

Die lieben Kollegen

In der Wurstfabrik des Alfons Angermoser (A) werden seit Generationen traditionelle westfälische Mettwürste hergestellt. Die Fabrik hat insgesamt 18 Angestellte, von denen 11 in der Produktionsabteilung beschäftigt sind. Es besteht ein Betriebsrat. Da A großen Wert auf Familientradition und den Erhalt seines guten Rufs legt, unterliegt die Produktion komplizierten technischen und lebensmittelchemischen Vorschriften, welche die gesetzlichen Standards teilweise weit übertreffen. Der laut Arbeitsvertrag als „technischer Mitarbeiter“ angestellte Lebensmittelchemiker Dr. Bergmann (B) trägt die Alleinverantwortung für die Einhaltung dieser Standards. Er trifft nicht nur alle Entscheidungen hinsichtlich Organisation und Ablauf der Produktion selbständig, sondern leitet auch seit Jahren die umfangreichen Forschungen zur laufenden Verbesserung von Qualität und Geschmack der Waren. Er ist den Mitarbeitern der Produktionsabteilung gegenüber weisungsbefugt.

Als Anfang April 2004 überraschend zwei Arbeitnehmer kündigen, werden von A die zwei dunkelhäutigen Afro-Deutschen Sommer (S) und Trumpf (T) eingestellt. B und den langjährigen Mitarbeitern Wiggel (W) und Heckel (H) der Produktionsabteilung des B sind die zwei sofort ein Dorn im Auge. B und W beschwerten sich regelmäßig lautstark in Anwesenheit aller Kollegen über die langsame Arbeit der „faulen Neger“. Es sei eine Schande, daß man in der Fabrik gezwungen werde, „mit Wilden zusammenzuarbeiten“. S und T teilen ihnen mehrmals mit, daß sie derartige Kommentare nicht schätzten. Diese machen jedoch auch in der Zukunft entsprechende Äußerungen, u. a. empfehlen sie den beiden, „zurück in den Dschungel“ zu gehen. Mehrmals bringen sie S und T zur Mittagspause Bananen mit, um den „Affen“ ein „Heimatgefühl“ zu geben. Wiederholt äußern B und W wider besseres Wissen gegenüber den Kollegen, daß S wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern vorbestraft sei und T regelmäßig seine Frau schlage. Eines Tages beschließen B, W und H, sich einen besonderen Spaß zu machen. Sie heften sich Schilder mit den Namen von S und T an das Gesäß und hüpfen unter Nachahmung von Affenlauten durch die Werkhalle.

S ist Mitte Mai 2004 aufgrund der andauernden Anfeindungen psychisch belastet und erleidet deswegen Ende Mai einen Nervenzusammenbruch, der zu einer einwöchigen Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit unter Fortzahlung des Entgelts führt. Der Nervenzusammenbruch läßt sich ausweislich eines ärztlichen Gutachtens eindeutig auf die Geschehnisse am Arbeitsplatz zurückführen.

Frage 1: Wie kann S gegen B und W persönlich vorgehen? Strafrechtliche Schritte sind nicht zu prüfen.

Frage 2: An wen kann T sich wenden, um für die Zukunft eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen herbeizuführen? Unter welchen Voraussetzungen wäre er bei Fortdauer der Diskriminierungen berechtigt, die Arbeit zu verweigern? Würde er in einem solchen Fall automatisch seinen Entgeltanspruch verlieren?

Frage 3: A erfährt am 12.06.2004 von den Vorfällen in der Produktionsabteilung und übergibt B, W und H am Montag¹, den 14.06.2004 eine „fristlose Kündigung“. Am 23.06.2004 geht ein gemeinsames Schreiben der drei ein, in dem sie die Kündigungen wegen mangelnder Anhörung des Betriebsrats jeweils als unwirksam bezeichnen. A sucht daher am Folgetag den Rechtsanwalt Renke (R) auf und will von ihm wissen, ob die ausgesprochenen Kündigungen wirksam sind. Es könne doch nicht sein, daß er den Betriebsrat in einem solchen „Extremfall“ anhören müsse. Zumindest dürfte es aber doch ausreichen, den Betriebsrat noch nachträglich anzuhören. Jedenfalls wolle er gegen die drei mit aller rechtlich möglichen Härte vorgehen. Sie hätten ihm allerdings inzwischen durch die von ihnen beauftragte Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. Meyer (M) mitteilen lassen, daß sie gegen erfolgte und zukünftige Kündigungen des A umgehend eine Kündigungsschutzklage einlegen werden. Welche Empfehlung wird R geben?

