

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 27. Juni 2019
- 2 AZR 28/19 -
ECLI:DE:BAG:2019:270619.U.2AZR28.19.0

I. Arbeitsgericht Erfurt

Urteil vom 25. August 2017
- 8 Ca 739/17 -

II. Thüringer Landesarbeitsgericht

Urteil vom 14. November 2018
- 6 Sa 204/18 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - außerdienstliche Straftat - Eignungsman-
gel - Umdeutung - Beteiligung des Personalrats - Klageantrag

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 28/19
6 Sa 204/18
Thüringer
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Juni 2019

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Krüger für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 14. November 2018 - 6 Sa 204/18 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1
- Der Kläger war seit Juli 2000 bei dem beklagten Freistaat beschäftigt, seit September 2014 als Schichtleiter beim IT-Dauerdienst im Landeskriminalamt (LKA). Dieser betreut alle IT-Systeme der Landespolizei, des Verbunds mit anderen Bundesländern und der Bundespolizei sowie den Digitalfunk aller sicherheitsrelevanten Stellen. 2
- Am 31. August 2016 nahm der Kläger an einer „Diskussion“ über Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im öffentlich einsehbaren Teil eines sozialen Netzwerks teil und äußerte sich ua. abfällig über „Moslems“. Unter dem 6. Februar 2017 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage gegen den Kläger wegen Volksverhetzung und Beleidigung. Hierüber informierte sie mit Schreiben vom 15. Februar 2017 den Beklagten. Das Strafverfahren gegen den Kläger wurde in der Folgezeit gegen Zahlung eines Geldbetrags eingestellt. 3
- Am 2. März 2017 hörte der Beklagte den Kläger zu dem Vorfall an und informierte den örtlichen Personalrat unter Bezugnahme auf § 78 Abs. 3 ThürPersVG schriftlich über die Absicht, das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen. Am 6. März 2017 teilte der Personalrat mit, er mache „im Rahmen der Anhörung keine Einwände geltend“. 4
- Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 6. März 2017 außerordentlich fristlos. Hiergegen hat der Kläger rechtzeitig 5

die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben und die Auffassung vertreten, die von ihm getätigten Äußerungen vermöchten eine Kündigung nicht zu rechtfertigen.

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - 6
beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung des Beklagten vom 6. März 2017, zugegangen am 7. März 2017, aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Der Kläger habe die 7
Pflicht verletzt, ihn über laufende Ermittlungsverfahren zu unterrichten, und mit seinen Äußerungen eine strafbare Volksverhetzung begangen. Daneben gebe es Zweifel an seiner Zuverlässigkeit und am Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung sowie am jederzeitigen Eintreten für deren Erhaltung. Diese stünden einer Weiterbeschäftigung des Klägers im IT-Dauerdienst entgegen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit seiner Revision 8
verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Beru- 9
fung des Beklagten zu Recht zurückgewiesen. Die außerordentliche fristlose Kündigung des Beklagten vom 6. März 2017 ist unwirksam und nicht in eine ordentliche Kündigung zum Ablauf der maßgeblichen Kündigungsfrist umzudeuten.

I. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, es fehle für die fristlose 10
Kündigung an einem wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Es kann dahinstehen, ob der Kläger verpflichtet war, den Beklagten darüber zu informieren, dass ein Ermittlungsverfahren gegen ihn geführt wurde. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, eine auf die Verletzung einer solchen Pflicht gestützte Kündigung sei jedenfalls unverhältnismäßig, weil es ausgereicht hätte, den Kläger darauf hinzuweisen, dass derartiges Verhalten als Pflichtverletzung gesehen werde und im Wiederholungsfall zur Kündigung führen könne, lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Auch die Revision erhebt insoweit keine Einwände. 11

2. Dies gilt entsprechend für die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, es sei dem Beklagten insoweit, wie in den Äußerungen des Klägers in dem sozialen Netzwerk ein vertragswidriges Verhalten gelegen haben sollte, ebenfalls zumutbar gewesen, zunächst den Versuch zu unternehmen, künftigen Vertragsstörungen durch Abmahnung zu begegnen. 12

3. Es bedarf keiner Entscheidung, ob - wie das Berufungsgericht gemeint hat - aus den Äußerungen des Klägers in sozialen Medien auf das Fehlen seiner persönlichen Eignung für die von ihm auszuübende Tätigkeit geschlossen werden kann. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, selbst wenn man dies bejahte, ergebe die Interessenabwägung, dass es dem Beklagten zumutbar gewesen sei, den Kläger zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit - weniger sicherheitsrelevanten - Alternativtätigkeiten zu beschäftigen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 13

