

3. Das ArbG hat ebenfalls zutreffend angenommen, dass das Fortbestandsinteresse des Kl. das Beendigungsinteresse der Bekl. überwiegt.

Zwar handelt es sich, wie bereits dargelegt, um eine schuldhaft, erhebliche Pflichtverletzung des Kl. Jedoch sind keine nennenswerten Auswirkungen der Entgleisung festzustellen. Weder haben sich die Vorgesetzten des Teamleiters von der Äußerung des Kl. beeindruckt lassen noch gab es, nachdem der Kl. am Ende des Gesprächs dem Eingliederungsplan zugestimmt hat, irgendwelche Konflikte oder Missstimmungen am Arbeitsplatz. Es handelte sich um einen einmaligen Vorfall – auch wenn gegebenenfalls zweimal geäußert – im Rahmen einer aus Sicht des Kl. wegen des Versetzungsbegehrens auf Grund der bisherigen Arbeitsbedingungen angespannten Gesprächssituation. Hinreichende Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr bestehen nicht. Das Arbeitsverhältnis war bisher abmahnungsfrei. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses würde den Kl. auf Grund seines fortgeschrittenen Alters und seiner Behinderung von GdB 30 verbunden mit den daraus folgenden eingeschränkten Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt besonders hart treffen.

Anm. d. Schriftltg.: Die verhaltensbedingte Kündigung wegen Beleidigung behandelt der Beitrag von Deeg/Scheuenpflug, ArbRAktuell 2010, 347. Zur fristlosen Kündigung wegen grober Beleidigung auf Facebook s. ArbG Duisburg, NZA-RR 2013, 18 und zum Abmahnungserfordernis bei grober Beleidigung des Vorgesetzten vgl. LAG Rheinland-Pfalz, NZA-RR 2012, 16. ■

Außerdienstliche Straftaten – Eignungsmangel als personenbedingter Kündigungsgrund

KSchG § 1 II; BPersVG § 79 I, IV; BGB § 626 I

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Außerdienstlich begangene Straftaten eines im öffentlichen Dienst mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Arbeitnehmers können auch dann zu einem Eignungsmangel führen, wenn es an einem unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis fehlt. Ein solcher Eignungsmangel kann etwa gegeben sein, wenn das außerdienstliche strafbare Verhalten die konkrete Besorgnis begründet, der Arbeitnehmer könne auch im dienstlichen Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben in Konflikt geraten.

2. Waren dem Arbeitgeber bei Zugang der Kündigung bestimmte Tatsachen nicht bekannt, darf er diese im Rechtsstreit zur Begründung der Kündigung zwar nachschieben, muss aber vorher den Personalrat zu ihnen – erneut – angehört haben. Einer weiteren Anhörung bedarf es nicht, wenn die neuen Tatsachen lediglich der Erläuterung und Konkretisierung der bisherigen, dem Personalrat bereits mitgeteilten Kündigungsgründe dienen. Das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn die neuen Tatsachen dem mitgeteilten Kündigungssachverhalt erstmals das Gewicht eines Kündigungsgrundes geben oder weitere, selbstständig zu würdigende Kündigungssachverhalte betreffen.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu 1: Fortführung von BAG, NZA 2013, 1345 = NJW 2014, 244; BAGE 132, 72 = NZA 2010, 220.

Zu 2: Fortführung von BAG, NJOZ 2011, 1376 = NZA 2011, 1247 Os.; BAGE 131, 155 = NZA 2009, 1136.

Anmerkung:

Das Urteil des BAG vom 10.4.2014 (Volltext veröffentlicht in NZA 2014, 1197) ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Zum einen wirft es mit den Ausführungen zum Verhältnis von den verhaltensbedingten zu den personenbedingten Kündigungsgründen bei einem fehlerhaften außerdienstlichen Verhalten im Öffentlichen Dienst Fragen auf. Zum anderen sind gerade in der zu besprechenden Entscheidung Verwerfungen im Bereich der Personalratsanhörung feststellbar. Dass der Senat den Grat zwischen der Wirksamkeit und Unwirksamkeit der letztlich „durchgewunkenen“ personenbedingten Kündigung selbst mehr als schmal empfunden haben muss, mag auch der Umstand verdeutlichen, dass er den Parteien noch in der Revisionsverhandlung einen „Faustformelvorschlag“ unterbreitet hat.

Im Rahmen der Einführung in den Sach- und Streitstand hat der Senatsvorsitzende die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz zum „dienstlichen Bezug“ als völlig unzureichend erachtet. Dazu finden sich dann allerdings in den Entscheidungsgründen keinerlei Ausführungen mehr. Es könne, so der Senat in den Entscheidungsgründen, dahinstehen, ob die Feststellungen zum „dienstlichen Bezug“ die erste Kündigung tragen würden. Letztendlich schält das Gericht die Unwirksamkeit der ersten außerordentlichen, verhaltensbedingten Kündigung über eine fehlerhafte Personalratsanhörung heraus (Rn. 22).