[Hinweis : Es ist davon auszugehen, daß sich der Betriebsrat im Falle einer Anhörung *nicht* äußern wird.]

¹ Bitte beachten Sie, dass die im Sachverhalt benannten Wochentage von der *Realität* abweichen!

Vorbemerkung: Das Thema Mobbing ist als arbeitsrechtliches Phänomen gesamtwirtschaftlicher Bedeutung in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Es bietet auf vielfältige Weise die Gelegenheit, individualrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen miteinander zu verbinden und verschiedenste Teilbereiche des Arbeitsrechts abzurufen.

Der Sachverhalt des vorliegenden Falls wurde im Hinblick auf eine möglichst umfassende Darstellung der Probleme gestaltet. Er überschreitet daher, wie auch der Umfang der Lösung zeigt, den Umfang dessen, was in der Klausur zu erwarten ist.

A) Anspruch auf Unterlassung

Zunächst könnte S gegen B und W jeweils einen Anspruch auf Unterlassung zukünftiger diskriminierender Verhaltensweisen betreffs seiner Hautfarbe und Herkunft zustehen.

I) Dogmatische Herleitung

Dem unter anderem in den §§ 12, 862, 1004 BGB vorgesehenen negatorischen Anspruch entnehmen die Rechtsprechung und Lehre einen allgemeinen Rechtsgedanken, wonach defensiver Rechtsschutz auch gegenüber rechtswidrigen Eingriffen in bestimmte andere Rechtsgüter gegeben ist (sog. quasinegatorischer Anspruch).

II) Voraussetzungen

Der in rechtsähnlicher Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB begründete Unterlassungsanspruch setzt neben einem objektiv widerrechtlichen Eingriff in absolute Rechte des § 823 I BGB oder sonstige durch Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB geschützte Rechtsgüter und Interessen eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr voraus; ein Verschulden des Täters oder ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit sind hingegen nicht erforderlich.

1) Objektiver Eingriff in geschütztes Rechtsgut

B und W könnten S in seiner Ehre, welche als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB darstellt, verletzt haben.

Eine Ehrverletzung wäre in jedem Fall zu bejahen, wenn sie durch ihr Verhalten dem Ehrschutz dienende Straftatbestände aus den §§ 185 ff. StGB verwirklicht hätten.

a) Beleidigung, § 185 StGB

Durch die geäußerten Werturteile („faule Neger“, „Wilde“, „Affe“, „zurück in den Dschungel“) und symbolische Handlungen (Mitbringen von Bananen zur Schaffung eines „Heimatgefühls“, Umherhüpfen unter Nachahmung von Affenlauten) gaben B und W vorsätzlich ihre Miß- und Nichtachtung des S gegenüber diesem und den übrigen Kollegen vorsätzlich kund.

Sie erfüllten mithin den Straftatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB.

b) Verleumdung, § 187 StGB

Indem sie gegenüber den Kollegen wiederholt äußerten, S sei wegen des sexuellen Mißbrauchs von Kindern vorbestraft, behaupteten sie außerdem wider besseres Wissen unwahre Tatsachen, die geeignet waren, S im öffentlichen Ansehen herabzuwürdigen. Folglich verwirklichten sie auch den Straftatbestand der Verleumdung, § 187 StGB.

c) Zwischenergebnis

Durch die Beleidigung und Verleumdung des S haben B und W also dessen Ehre als geschütztes Rechtsgut verletzt.

2) Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr

Ferner ist eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr, also die objektiv gegebene Besorgnis einer fortdauernden oder konkret drohenden Beeinträchtigung erforderlich. Dabei ist eine Wiederholungsgefahr bei einem bereits stattgefundenen Eingriff in der Regel gegeben.

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß B und W zukünftig von ihren ehrwürdigen Diskriminierungsmaßnahmen Abstand nehmen werden, so daß eine Wiederholungsgefahr vorliegt.

