

**5 Sa 820/08**  
5 Ca 1064/07  
(Arbeitsgericht Bamberg)

Verkündet am: 22.06.2010

...  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

G... H...

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte P...

gegen

B... D...

vertreten durch das B... der F...

vertreten durch das Land R...-P...

dieses vertreten durch die A...- und D...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte C..., R..., W...

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Malkmus und die ehrenamtlichen Richter Göbel und Wissel

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 04.06.2008, Aktenzeichen: 5 Ca 1064/07, wird das Endurteil in Ziffern 1. und 2. teilweise abgeändert und insoweit neu gefasst.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bei den U...-St... B... - vertreten durch das U... Personalamt S..., Außenstelle B... - durch die außerordentliche Kündigung vom 28.08.2007 nicht aufgelöst worden ist.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.
4. Die Kosten beider Rechtszüge trägt der Kläger zu  $\frac{1}{4}$  und die Beklagte zu  $\frac{3}{4}$ .
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer gegenüber dem Kläger am 28.08.2007 von den S... der V... St... von A... ausgesprochenen fristlosen Kündigung.

Der Kläger war ab dem Jahr 1980 bis zum Jahr 1987 und sodann wieder seit dem 01.01.1990 bei den S... der V... St... von A... beschäftigt. Seine Arbeitsaufgabe bestand seit dem Jahr 2006 in der eines Kraftfahrers und Lagerarbeiters in der G... B.... Sein monatliches Bruttoarbeitsentgelt betrug einschließlich Sonderzahlungen zuletzt € 2.827,43 brutto.

Am 13.08.2007 hatte der Kläger aus der K... L... B... in W... Material abzutransportieren. Hierbei nahm der Kläger zwei Schaufeln, zwei Kartons mit Leerboxen sowie ein Telefon der Marke A... & ... mit. Die beiden Schaufeln sowie die Leerboxen verbrachte der Kläger zu seinen Eltern, das Telefon nahm er mit zu sich nach Hause. Nach Rückkehr zu seiner Dienststelle in B... wurde der Kläger von seinem Vorgesetzten Sp... nach der Mitnahme der betreffenden Gegenstände gefragt. Hierbei stritten der Kläger und sein Kollege B... den Vorgang ab. Erst am nächsten Tag, dem 14.08.2007 räumten der Kläger und sein Arbeitskollege die Mitnahme der Sachen ihrem Vorgesetzten gegenüber ein. Mit Schreiben vom 22.08.2007 leitete die U... A... durch den Oberstleutnant R... die Anhörung der in B... bestehenden Betriebsvertretung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers ein. Mit Schreiben vom 27.08.2007 verweigerte die Betriebsvertretung die Zustimmung zur geplanten Maßnahme. Mit Schreiben vom 28.08.2007 kündigte die U... A... durch Oberstleutnant R... das Arbeitsverhältnis außerordentlich.

Der Kläger hält einen wichtigen Grund für die Kündigung für nicht gegeben, insbesondere habe er keinen Diebstahl begangen. Bei den mitgenommenen Gegenständen habe es sich um von den U...-St... in W... zurückgelassenen Müll gehandelt, an dem das Eigentum aufgegeben gewesen sei. Jedenfalls habe sich der Kläger, sollte es anders sein, hierüber im Irrtum befunden. Die Sachen hätten zusammen allenfalls noch einen Wert in Höhe von € 10,- bis € 15,- gehabt. Das Telefon habe der Kläger der U...-Feuerwehr in G... als Ersatzteil überlassen wollen, eine Verwendung im deutschen Netz wäre gar nicht möglich gewesen. Den Sachverhalt habe er zunächst deshalb abgestritten, weil er von dem Vorwurf überrumpelt gewesen sei, er habe jedoch am nächsten Tag von sich aus seinen Fehler eingeräumt. Sein Vorgesetzter, Herr Sp..., habe darauf hin gegenüber dem Kläger sowie auch dessen Ehefrau bedeutet, dass die Angelegenheit damit erledigt sei. In seinem langjährigen Arbeitsverhältnis habe er sich niemals etwas zu schulden kommen lassen, vielmehr sei er für seine Arbeitsleistung mehrfach ausgezeichnet und belobigt worden. Bei der Kündigung seien weder die langjährige Beschäftigung noch die Unterhaltspflichten des Klägers für seine Ehefrau und zwei Kinder sowie der Schuldendienst für die Finanzierung seines Eigenheims berücksichtigt worden. Insbesondere sei von einer lediglich seit dem Jahr 1990 bestehender Beschäftigungsdauer ausgegangen worden und nicht, wie tatsächlich der Fall, von einer solchen seit 1980. Auch die Kündigungserklä-

