies der Beklagten mit (Anlage K 4 = Bl. 30 d. A.).

Unter dem 17.12.2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin außerordentlich zum 18.12.2012 (Anlage K1 = Bl. 5 d. A.).

Die Klägerin hat behauptet, in der Kaserne sei es üblich gewesen, dass die Küchenmitarbeiter Nahrungsmittel mit nach Hause nehmen. Sie, die Klägerin, habe den Rot-

kohl nicht heimlich abgefüllt und mitgenommen, sondern offen vor den Augen ihrer Kollegen. Ein Schaden sei der Beklagten nicht entstanden, denn der Kohl wäre sonst weggeworfen worden. Im Rahmen des Gesprächs mit der Küchenbuchhalterin und dem Küchenleiter hätten beide ihr gegenüber deutlich gemacht, dass ihr Verhalten zwar nicht in Ordnung gewesen sei, die Sache aber unter ihnen bliebe. Sie habe über den Vorfall nicht weiter sprechen und den bereits abgefüllten Rotkohl ausnahmsweise mitnehmen sollen. In der Zukunft dürfe sie ein derartiges Verhalten jedoch nicht noch einmal zeigen. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass der Küchenleiter ihr hiermit eine Abmahnung erteilt habe und der Kündigungsvorwurf damit verbraucht sei. Die Klägerin hat behauptet, sie habe einen Kollegen gebeten, den Kohl mit den anderen übrig gebliebenen Lebensmitteln zu entsorgen. Für den Rotkohl habe es keine weitere Verwendung gegeben.

Im Übrigen zeige sich die Beklagte gegenüber anderen Arbeitnehmern hinsichtlich entwendeter Lebensmittel wesentlich nachsichtiger. Die halbjährlichen Erklärungen würden einfach so unterschrieben, ohne dass eine konkretere Belehrung erfolge, als dass eben keine Gegenstände und keine Speisen aus der Küche mitgenommen werden dürften.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 17.12.2012 nicht beendet worden ist;

die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin weiterhin als Küchenhelferin in der Kaserne A. in Vollzeit zu einem durchschnittlichen Bruttogehalt i.H.v. 2.280,00 € zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, der Küchenleiter und die Küchenbuchhalterin hätten der Klägerin in Aussicht gestellt, die Sache unter ihren „sechs Augen“ zu lassen und sie lediglich eindringlich ermahnt. Arbeitsrechtliche Konsequenzen fielen in die Zuständigkeit der personalbearbeitenden Dienststelle, an die der Küchenleiter die Angelegenheit weitergeleitet habe.

Die Beklagte hat behauptet, der übrig gebliebene Rotkohl hätte am nächsten Tag weiterverwertet werden sollen. Herr B. habe der Klägerin die Entnahme des Rotkohls gestattet, möglicherweise in der irrigen Annahme, er solle entsorgt werden. Die Mitnahme von Essensresten aus der Truppenküche sei nicht üblich. Die Beklagte wisse nur von zwei weiteren nachweisbaren Fällen der Mitnahme von Küchenlebensmitteln innerhalb der vergangenen drei Jahre. In dem einen Fall sei es zu einer Kündigung gekommen, in dem anderen lediglich zu einer Abmahnung, weil der Vorfall zu spät an die Personalabteilung weitergeleitet worden sei und so die Fristen für eine außerordentliche Kündigung nicht gewahrt werden konnten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die fristlose Kündigung habe das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet. Der Vorfall sei zwar an sich als wichtiger Grund geeignet. Auch habe es wegen der Belehrungen keiner Abmahnung bedurft. Der Ausspruch der fristlosen Kündigung sei jedoch unverhältnismäßig. Der Beklagten sei es zuzumuten, die Klägerin bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Das Arbeitsverhältnis habe bereits seit 14 Jahren im selben Tätigkeitsbereich beanstandungsfrei bestanden. Es sei nicht zu erwarten, dass die Klägerin eine weitere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung in diesem Bereich bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist begehen würde. Im Übrigen sei der wirtschaftliche Schaden für die Beklagte gering, unabhängig davon, ob der mitgenommene Rotkohl vernichtet oder weiterverwendet werden sollte.