3) Rechtswidrigkeit

Die durch die Beeinträchtigung bereits indizierte Rechtswidrigkeit der Eingriffe ist

auch nicht durch eine Duldungspflicht des S beseitigt.

III) Ergebnis zum Unterlassungsanspruch

Somit steht S gegen B und W jeweils ein in rechtsähnlicher Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB begründeter Anspruch auf Unterlassung von diskriminierenden Äußerungen und sonstigen Verhaltensweisen betreffs seiner Hautfarbe und Herkunft zu.

B) Anspruch auf Widerruf

Daneben könnte S gegen B und W jeweils ein Anspruch auf Widerruf der von ihnen abgegebenen Erklärungen gegenüber den übrigen Arbeitskollegen zustehen.

I) Dogmatische Herleitung

In Fortführung des unter anderem in §§ 12, 862, 1004 BGB enthaltenen Rechtsgedankens nehmen die Rechtsprechung und Lehre auch einen quasinegatorischen Anspruch auf Beseitigung einer bereits eingetretenen Beeinträchtigung an.

II) Voraussetzungen

Dieser Widerrufsanspruch setzt voraus, daß durch die Verletzung eines absoluten Rechts des § 823 I BGB oder sonstiger durch Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB geschützter Rechtsgüter und Interessen ein andauernder, widerrechtlicher Störungszustand hervorgerufen wurde, zu dessen

Beseitigung ein Widerruf geeignet ist. Wiederholungsgefahr und Verschulden sind hingegen nicht erforderlich.

1) Objektive Verletzung eines Rechtsguts

Durch die Beleidigung und Verleumdung des S haben B und W dessen Ehre als geschütztes Rechtsgut verletzt.

2) Andauernder Störungszustand

Eine gegenüber Dritten begangene Ehrverletzung stellt für den Verletzten auch eine stetig neufließende und fortwirkende Quelle der Schädigung und Ehrverletzung dar. Mithin entfalten die in Anwesenheit der Kollegen begangenen Ehrverletzungen für S weiterhin eine belastende Außenwirkung.

3) Widerruf geeignet

Ferner muß der Widerruf zur Aufhebung oder Minderung der Beeinträchtigung auch geeignet sein.

Dies kann durch Richtigstellung jedoch nur hinsichtlich solcher Ehrverletzungen bejaht werden, die auf *unwahren Tatsachen* beruhen; demgegenüber kann eine unter staatlichem Zwang abgegebene Entschuldigungserklärung die durch *bloße Werturteile* erfolgte Mißachtungserklärung nicht im Sinne eines Abrückens des Erklärenden beseitigen.

Der Widerruf ist also nur hinsichtlich der unter A II 1 b) genannten Verleumdungen (§ 187 StGB) geeignet, nicht hingegen bezüglich der unter A II 1 a) aufgeführten beleidigenden Werturteile (§ 185 StGB).

4) Widerrechtlicher Beeinträchtigungszustand

Die Widerrechtlichkeit des Beeinträchtigungszustandes ist durch die Beeinträchtigung indiziert, und es besteht für S insoweit auch keine Duldungspflicht.

III) Ergebnis zum Widerrufsanspruch

S steht gegen B und W also jeweils ein in rechtsähnlicher Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB begründeter Anspruch auf Widerruf der verleumderischen Äußerung zu, er sei wegen des sexuellen Mißbrauchs von Kindern vorbestraft.

Da B und W auch vorsätzlich und damit schuldhaft handelten, steht S ein Anspruch auf Widerruf ebenso aus § 823 I, 249 I BGB, ferner aus § 823 II BGB i.V.m. §§ 185, 187 StGB zu.

C) Schadensersatz / Schmerzensgeld

S könnten gegen B und W schließlich noch Schadensersatzansprüche bzw. Schmerzensgeld zustehen.

I) Verletzung des APR

B und W haben S beleidigt und verleumdet und dadurch seine Ehre als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, folglich ein absolutes „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB, verletzt.

Daneben besteht ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 II BGB i.V.m. §§ 185, 187 StGB.

Die Höhe dieses Anspruchs ist jeweils in das Ermessen des erkennenden Gerichts zu stellen.