Das BAG hat bis dato in früheren Entscheidungen zum außerdienstlichen Verhalten (BAG, NZA 2010, 220 „Bauhofmitarbeiter“ – Freiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten wegen Betäubungsmittelhandels; BAG, NZA 2013, 1345 „Wachmann“ – Freiheitsstrafe von elf Monaten auf Bewährung wegen Betäubungsmittelherstellung) stets stereotyp ausgeführt, dass ein außerdienstliches Verhalten auch ohne dienstlichen Bezug unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls durchaus Zweifel an der Eignung für die künftige Erledigung von Aufgaben aufwerfen könne. Die Parameter dazu hat es stets lediglich kursiv skizziert (Art des Delikts, konkrete Arbeitspflichten, Stellung im Betrieb). In der vorliegenden Entscheidung hat es diesen „Eignungswegfall“ oder um in der Terminologie des BAG zu bleiben, den „Eignungsmangel“, erstmals deutlicher präzisiert. So hat es ua festgestellt, dass Angestellte im Öffentlichen Dienst, die im Bereich der Leistungsverwaltung mit Publikumsverkehr tätig seien und außerdienstlich rechtskräftig wegen illegalen Drogenhandels belangt wurden, sinngemäß per se ungeeignet seien. Bei einer solchen Konstellation sei das Vertrauen der Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erschüttert.

Dazu muss Zweierlei erstaunen: zum einen blieb in der Revisionsverhandlung ausdrücklich ungeklärt, ob ein Eignungsmangel überhaupt einer Beweisbarkeit zugänglich ist – wozu sich das Urteil ebenfalls nicht verhält – zum anderen überrascht demgegenüber, dass der Arbeitnehmer unmittelbar vor Ausspruch der ersten Kündigung von der Arbeitgeberin – bereits nach Bekanntgabe des gegen den Arbeitnehmer laufenden Strafverfahrens – noch für höhere, selbstständig wahrzunehmende Aufgaben auserkoren war, also zumindest fachlich auch aus Sicht der Arbeitgeberin als außerordentlich geeignet erschien. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu stellen, an welcher Stelle nach dieser Rechtsprechung die charakterliche Eignung aufhört und an welcher Stelle die charakterliche Ungeeignetheit beginnt? Kommt es

auf den Gehalt der Straftat oder gar auf das Strafmaß an? Auf den Blickwinkel welches Betrachters soll es bei der Bewertung der charakterlichen Ungeeignetheit ankommen? Auf die Bewertung aller billig und gerecht Denkenden? Die Grenze zwischen einer charakterlichen Eignung und deren Fehlen wird jedenfalls vor dem Hintergrund weiterhin unsichtbar bleiben, dass der Senat noch in der Wachmann-Entscheidung eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit ungeachtet der strafrechtlich festgestellten Illegalität der Drogenherstellung des Wachmanns für möglich erachtet hatte (vgl. BAG, NZA 2013, 1345 Rn. 29).

Die von Seiten des BAG zum „dienstlichen Bezug“ bei verhaltensbedingten Kündigungen herausgearbeiteten Grundsätze werden aus Sicht des Verfassers mit der neuerlichen „black-box“-Rechtsprechung des Gerichts mit dieser Entscheidung zum Eignungswegfall obsolet. Nach dieser Rechtsprechung wird es künftig nicht mehr darauf ankommen, ob der zurückgenommene Maßstab des § 41 TVöD gegenüber § 8 BAT das Verhalten gerade noch als hinnehmbar erscheinen lässt, bspw. wenn Arbeitsmittel des Arbeitgebers bei der Begehung von Straftaten verwendet wurden oder wenn durch Interviews des betroffenen Arbeitnehmers der Name des Arbeitgebers mit der Straftat in Verbindung gebracht wird. Vielmehr dürfte der womöglich dem Beweis unzugängliche, jedenfalls charakterliche Eignungswegfall bei künftigen Entscheidungen nach dieser Entscheidung mehr an Gewicht gewinnen.

Auch die Ausführungen des Gerichts zur Personalratsanhörung müssen überraschen. Wird die Anhörung zur verhaltensbedingten Kündigung noch als rechtsunwirksam angesehen, weil die Arbeitgeberin ein bestimmtes Detail des Sachverhalts im Rahmen der Anhörung nicht mitgeteilt hatte, spielte es bei der Anhörung zur personenbedingten Kündigung plötzlich keine Rolle mehr, dass dem Personalrat lediglich von einem Vertrauensverlust im Hinblick auf die wider Erwarten den Kläger erteilte strafrechtliche Verurteilung berichtet wurde. Dies ist deswegen so bemerkenswert, weil die Anhörung gegenüber dem Personalrat vor Ausspruch der Kündigungen ganz wesentlich auf die Behauptung abgestellt hatte, dass der Kläger der Arbeitgeberin vorenthalten habe, wie es um das strafrechtliche Verfahren bestellt sei. Als man dann wiederum erfahren habe, dass der Kläger zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten auf Bewährung verurteilt worden sei, sei aus Sicht der Arbeitgeberin ein erheblicher Vertrauensverlust eingetreten. Keinerlei Beachtung vor Ausspruch der Kündigungen fand der Aspekt des Eignungswegfalls in der Anhörung, wozu der Senatsvorsitzende in der mündlichen Verhandlung wiederum bemerkte, dass der Personalrat diesen Gesichtspunkt auch unter Berücksichtigung des im Vordergrund stehenden Vertrauensverlustes, so wörtlich: hätte „erahnen“ können. Dem ist nichts mehr hinzuzufügen!