rungsfrist sei nicht eingehalten worden. Die Anhörung der Betriebsvertretung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt.

Die Beklagte hält die Kündigung wegen des Verdachts auf Diebstahl von A...eigentum für begründet. Der Kläger habe am 13.08.2007 einen konkreten Abholauftrag hinsichtlich bestimmter Einrichtungsgegenstände aus der L... K... W... erhalten. Über diesen Abholauftrag hinaus habe er zusätzlich zwei Schaufeln, zwei Kartons mit Leerboxen sowie das Telefon mitgenommen und in seinen Gewahrsam gebracht. Die Sachen hätten zusammen einen Wert von € 150,-- gehabt. Das Eigentum an ihnen sei nicht aufgegeben gewesen. Entsprechendes habe der Kläger auch nicht annehmen können. Das Telefon habe durch die Polizei aus der Garage des Klägers sichergestellt werden müssen. Angesichts dessen, dass der Kläger in einer Abteilung gearbeitet habe, die für die Verwaltung und Kontrolle von A...eigentum zuständig gewesen sei, wiege sein Verhalten besonders schwer. Die Kündigung habe deshalb auch angesichts der Beschäftigungsdauer und der Unterhaltungspflichten des Klägers ausgesprochen werden können, wobei hinsichtlich der Beschäftigungsdauer auf ein Eintrittsdatum vom 01.01.1990 abzustellen sei, nachdem das Arbeitsverhältnis zuvor mehrere Jahre unterbrochen gewesen sei. Die Kündigungserklärungsfrist sei eingehalten worden. Die U... A... habe erst durch das Eingeständnis des Klägers vom 14.08.2007 von dem Vorgang abschließende Kenntnis erhalten, nachdem am 13.08.2007 ein ausreichender Tatverdacht noch nicht vorgelegen habe. Die Anhörung der Betriebsvertretung sei ordnungsgemäß erfolgt; sämtliche Kündigungsgründe seien vollständig in dem Anhörungsschreiben vom 22.08.2007 enthalten gewesen und dem Betriebsvertretungsvorsitzenden durch den Personalreferenten Gl... auch noch einmal mündlich erläutert worden.

Das Arbeitsgericht hat die auf Feststellung der Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses des Klägers durch die außerordentliche Kündigung vom 28.08.2007 sowie auf Fortbestand und Weiterbeschäftigung gerichtete Klage abgewiesen. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB sei gegeben. Es liege zumindest der dringende Verdacht eines Diebstahls durch den Kläger vor. Der Beklagten sei es nicht zuzumuten, einen Arbeitnehmer, der dringend verdächtig ist, bewusst seine vertraglichen Pflichten schwerwiegend zu verletzen, weiterhin zu beschäftigen, auch wenn dieser Unterhaltungspflichten zu erfüllen habe. Hinsichtlich der Beschäftigungsdauer sei vom

01.01.1990 als Eintrittsdatum auszugehen. Vor Ausspruch der Kündigung sei eine Abmahnung nicht erforderlich gewesen. Die Anhörung der Betriebsvertretung sei ordnungsgemäß erfolgt. Die Angaben in dem Anhörungsschreiben vom 22.08.2007 gäben den Sachvortrag der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit sowie den unstreitigen Sachverhalt in hinreichender Form wieder. Auf den Inhalt des arbeitsgerichtlichen Urteils wird, auch hinsichtlich des erstinstanzlichen Parteivorbringens im Einzelnen, Bezug genommen.