II) Gesundheitsverletzung

Darüber hinaus könnte ihm ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB wegen des erlittenen Nervenzusammenbruchs zustehen. Dann müßten B und W fahrlässig dessen Gesundheit widerrechtlich verletzt und ihm dadurch einen Schaden zugefügt haben. Der Nervenzusammenbruch stellt eine Gesundheitsschädigung dar. Diese Gesundheitsschädigung wurde ausweislich eines ärztlichen Gutachtens eindeutig durch die Geschehnisse am Arbeitsplatz, also durch die Handlungen des B und des W, herbeigeführt. Die beiden handelten auch zumindest fahrlässig, da sie jedenfalls hätten voraussehen können, daß derart fortgesetzte Anfeindungen auch psychische Schäden verursachen können. Die Höhe des Schadens (Krankenhauskosten usw.) ist im Sachverhalt nicht beziffert.

Ein entsprechender Anspruch wegen zumindest fahrlässiger Verletzung des absoluten Rechts Gesundheit steht S auch gemäß § 823 I BGB zu.

Des weiteren besteht ein Anspruch auf Schmerzensgeld gemäß § 253 II BGB.

B und W haften als Gesamtschuldner, § 840 BGB.

Beachte: Die Ausführungen zu Frage 1 sind - soweit möglich - bewußt knapp gehalten. Hier liegt erkennbar nicht der Schwerpunkt einer *arbeitsrechtlichen* Klausur !

Vielmehr sollten hier in gebotener Kürze (gemäßigter Urteilsstil) die praktischen Handlungsalternativen dargestellt werden.

Frage 2: Die Fragen des T

A) Beschwerderecht aus § 84 I

BetrVG

T könnte zunächst ein Beschwerderecht aus § 84 I BetrVG zustehen. Danach hat jeder Arbeitnehmer das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn er sich vom Arbeitgeber oder von Arbeitnehmern des Betriebs benachteiligt oder ungerecht behandelt fühlt.

Wer im Einzelfall als „zuständige Stelle“ anzusehen ist, ergibt sich aus dem organisatorischen Aufbau des Betriebs. In der Regel wird der direkte Vorgesetzte, bei Beschwerden über diesen wiederum dessen Vorgesetzter, zuständig sein. Sofern erforderlich, kann der Arbeitnehmer hierbei den gesamten Instanzenzug bis hin zum Arbeitgeber selbst beschreiten. T möchte sich gegen die Benachteiligungen durch seine Arbeitskollegen W und H sowie seinen Vorgesetzten B wehren. Der Beschwerdegegenstand betrifft damit auch seinen direkten Vorgesetzten, so daß sich T direkt an dessen Vorgesetzten, den Arbeitgeber A, wenden kann.

Dabei kann er sich gemäß § 84 I 2 BetrVG von einem Mitglied des Betriebsrats unterstützen lassen.

Für die Beschwerde sind keinerlei Form- und Fristvorschriften zu beachten.

A wäre also auf eine Beschwerde gemäß § 84 II BetrVG verpflichtet, den T über deren Behandlung zu bescheiden und, soweit er die Beschwerde für berechtigt erachtet, ihr abzuhelpfen.

B) Beschwerderecht aus § 85 I

BetrVG

T kann sich gemäß § 85 I BetrVG auch unmittelbar an den Betriebsrat wenden.

Danach hat der Betriebsrat die Beschwerde entgegenzunehmen und, falls er sie als berechtigt ansieht, beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken, § 85 I BetrVG. Im Falle einer Meinungsverschiedenheit mit dem Arbeitgeber über die Berechtigung der Beschwerde kann der Betriebsrat gemäß § 85 II 1 BetrVG die Einigungsstelle anrufen, deren Spruch die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt, § 85 II 2 BetrVG.

Dabei stehen die Beschwerderechte aus §§ 84, 85 BetrVG nicht in einem Stufenverhältnis zueinander, sondern selbständig nebeneinander. Folglich kann T beide Beschwerderechte auch kumulativ geltend machen.

C) Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB

Ein Recht des T, bei Fortdauer der Diskriminierungen seine Arbeitsleistung zu verweigern, könnte sich aus einem entsprechenden Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB ergeben.

Er könnte danach die von ihm aus Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsleistung verweigern, sofern ihm aus demselben rechtlichen Verhältnis, also aus dem Arbeitsvertrag, ein vollwirksamer, fälliger Anspruch gegen den Gläubiger A zusteht.