Die unwirksame außerordentliche Kündigung könne nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Die Beklagte habe den Personalrat ausschließlich zur außerordentlichen Kündigung angehört, nicht jedoch hilfsweise auch zur ordentlichen.

Im Übrigen habe der Personalrat ausdrücklich keine Stellungnahme abgegeben, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Personalrat einer ordentlichen Kündigung zugestimmt hätte.

Gegen das ihr am 13.03.2013 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 21.06.2013 Berufung eingelegt und diese am 12.08.2013 begründet.

Die Beklagte hält die Interessenabwägung des Arbeitsgerichts für fehlerhaft. Es habe die besonderen Umstände des Falles nicht ausreichend gewürdigt. Zu Lasten der Klägerin wiege schwer, dass sie sich von den in den Belehrungsnachweisen angedrohten schwerwiegenden Konsequenzen nicht habe abschrecken lassen. Gerade einmal sechs Tage nach der letzten Belehrung habe sie sich über das Verbot, Lebensmittel mitzunehmen, hinweggesetzt. Hinzu komme, dass die Klägerin ihr Fehlverhalten nach Aufdeckung als „Kavaliersdelikt“ dargestellt habe. Ein etwaiges verbotswidriges Verhalten anderer Mitarbeiter der Truppenküche lasse das Verhalten der Klägerin nicht im besseren Licht erscheinen. Auch habe die Klägerin versucht, die Mitnahme des Kohls vor ihrer Vorgesetzten geheim zu halten. Dadurch sei das Vertrauen in die Redlichkeit und Zuverlässigkeit der Klägerin nachhaltig gestört, und zwar unabhängig von der Schadenshöhe. Die Beklagte habe nicht davon ausgehen können, dass die Klägerin sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist korrekt verhält.

Die Beklagte meint, eine etwa unwirksame außerordentliche Kündigung müsse in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Die Kündigungserklärung lasse erkennen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beenden wollte. Der Personalrat sei bei sachgerechtem Verständnis des Anhörungsschreibens auch zu einer ordentlichen Kündigung ordnungsgemäß angehört worden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 22.05.2013
– 1 Ca 2161 b/12 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin bezieht sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und vertieft diesen. Sie behauptet nach wie vor, dass es bei der Beklagten eine widersprüchliche Praxis bezüglich der Mitnahme von Lebensmitteln gebe. Dadurch seien die regelmäßigen Belehrungen entwertet worden. Es habe einer Abmahnung bedurft, um für Klarheit zu sorgen. Mit einer solchen habe der Vorgesetzte das streitgegenständliche Fehlverhalten sanktioniert, so dass eine Kündigung nicht mehr in Betracht komme. Die Umdeutung scheitere daran, dass die Beklagte den Personalrat nur zur außerordentlichen Kündigung angehört habe.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 2 lit. c ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden. Die Berufung der Beklagten ist jedoch unbegründet.

II.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage zu Recht stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis ist nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 17.12.2012 aufgelöst worden.

1. Gemäß §§ 34 Abs. 3 TV-L, 626 Abs. 1 BGB kann das 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 selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht

zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. 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 - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (BAG 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 – NZA 2013, 319 m.w.N.).

a. 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 Gesamtwürdigung 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 (BAG 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 – NZA 2013, 319 m.w.N.) Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG 09.06.2011 – 2 AZR 323/10 -). Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (vgl. BAG 16.12.2010 – 2 AZR 485/08 -; BAG 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 – NZA 2013, 319 m.w.N.). Im Vergleich zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung kommen als mildere Mittel insbesondere eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung in Betracht. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen (vgl. BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – BAGE 134, 349; 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 – NZA 2013, 319).

b. 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. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (vgl. nur BAG 19.04.2012 – 2 AZR 186/11 -).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen rechtfertigt das Verhalten der Klägerin keine außerordentliche Kündigung.

a. Die Berufungskammer teilt die Ansicht des Arbeitsgerichts, dass die Klägerin ihre Vertragspflichtenin erheblicher Weise verletzt hat, indem sie sich zubereiteten Rotkohl, der vom Mittagessen übrig geblieben war, von einem Kollegen in mehrere Schalen hat einfüllen lassen, um den Kohl später mit nach Hause zu nehmen.

Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch andere strafbare ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers, kommen als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht. Dabei ist die strafrechtliche Würdigung nicht entscheidend. Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche, ggf. 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. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass auch die Entwendung geringwertiger

ger Gegenstände an sich geeignet ist, den Ausspruch einer fristlosen Kündigung zu rechtfertigen. Der Annahme eines wichtigen Grundes steht nicht entgegen, dass das rechtswidrige Verhalten Sachen von nur geringem Wert betrifft oder es einen nur geringfügigen, möglicherweise sogar gar keinen Schaden verursacht hat (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – BAGE 134, 349).

Die unberechtigte Mitnahme des Rotkohls durch die Klägerin stellt danach eine erhebliche, die Schwelle zum wichtigen Grund überschreitende Pflichtverletzung, dar. Die Klägerin hat sich auf diese Weise einen Vermögensvorteil zu verschaffen versucht, der ihr nicht zusteht. Gleichzeitig hat sie das Vermögensinteresse der Beklagten verletzt und das in sie gesetzte Vertrauen missbraucht.

b. Es spricht viel dafür, dass eine Abmahnung hier entbehrlich war. Dabei muss nicht entschieden werden, ob eine Abmahnung entbehrlich ist, wenn der Arbeitgeber im Vorfeld deutlich gemacht hat, ein bestimmtes Verhalten habe eine Kündigung zur Folge (zum Meinungsstand zur wog. vorweggenommenen Abmahnung vgl. Schiefer, DB 2013, 1785, 1786). Die Klägerin wusste im vorliegenden Fall, welchen großen Wert die Beklagte auf Beachtung des Verbots der Mitnahme von Verpflegungsmitteln legt. Dies ergibt sich aus den regelmäßigen Belehrungen. Die Klägerin hat zuletzt am 29.11.2012 einen Belehrungsnachweis unterschrieben. In diesem Nachweis hat die Beklagte ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Zuwiderhandlungen gegen das Verbot die sofortige Entlassung nach sich ziehen und strafrechtlich als Diebstahl oder Hehlerei verfolgt werden können. Gleichwohl hat sich die Klägerin nicht an das Verbot gehalten und sich auch von der Drohung mit der sofortigen Entlassung nicht abschrecken lassen. Das begründet zumindest Zweifel, ob sich die Klägerin von einer Abmahnung hätte abschrecken lassen.

Ob es sich bei der Mitnahme des Rotkohls offensichtlich um eine so schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch die Beklagte für die Klägerin erkennbar ausgeschlossen war, kann offen bleiben.

c. Die außerordentliche Kündigung ist dennoch unwirksam. Denn im Rahmen der Interessenabwägung ist festzustellen, dass der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist am 30.06.2013 zuzumuten war. Im Rahmen der Gesamtwürdigung überwiegt das Interesse der Klägerin an dem Fortbestand gegenüber dem Interesse der Beklagten an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dabei wird nicht übersehen, dass die Beklagte mit den regelmäßigen, schriftlichen Belehrungen deutlich gemacht hat, dass sie nicht gewillt ist, die Mitnahme von Lebensmitteln aus der Truppenküche zu dulden. Die Vertragspflichtverletzung hat vor diesem Hintergrund erhebliches Gewicht, weil sich die Klägerin ungeachtet des wenige Tage zuvor von ihr unterschriebenen Belehrungsnachweises über das Verbot hinweg gesetzt hat. Die Einhaltung des Verbots kann der Beklagten kaum und vor allem nicht lückenlos kontrollieren. Sie ist darauf angewiesen, dass sich die Arbeitnehmer an das ausdrücklich ausgesprochene Verbot halten. Die Klägerin hat auch vorsätzlich gehandelt. Sie hat sich den Rotkohl von einem Kollegen in Gefäße füllen lassen, um ihn sodann mitzunehmen und privat zu verwenden. Zu Gunsten der Klägerin ist zu berücksichtigen, dass sie sich den Kohl nicht heimlich selbst abgefüllt hat. Vielmehr hat ihr ein Kollege, Herr B., das Abfüllen des Kohls gestattet, wenn auch möglicherweise in der irrigen Annahme, der Kohl solle entsorgt werden. Für das Bestandsinteresse der Klägerin spricht ferner der geringe Wert des Rotkohls, und zwar unabhängig davon, ob er ohnehin weggeworfen oder am nächsten Tag noch verwendet worden wäre. Zu berücksichtigen ist weiter, dass an der Arbeitsstelle der Klägerin offenbar trotz der klaren Anweisungslage durch die Belehrungen das Verbot der Mitnahme von Essenresten nicht strikt beachtet und durchgesetzt worden ist. Anders lässt es sich nicht erklären, dass der Kollege B. der Klägerin das Abfüllen des Rotkohls gestattet hat, wenn auch möglicherweise in der irrigen Annahme, der Kohl sollte entsorgt werden. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten hat der Küchenleiter in Anwesenheit der Küchenbuchhalterin der Klägerin in Aussicht gestellt, die Sache unter „sechs Augen“ zu lassen. Auch das spricht da-