- a) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Interessenabwägung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob das Berufungsgericht bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*st. Rspr., zuletzt BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 31*). 14

- b) Das Landesarbeitsgericht hat darauf abgestellt, für die Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung aufgrund von Eignungsmängeln in der Per- 15

son des Arbeitnehmers müssten sich besondere, sein Beschäftigungsinteresse selbst für die ordentliche Kündigungsfrist überwiegende Interessen des Arbeitgebers feststellen lassen. Dafür fehle im Streitfall jeder Vortrag oder Anhaltspunkt dazu, dass der Kläger nicht - auch nicht zumindest zeitweilig - auf einem weniger sicherheitsrelevanten Arbeitsplatz im Landesdienst habe beschäftigt werden können.

- c) Damit hat das Landesarbeitsgericht den von § 626 Abs. 1 BGB vorgegebenen rechtlichen Maßstab zutreffend auf den Streitfall angewandt. Nach § 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. Die Frage, ob dem Arbeitgeber eine Beschäftigung des Arbeitnehmers noch zumindest für den Lauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar war, gehört demnach zum wichtigen Grund. Für sein Vorliegen trägt der kündigende Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast (*st. Rspr., zB BAG 17. März 2016 - 2 AZR 110/15 - Rn. 32*). 16
- d) Soweit der Beklagte geltend macht, vor dem Hintergrund der vom Landesarbeitsgericht festgestellten verfestigten inneren Einstellung des Klägers sei es für ihn keineswegs akzeptabel gewesen, den Kläger auch nur für einen begrenzten Zeitraum weiterzubeschäftigen, setzt er lediglich seine Interessenabwägung an die Stelle derjenigen des Landesarbeitsgerichts, ohne gegenüber dieser einen Rechtsfehler aufzuzeigen. Ein solcher ist auch objektiv nicht ersichtlich. 17
- e) Der erst mit der Revision gehaltene Sachvortrag, der Bereich IT sei stets sicherheitsrelevant, unterliegt gem. § 559 Abs. 1 ZPO nicht der Beurteilung durch den Senat. 18

- II. Die Klage ist nicht teilweise unbegründet, weil die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 6. März 2017 gem. § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung zum Ablauf der maßgeblichen Kündigungsfrist umzudeuten wäre. 19
1. Der Klageantrag umfasst das Begehren festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht infolge einer Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche endete. 20
- a) Zwar ist der Antrag ausdrücklich und ausschließlich bezogen auf die erklärte außerordentliche Kündigung formuliert. Ein gegen eine außerordentliche Kündigung gerichteter Kündigungsschutzantrag gem. § 4 Satz 1 KSchG umfasst aber regelmäßig „automatisch“ auch das Begehren festzustellen, das Arbeitsverhältnis ende nicht aufgrund einer ggf. nach § 140 BGB kraft Gesetzes (*dazu BAG 15. November 2001 - 2 AZR 310/00 - zu B I 1 b der Gründe*) eintretenden Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche. Dafür, dass sich ein Arbeitnehmer, der gegen eine außerordentliche Kündigung Kündigungsschutzklage erhebt, nicht auch gegen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge einer solchen Umdeutung wenden möchte, bedürfte es besonderer Anhaltspunkte. 21
- b) Diese fehlen im Streitfall. Insbesondere ergeben sie sich nicht daraus, dass der Kläger den zunächst angekündigten Antragsteil „noch eine etwaige hierin liegende hilfsweise ordentliche Kündigung“ in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht „zurückgenommen“ hat. Die „Rücknahme“ erfolgte unter Hinweis darauf, „dass eine hilfsweise ordentliche Kündigung nicht ausgesprochen worden“ sei. Dies lässt nur den Schluss zu, der Kläger habe mangels Erklärung einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung keinen gesondert gegen eine solche gerichteten Klageantrag mehr verfolgen wollen, nicht aber, er wolle sich nicht gegen eine *durch Umdeutung bewirkte* ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses wenden. Es stand auch nicht etwa bereits aufgrund der Erklärung des Beklagten, eine hilfsweise ordentliche Kündigung sei nicht ausgesprochen worden, fest, dass es nicht für den Fall der Unwirksamkeit der au-

ßerordentlichen Kündigung seinem mutmaßlichen Willen entsprechen konnte, das Arbeitsverhältnis zumindest ordentlich zu kündigen.