I) Vollwirksamer, fälliger Anspruch

Ein vollwirksamer, fälliger Anspruch könnte sich hier aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, § 242 BGB, ergeben. Danach trifft den Arbeitgeber die Nebenpflicht, seine Arbeitnehmer am Arbeitsplatz vor psychischen und physischen Belästigungen durch Kollegen zu schützen. Dabei muß er sich das Verhalten anderer Mitarbeiter schon nach § 278 BGB selbst zurechnen lassen, wenn diese als Vorgesetzte in seinem Namen handeln.

T ist an seinem Arbeitsplatz regelmäßig schlimmsten psychischen Anfeindungen durch Kollegen ausgesetzt. Einer dieser Kollegen, der Produktionsleiter B, leitet auch als „Vorgesetzter“ für A die Produktionsabteilung.

Aufgrund der von W und H ausgehenden Anfeindungen, sowie des Verhaltens von B, welches A sich gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muß, ist der Anspruch des T auf einen „störungsfreien“ Arbeitsplatz also nicht erfüllt.

T steht gegenüber A mithin ein vollwirksamer, fälliger Anspruch zu, so daß er seine Arbeitsleistung grundsätzlich gemäß § 273 I BGB verweigern könnte.

II) Treu und Glauben, § 242 BGB

Indessen wäre ihm eine Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechts verwehrt, wenn eine Berufung insoweit gegen den Grundsatz aus Treu und Glauben, § 242 BGB, verstoßen würde. Danach ist es dem Arbeitnehmer verwehrt, wegen einer geringen Gegenforderung seine gesamte Arbeitsleistung zurückzuhalten.

Angesichts des Ausmaßes der psychischen Anfeindungen liegt jedoch eine erhebliche Gegenforderung vor.

III) Verhältnismäßigkeit

Weiterhin wäre T eine Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 I BGB verwehrt, wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen würde. Dieser gebietet es insbesondere, dem Arbeitgeber die Gelegenheit zur Abhilfe zu verschaffen. Voraussetzung hierfür ist, daß der Arbeitnehmer die Störungen konkret nach Art, Ursache und Intensität benennt, denn nur auf diese Weise kann der Arbeitgeber konkrete Maßnahmen zur Erfüllung seiner unter I) genannten arbeitsvertraglichen Nebenpflicht einleiten. T müßte A also mitteilen, daß er Beleidigungen und Verleumdungen seitens B, W und H ausgesetzt ist, und diese hinreichend detailliert beschreiben.

IV) Ergebnis zum ZBR

Sollte A nach erfolgter detaillierter Mitteilung seiner Pflicht zur Abhilfe nicht in angemessener Frist nachkommen, könnte T folglich von seinem Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 I BGB Gebrauch machen.

D) Entgeltanspruch aus § 611**BGB i.V.m. AV**

Ein Entgeltanspruch des T ergibt sich grundsätzlich aus § 611 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag.

Erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht, entfällt jedoch nachträglich wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung regelmäßig sein Entgeltanspruch, vgl. §§ 326 I 1, 275 I BGB (Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“).

T würde für die Zeit der Zurückbehaltung der Arbeitskraft seinen Entgeltanspruch jedoch behalten, wenn § 615 BGB eingreift, welcher abweichend vom Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ bewirkt, daß der Vergütungsanspruch erhalten bleibt.

A müßte sich dazu im Annahmeverzug gemäß den §§ 293 ff. BGB befinden. Dies setzt grundsätzlich ein tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung voraus, vgl. § 294 BGB. Ein solches Angebot des T könnte hier jedoch ausnahmsweise gemäß § 296 S. 1 BGB entbehrlich sein. Denn zur Bewirkung der Arbeitsleistung

durch den Arbeitnehmer ist eine Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 S. 1 aE BGB des Arbeitgebers als Gläubiger in Form der Zurverfügungstellung eines belästigungsfreien Arbeitsplatzes erforderlich. Diese Pflicht zur Mitwirkung besteht kalendertäglich und wäre im Falle der unterlassenen Abhilfe nicht erbracht. Daher würde gemäß § 296 S. 1 BGB ein Annahmeverzug auch ohne Angebot eintreten.