Zur Begründung seiner dagegen gerichteten Berufung lässt der Kläger vorbringen, wie sich der Urkunde vom 18.09.2003 (Bl. 56 d.A.) entnehmen lasse, sei er bereits seit 1980 bei den S... der U...-St... beschäftigt. Am 13.08.2007 habe er Gegenstände aus einer K... in W... zum Zwecke der Entsorgung und Endlagerung abholen sollen, die die Angehörigen der früher dort stationierten Division bei Aufgabe der Liegenschaft wegen der Rückgabe an die B... D... zurückgelassen hätten. In der Annahme, es handele sich um Gegenstände ohne Wert für die U...-St..., die zudem hätten entsorgt werden sollen, habe der Kläger im Zuge dieser Müllbeseitigungsaktion zwei Kleinschaufeln, abgenutzte Pappkartons und ein veraltetes Telefon ohne Netzteil der Marke A... & ... an sich genommen. Dass der Kläger die Mitnahme der Sachen zunächst auf entsprechende Nachfrage abgestritten habe, sei dem Umstand geschuldet, dass er davon überrumpelt worden sei, dass sein Vorgesetzter überhaupt schon Kenntnis von dem Umständen gehabt habe und dass der Kläger angesichts dieser empfindlichen Reaktion, die ihn auf eine gänzlich unterschiedliche Beurteilung des Sachverhaltes durch seinen Vorgesetzten habe schließen lassen, überrascht worden sei. Dem Kläger leuchtete ein, dass das Abstreiten ein Fehler gewesen sei und er habe am nächsten Tag bei Arbeitsantritt die Mitnahme der Sachen gegenüber seinem Vorgesetzten von sich aus eingeräumt. Durch das Verhalten des Klägers liege kein Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor; die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei ebenfalls nicht gewahrt. Die Kündigung sei auch rechtsmissbräuchlich und hätte schon wegen der Interessenabwägung nicht ausgesprochen werden dürfen. Die Betriebsvertretung sei nicht ordnungsgemäß beteiligt worden.

Die Beklagte lässt erwidern, der Kläger habe die beiden Schaufeln, die Kartons sowie den Telefonapparat auftragslos aus der W... K... mitgenommen. Die Gegenstände hätten nicht einen Wert - wie vom Kläger angegeben - in Höhe von € 10,-- bis € 15,-- gehabt, sondern in Höhe von € 150,--. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt worden. Der Kläger habe zunächst die Mitnahme der Gegenstände geleugnet. Erst durch das Eingeständnis des Klägers am 14.08.2007, die Gegenstände an sich genommen zu haben, sei der dringende Tatverdacht bestätigt und arbeitgeberseitig erkennbar geworden, worauf die Verdachtskündigung ausgesprochen worden sei. Eine „Tatkündigung“ sei nicht möglich gewesen, da zwar der objektive Tatbestand eines Diebstahls, nicht aber der subjektive Tatbestand vorgelegen habe. Der Kläger habe von Anfang an einen Verbotsirrtum seinerseits behauptet. Das Vorhandensein eines Verbotsirrtums sowie sonstiger vom Kläger vorgebrachter entlastender Umstände würden bestritten; der Kläger sei insoweit in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig. Die Beteiligung der Betriebsvertretung sei ordnungsgemäß erfolgt, die schriftlich und mündlich erteilten Informationen seien ausreichend gewesen. Es sei von einer Betriebszugehörigkeit des Klägers seit 1990 und nicht seit 1980 auszugehen, da die Betriebszugehörigkeit in den Jahren 1987 bis 1989 unterbrochen gewesen sei. Dem stehe der Inhalt der Anerkennungsurkunde vom September 2003 nicht entgegen. Aufgrund des dringenden Diebstahlverdachts sei das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört, als Transport- und Lagerarbeiter habe er eine Vertrauensposition innegehabt. Unerheblich sei die Behauptung des Klägers, er habe das Telefon an die Feuerwehr der G... G... weiterleiten wollen, da es sich bei der G... in B... um eine andere Dienststelle handle. Es liege auch kein Verzicht auf den Ausspruch einer Kündigung vor, der Vorgesetzte des Klägers, Herr Sp..., habe den Verstoß nicht mit einem Verweis für erledigt erklärt.