2. Die Voraussetzungen gem. § 140 BGB für eine Umdeutung der erklärten außerordentlich fristlosen in eine ordentliche Kündigung liegen nicht vor. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, eine ordentliche Kündigung sei mangels Beteiligung des Personalrats unwirksam, ist im Ergebnis ohne Rechtsfehler. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Voraussetzungen für eine Umdeutung im Übrigen gegeben wären. 23

a) Die Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung folgt allerdings nicht aus § 78 Abs. 4 ThürPersVG, sondern aus § 108 Abs. 2 BPersVG. Nach dieser Bestimmung ist eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Beschäftigten unwirksam, wenn die Personalvertretung nicht beteiligt worden ist. Es handelt sich um eine unmittelbar für die Länder geltende Vorschrift. Die Übernahme der Regelung in § 78 Abs. 4 ThürPersVG hat rein deklaratorischen Charakter, da ein Landesgesetzgeber von der auf der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG beruhenden Bestimmung in § 108 Abs. 2 BPersVG auch nach der Föderalismusreform 2006 nicht abweichen dürfte (*Kersten in Richardi/Dörner/Weber Personalvertretungsrecht 4. Aufl. Vorbem. zu §§ 107 - 109 und § 108 Rn. 4*). 24

b) Der Personalrat hat bei einer ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber gem. § 78 Abs. 1 ThürPersVG mitzubestimmen. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, der örtlich zuständige Personalrat des LKA sei vor der Kündigung vom 6. März 2017 ausschließlich zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung angehört worden. Dagegen wendet sich auch die Revision nicht. 25

c) Die Beteiligung nach § 78 Abs. 1 ThürPersVG war nicht deshalb entbehrlich, weil der Personalrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hätte (*vgl. dazu BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 388/07 - Rn. 41*). 26

- aa) Nach der Rechtsprechung des Senats stellt in einem solchen Fall das Erfordernis einer gesonderten Beteiligung bezogen auf die ordentliche Kündigung regelmäßig eine unnötige Förmerei dar (*BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 388/07 - Rn. 41*). Es sei nicht anzunehmen, dass der Personalrat der viel intensiveren personellen Maßnahme ohne Weiteres und vorbehaltlos zustimme, der „milderen“ personellen Maßnahme aber die Zustimmung verweigere (*BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 388/07 - aaO; vgl. für den Betriebsrat: BAG 16. März 1978 - 2 AZR 424/76 - zu B II 3 a der Gründe, BAGE 30, 176*). 27
- bb) Es bedarf keiner Entscheidung, ob an dieser Rechtsprechung uneingeschränkt festzuhalten ist. Der Personalrat hat mit seiner Stellungnahme vom 6. März 2017 nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung durch das Landesarbeitsgericht der außerordentlichen Kündigung nicht ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt. 28
- (1) Bei der Stellungnahme handelt es sich um eine atypische Willenserklärung, deren Auslegung nur einer beschränkten Nachprüfung unterliegt (*für die Stellungnahme eines Betriebsrats vgl. BAG 20. September 1984 - 2 AZR 633/82 - zu II 2 b bb der Gründe*). Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln, Erfahrungssätze oder Denkgesetze verletzt oder wesentliche Umstände unbeachtet gelassen hat. 29
- (2) Diesem Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand. Das Landesarbeitsgericht hat insbesondere auf den Wortlaut der Stellungnahme abgestellt, wonach der Personalrat „im Rahmen der Anhörung keine Einwände geltend gemacht“ habe. Dies lasse offen, ob er keine Einwendungen gehabt oder nur beschlossen habe, diese nicht geltend zu machen. Dabei hat das Landesarbeitsgericht auch berücksichtigt, dass der Beklagte den Personalrat nur um eine Stellungnahme zur außerordentlichen Kündigung gebeten hatte. Gegenüber dieser kann der Personalrat nach § 78 Abs. 3 ThürPersVG lediglich Bedenken äußern, während er bei einer ordentlichen Kündigung nach § 78 Abs. 1 ThürPersVG ein Mitbestimmungsrecht hat. Das lässt keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. Auch die Revision zeigt einen solchen nicht auf. 30

III. Der Beklagte hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 31

Koch

Niemann

Rachor

Grimberg

Krüger