Im Falle der berechtigten Verweigerung der Arbeitsleistung nach § 273 I BGB würde der Lohnanspruch des T aus § 611 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag somit fortbestehen.

Frage 3: Die Empfehlungen des R

R wird seine Empfehlungen danach ausrichten, ob die von A ausgesprochenen Kündigungen wirksam sind.

A) Vorgehen gegenüber B

R wird zunächst prüfen, ob die gegenüber B am 14.06.2004 ausgesprochene Kündigung wirksam ist.

I) schriftliche Kündigungserklärung

A hat B am 14.06.2004 die „fristlose Kündigung“ erklärt. Dies ist gemäß §§ 133, 157 BGB als *außerordentliche* Kündigungserklärung auszulegen. Auch die Schriftform der §§ 623, 126 BGB ist gewahrt.

II) Präklusion §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1, 13 I

2 KSchG

Die Kündigung würde gemäß § 7 Hs. 1 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gelten, wenn B die Unwirksamkeit nicht binnen der Drei-Wochen-Frist des § 13 I 2 i. V. m. § 4 S. 1 KSchG gerichtlich geltend gemacht hätte. Nach §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG n. F. erfasst die Präklusion 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung nicht mehr nur die soziale Rechtfertigung (so a. F.), sondern auch sämtliche außerhalb des KSchG normierten Unwirksamkeitsgründe. Zudem sind die §§ 4 S. 1, 7 KSchG von der Ausnahmeregelung des § 23 I 2, 3 KSchG ausdrücklich ausgenommen. Daher

kommt es auf die persönliche und betriebliche Anwendbarkeit des KSchG (§§ 1 I, 23 I 2, 3 KSchG) nicht an.

Die dreiwöchige Klagefrist des § 13 I 2 i.V.m. § 4 S. 1 KSchG wurde durch Übergabe der Kündigungserklärung am Freitag, den 14.06.2004 in Lauf gesetzt und wird gemäß §§ 187 I, 188 II BGB am Freitag, den 05.07.2004 enden.

B ist daher hinsichtlich der Kündigung vom 14.06.2004 zum Zeitpunkt der Prüfung durch Rechtsanwalt R am 23.06.2004 noch nicht präkludiert.

III) Ordnungsgemäße BR-Anhörung

Die Kündigung könnte gemäß § 102 I 3 BetrVG unwirksam sein, da A den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört hat.

Eine Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 I 3 BetrVG kommt aber überhaupt nur dann in Betracht, wenn das BetrVG auf die gekündigte Person anwendbar ist.

B könnte gemäß § 5 III 1 BetrVG vom persönlichen Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommen sein, wenn er einen leitenden Angestellten im Sinne des § 5 II 2 BetrVG darstellt.

1) Leitender Angestellter

B könnte als leitender Angestellter im Sinne des § 5 III 2 Nr. 3 BetrVG einzustufen sein. Seinem Wortlaut nach

fordert § 5 III 2 Nr. 3 BetrVG, daß der Arbeitnehmer „nach Arbeitsvertrag und Stellung im Betrieb oder Unternehmen regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen selbst trifft oder sie maßgeblich beeinflusst“.

a) Wahrnehmung unternehmerischer Aufgaben

Aufgaben von Bedeutung im Sinne des § 5 III 2 Nr. 3 BetrVG können nur unternehmerische (Teil-)Tätigkeiten sein. Hierfür kommen alle Tätigkeiten in Betracht, bei denen der Angestellte maßgeblichen Einfluß auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische, personelle oder wissenschaftliche Führung des Betriebs ausübt. Nicht ausreichend sind hingegen die Ausübung reiner Aufsichtsfunktionen oder die vorprogrammierte Durchführung (fremder) unternehmerischer Entscheidungen, etwa durch Sicherstellung des arbeitstechnischen Ablaufs der Produktion nach vorgegebenen Daten.