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens der Parteien im Einzelnen und der gestellten Anträge wird auf den Inhalt der im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze sowie auf den Inhalt der Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung hat hinsichtlich des Antrags auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 28.08.2007 nicht aufgelöst worden ist, Erfolg; hinsichtlich des allgemeinen Feststellungsantrags bleibt die Berufung erfolglos.

Der allgemeine Feststellungsantrag ist wegen fehlenden Feststellungsinteresses unzulässig. Außer der Kündigung vom 28.08.2007 stehen keine weiteren Beendigungsgründe im Raum. Die Kündigung des bei der Dienststelle A... zwischenzeitlich eingegangenen Arbeitsverhältnisses betrifft nicht das bei der Dienststelle B... bestehende Arbeitsverhältnis, auf welches sich allein die streitgegenständliche Kündigung bezieht.

Die fristlose Kündigung vom 28.08.2007 ist bereits wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung der Betriebsvertretung unwirksam. Die Unwirksamkeit einer Kündigung ergibt sich nicht nur dann, wenn der Personalrat überhaupt nicht beteiligt worden ist (§ 79 Abs. 4 BPersVG); Gleiches gilt vielmehr, wenn der Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde (Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 3. Aufl., § 79 RdNr. 119). Für die Anforderung an eine ordnungsgemäße Anhörung des Personalrats kann auch auf die zur Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.

Die Beteiligung des Personalrats dient in erster Linie dem Zweck, dem Personalrat Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers vorzubringen. Dementsprechend muss der Arbeitgeber den Personalrat über alle Gesichtspunkte informieren, die ihn zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlassen haben. Dabei ist die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers bei der Personalratsanhörung zur Kündigung subjektiv determiniert. Der Personalrat ist ordnungsgemäß angehört, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht subjektiv tragenden Kündigungsgründe mitgeteilt hat (zur Betriebsratsanhörung vgl. BAG vom 16.09.2004, AP Nr. 142 zu § 102 BetrVG 1972). Da die Personalratsanhörung nach § 79 BPersVG nicht darauf abzielt, die Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu überprüfen, sondern sich darauf beschränkt, im Vorfeld der

Kündigung auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen, sind an die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess (BAG vom 22.09.1994, AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972).

Um keine Frage der subjektiven Determinierung handelt es sich aber, wenn der Arbeitgeber dem Personalrat den Sachverhalt bewusst irreführend schildert, damit sich die Kündigungsgründe als möglichst überzeugend darstellen. Nach Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens ist eine bewusst und gewollt unrichtige oder unvollständige Mitteilung der für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgebenden Kündigungsgründe wie eine Nichtinformation des Personalrats zu behandeln (BAG vom 31.08.1989, AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Schleswig-Holstein). Sie kann nicht nur in der Aufbereitung der mitgeteilten Tatsachen, sondern auch in der Weglassung gegen die Kündigung sprechender, den Arbeitnehmer entlastender Informationen bestehen; sie führt zur Unwirksamkeit der Kündigung entsprechend § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, wenn die bewusst irreführend dargestellten bzw. weggelassenen Tatsachen nicht nur eine unzutreffende Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts bewirken. Der Arbeitgeber verletzt durch eine derartige Darstellung nicht nur die im Anhörungsverfahren geltende Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit, sondern er setzt den Personalrat auch außer Stande, sich ein zutreffendes Bild von den Gründen für die Kündigung zu machen (BAG vom 22.09.1994, a.a.O.).

Vorstehende Grundsätze müssen vor allem auch aufgrund der Besonderheiten einer Verdachtskündigung berücksichtigt werden. Der Arbeitgeber muss dem 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 (Feichtinger/Danko, Die Anhörung des Betriebsrats bei Kündigung, 2. Aufl., RdNr. 495). Eine Darstellung, durch die der Arbeitgeber einseitig die Verdachtsmomente darstellt und ihm bekannte entlastende Tatsachen unterdrückt, vereitelt eine sachgemäße Beurteilung seitens des Personalrats. Die Anhörung ist dann nicht ordnungsgemäß erfolgt, sie steht einer Nichtanhörung gleich (BAG vom 22.09.1994, a.a.O.).