Auch fragt sich der geneigte Leser der Entscheidung, weswegen es das BAG dem Bürger, dessen Vertrauen in die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu schützen sei, am Ende zumutet, den Kläger noch vier Monate bis zum Ablauf der Kündigungsfrist als Arbeitnehmer „aushalten“ zu müssen. Auch in diesem – vermutlich als salomonisch zu verstehenden Entscheidungsgesichtspunkt – wird abermals die Zerrissenheit des Senats ob der Entscheidung deutlich.

Rechtsanwalt Olaf Müller,
Freiburg im Breisgau

Betriebsverfassungsrecht

Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzungen – unbeachtliche Zustimmungsverweigerung

BetrVG § 99 III 2

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Nach § 99 III 1 BetrVG hat der Betriebsrat unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach der Unterrichtung dem Arbeitgeber schriftlich mitzuteilen, wenn er die Zustimmung zu einer beabsichtigten personellen Maßnahme verweigern will.
2. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung nicht unter „Angabe von Gründen“, wird die Zustimmung nach § 99 III 2 BetrVG fingiert.
3. Bezieht sich die Begründung der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats bei mehreren personellen Einzelmaßnahmen nur auf einzelne dieser Maßnahmen, gilt seine Zustimmung zu den anderen Maßnahmen als erteilt.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Zu 3: Vgl. zu einer solchen Konstellation auch BAG, NJOZ 2012, 673 = NZA 2012, 1184 Os.

BAG, Beschl. v. 13.5.2014 – 1 ABR 9/12 (LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 23.11.2011 – 2 TaBV 4/11)

Zum Sachverhalt: Die Bet. streiten zuletzt noch über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung von P. nach M. Die Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der Telekommunikationsbranche mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern. Nach dem zwischen ihr und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft e.V. (ver.di) geschlossenen „Zuordnungstarifvertrag für die Deutsche Telekom Kundenservice-GmbH“ vom 6.3.2008 (ZTV 2008) waren bei ihr als selbstständige Organisationseinheiten, die einen Betrieb iSd § 1 BetrVG darstellten, acht Regionen und die in Bonn ansässige Zentrale festgelegt. Zwei Standorte in B. sowie die Standorte F., P., R. und Sch. waren der Region 2 (Nord-Ost) zugeordnet, für die der Betriebsrat Region Nord-Ost gebildet war.

Im Zuge einer beabsichtigten Modernisierung und Konsolidierung der Standorte schloss die Arbeitgeberin mit dem bei ihr bestehenden Gesamtbetriebsrat am 28.11.2008 im Rahmen eines Einigungsstellensverfahrens die „Gesamtbetriebsvereinbarung über einen Interessenausgleich und Sozialplan zur Umsetzung des neuen Standortkonzepts“ (GBV Standortkonzept) ab. In deren Anlage 1 sind die aktuellen Standorte der Arbeitgeberin vor Umsetzung der Konsolidierung der Standorte (Quellstandorte) aufgeführt. In der Anlage 2a finden sich die in Umsetzung der Maßnahme ergebenden neuen Zielstandorte einschließlich der grundsätzlichen sog. Mitarbeitermigrationspfade. In der Anlage 2b ist dargestellt, in welchen Fällen und an welchen Standorten Mitarbeiter abweichend vom Migrationspfad nach Anlage 2a an einen anderen Zielstandort migrieren können. Nach Nr. II Abs. 1 dieser Anlage können Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz am jeweiligen Zielstandort eine Gesamtwechsellzeit von mehr als 180 Minuten bedingt, an einen anderen, räumlich näher gelegenen Standort wechseln. Dem Quellstandort „B.“ war der Zielstandort „B.“, den Quellstandorten „B.“, alle anderen SIO“ der Zielstandort „F.“ und dem Quellstandort „P.“ der Zielstandort „M.“ zugeordnet.

Die Arbeitgeberin ersuchte mit Schreiben vom 28.10.2009 den Betriebsrat der Region Nord-Ost um Zustimmung zur Versetzung der in P. sowie derjenigen in B. beschäftigten Arbeitnehmer, die sich nach Maßgabe der Anlage 2b der GBV Standortkonzept für den Standort M. entschieden hätten, nach M. Die Anlage 1 zu dem Zustimmungsersuchen bildete die „Liste Versetzung von P. nach M.“, die Anlage 2 die „Liste Versetzung von B. nach M.“ auf Grund Wunsch Alternativstand-