für, dass zumindest vor Ort, d.h. in der Truppenküche in A., die Mitnahme von Essenresten in der Vergangenheit nicht kategorisch unterbunden wurde. Von erheblichem Gewicht sind ferner die erhebliche Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Die Klägerin ist bereits seit 1998 bei der Beklagten tätig und bislang weder abgemahnt noch ermahnt worden. Dass sich die Klägerin während der Dauer der Kündigungsfrist erneut in vergleichbarer Weise fehlverhalten würde, lässt sich nicht allein mit diesem Vorfall begründen.

III.

Das Arbeitsverhältnis ist auch nicht durch eine ordentliche Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG aufgelöst worden. Die außerordentliche Kündigung vom 17.12.2012 kann wegen unzureichender Beteiligung des Personalrats zur ordentlichen Kündigung nicht in eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden.

1. Eine unwirksame außerordentliche Kündigung kann grundsätzlich in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB umgedeutet werden (BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 388/07 – zit. nach juris).

2. Eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigung vom 17.12.2012 in eine ordentliche Kündigung scheitert jedoch an der fehlenden Beteiligung des Personalrats zu einer ordentlichen Beendigungskündigung. Der Personalrat ist nämlich nur zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung beteiligt worden und hat dieser nicht ausdrücklich zugestimmt. Das deckt eine Beteiligung zur ordentlichen Kündigung nicht ab.

a. Nach § 79 Abs. 3 Satz 1 BPersVG ist der Personalrat vor fristlosen Entlassungen und außerordentlichen Kündigungen anzuhören. Gemäß § 79 Abs. 1 Satz 1 BPersVG wirkt der Personalrat bei der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitge-

ber mit. Eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Beschäftigten ist unwirksam, wenn die Personalvertretung nicht beteiligt worden ist, § 108 Abs. 2 BPersVG.

b. Eine Anhörung des Personalrats zur außerordentlichen Kündigung ersetzt grundsätzlich nicht die Anhörung zur ordentlichen Kündigung (BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 388/07 –). Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung und Folge des Beteiligungsverfahrens liegt in einer Anhörung zu einer außerordentlichen Kündigung nicht schon immer eine ausreichende Beteiligung des Personalrats zu einer (hilfsweise) erstrebten fristgemäßen Kündigung. Hiervon lässt die Rechtsprechung eine Ausnahme zu. Stimmt der Personalrat der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zu und ist auch aus den sonstigen Umständen nicht erkennbar, dass er einer umgedeuteten ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre, so scheitert eine Umdeutung nicht an der fehlenden Beteiligung des Personalrats zur ordentlichen Kündigung (BAG 23.10.2008 – 2 AZR 388/07 – m.w.N.).

e. Im vorliegenden Fall hat der Personalrat der außerordentlichen Kündigung nicht ausdrücklich zugestimmt. Vielmehr hat er mit Schreiben vom 14.12.2012 erklärt, keine Stellungnahme abgeben zu wollen. Hierin liegt keine ausdrückliche Zustimmung.

IV.

Die Klägerin kann aufgrund des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs (BAG GS, 27.02.1985 – GS 1/84 -) Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Beendigung des Kündigungstreits verlangen

V.

Die Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 72 ArbGG liegen nicht vor. Es handelt sich um die Entscheidung eines Einzelfalls, der die Berufungskammer die vom Bundesarbeitsgericht zur außerordentlichen Kündigung wegen Eigentums- und Vermögensdelikten zum Nachteil des Arbeitsgebers entwickelten Rechtsgrundsätze zugrunde gelegt hat.

gez. ...

gez. ...

gez. ...