Es ist davon auszugehen, dass der Betriebsvertretung der Umstand, dass sich der Kläger am 13.08.2007 für berechtigt gehalten hat, die Gegenstände an sich zu nehmen, bewusst und gewollt nicht mitgeteilt wurde. Dies ergibt sich bereits aus dem Berufungserwidervorbringen der Beklagten. Dort wird für die Einhaltung der zweiwöchigen Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Kläger von Anfang an einen Verbotsirrtum behauptet habe. Im Hinblick hierauf sei auch nur der Ausspruch einer Verdachts- und nicht einer Tatkündigung in Betracht gekommen. Am 14.08.2007 habe der Kläger nur eingestanden, die Gegenstände an sich genommen zu haben.

Demgegenüber erweckte der Arbeitgeber im Rahmen der schriftlichen Anhörung der Betriebsvertretung vom 22.08.2007 den Eindruck, der Kläger habe ein umfassendes Geständnis abgelegt. Der Umstand, dass der Kläger sich auf einen Verbotsirrtum berufen hat, welcher den Arbeitgeber nach eigenem Prozessvorbringen veranlasste, eine Verdachts- und keine Tatkündigung auszusprechen, wird der Betriebsvertretung nicht mitgeteilt. Ob, und bejahendenfalls welche über die schriftliche Mitteilung vom 22.08.2007 hinausgehenden mündliche Mitteilungen der Betriebsvertretung gegenüber gemacht wurden, wird konkret nicht dargetan.

Darauf, dass der Betriebsvertretung wahrheitswidrig mitgeteilt wurde, die mitzunehmenden Gegenstände wären gelistet gewesen, kommt es nicht entscheidend an; auch dies lässt jedoch den Schluss zu, dass es dem Arbeitgeber darum ging, der Betriebsvertretung nur belastende Tatsachen mitzuteilen. Sollte dem Kündigungsberechtigten die Nichtlistung der mitzunehmenden Gegenstände nicht bekannt gewesen sein, so würde dies darauf hindeuten, dass der Arbeitgeber den Sachverhalt im Hinblick auf die den Kläger entlastenden Umstände nicht geklärt hat.

Dafür, dass es dem Arbeitgeber nur um die Belastung des Klägers ging, spricht auch, dass nach dem Vorbringen des Klägers in der Verhandlung vom 12.02.2010 sein Vorgesetzter, Herr Sp..., die von ihm zunächst abgegebenen Stellungnahmen nicht akzeptiert hatte und vielmehr Einfluss auf den Inhalt der vom Kläger letztlich vorgelegten Stellungnahme genommen hat. Dem ist die Beklagte nur insoweit entgegengetreten, dass nach Kenntnis des Beklagtenvertreters keine weiteren Schriftstücke in der B... Dienststelle vorhanden seien, das übrige Vorbringen des Klägers hierzu wird nicht bestritten. Wenn aber

Herr Sp... als Vorgesetzter Wert darauf gelegt hat, dass der Kläger in seiner Stellungnahme nur Fakten angeben sollte, so deutet dies ebenfalls auf die Absicht des Arbeitgebers hin, dass der Kläger in seiner Stellungnahme vom 14.08.2007, auf die der Betriebsvertretung gegenüber Bezug genommen wurde, keine Angaben zu seinem subjektiven Unrechtsbewusstsein machen sollte.

Damit war die Kündigung bereits wegen fehlerhafter Anhörung der Betriebsvertretung unwirksam. Der Kläger hat in beiden Instanzen mehrfach substantiiert die Ordnungsgemäßheit der Anhörung der Betriebsvertretung gerügt.

Unerheblich ist, wie die Betriebsvertretung letztlich zu der beabsichtigten Kündigung Stellung genommen hat (BAG vom 21.07.2005, AP Nr. 5 zu § 72 a LPVG NW).

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Gegen diese Entscheidung gibt es kein Rechtsmittel; die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Malkmus  
Vorsitzender Richter  
am Landesarbeitsgericht

Göbel  
ehrenamtlicher Richter

Wissel  
ehrenamtlicher Richter