B trifft alle Entscheidungen hinsichtlich Organisation und Ablauf der Produktion. Hierbei trägt er die Alleinverantwortung für die Einhaltung der internen und gesetzlichen technischen und

lebensmittelchemischen Vorschriften. Zudem leitet er die umfangreiche Forschung zur Warenverbesserung. Hierdurch übt er maßgeblichen Einfluß auf die technische und wissenschaftliche Führung des Unternehmens aus und nimmt daher unternehmerische Aufgaben wahr.

b) Wahrnehmung bedeutender Aufgaben

Die Wahrnehmung dieser unternehmerischen Aufgaben müßte zudem von Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs sein. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, eine lediglich bestandswichtige Tätigkeit genügt ebenso wenig wie eine lediglich für die Entwicklung bedeutsame Tätigkeit.

aa) Bestand

Für den Bestand eines Unternehmens ist regelmäßig die Sicherung einer gleichbleibenden Qualität der produzierten Ware von Bedeutung. Dies gilt in besonderem Maße, wenn wie hier für die Qualität dieser Produkte gesetzliche Mindestanforderungen bestehen. Auch spielt die Sicherung der Qualität der Waren durch die Einhaltung der die gesetzlichen Standards übertreffenden Vorschriften eine entscheidende Rolle für den Ruf der Waren und damit letztlich für deren Absatz. Der für die Einhaltung der gesetzlichen und internen technischen und lebensmittelchemischen Vorschriften alleinverantwortliche B nimmt daher

Aufgaben mit Bedeutung für den Bestand des Unternehmens wahr.

b) Entwicklung

Für die Entwicklung eines Unternehmens, also dessen Fortschritt in der Zukunft, ist besonders der Umfang der Innovationen und Verbesserungen der Produktpalette relevant. Daher sind Forschungsaufgaben regelmäßig als von Bedeutung für die Entwicklung des Unternehmens anzusehen. Eben solche

Forschungsaufgaben nimmt B wahr, indem er umfangreiche Forschungen zur laufenden Verbesserung von Qualität und Geschmack der Mettwürste leitet.

c) Nach AV und Stellung

Die genannten unternehmerischen, bedeutenden Aufgaben müßte B „nach Arbeitsvertrag und Stellung“ ausüben. Durch diesen Satzteil des § 5 III 2 BetrVG soll sichergestellt werden, daß neben die dem leitenden Angestellten *vertraglich* eingeräumte Funktion auch deren *tatsächliche* Ausübung tritt. Es soll verhindert werden, daß ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nur pro forma, also allein durch vertraglich eingeräumte, tatsächlich aber nicht bestehende Befugnisse zum leitenden Angestellten macht und ihm so den Schutz des BetrVG entzieht.

Wie dargestellt, übt B die unternehmerischen, bedeutenden Aufgaben tatsächlich aus. Zwar ist er nach dem Wortlaut seines Arbeitsvertrags lediglich als „technischer Mitarbeiter“

angestellt, indessen kann zumindest von einer konkludenten Ergänzung dieses Arbeitsvertrags um die in Frage stehenden Befugnisse und Aufgaben ausgegangen werden, da B die unternehmerischen, bedeutenden Aufgaben mit Wissen und Billigung des A ausübt.

d) Besondere Erfahrungen und Kenntnisse

Zudem müßte die Erfüllung dieser Aufgaben besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzen. Hierbei ist belanglos, ob diese durch längere praktische Tätigkeit, akademisch oder in sonstiger Weise erworben wurden.

Zur Erfüllung der Aufgaben des B ist die genaue Kenntnis der technischen und lebensmittelchemischen Vorschriften sowie der Voraussetzungen ihrer Umsetzung und Einhaltung erforderlich. Die Aufgaben können nicht von einem beliebigen Arbeitnehmer erfüllt werden, sondern nur von einem, der wie B eine entsprechende akademische Ausbildung durchlaufen hat. Ihre Erfüllung setzt daher besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraus.

e) Im wesentlichen frei von Weisungen

Weiterhin muß dem leitenden Angestellten ein erheblicher Handlungsspielraum zustehen. Letzterer setzt voraus, daß er entweder die Entscheidungen im wesentlichen frei von Weisungen *selbst* trifft oder die unternehmens- oder betriebsleitenden Entscheidungen kraft seiner Schlüsselposition maßgeblich beeinflusst, indem er Fakten schafft, die bei

der Findung der unternehmens- oder betriebsleitenden Entscheidungen nicht unbeachtet gelassen werden können.

B trifft alle Entscheidungen hinsichtlich Organisation und Ablauf der Produktion selbständig, unterliegt also keinerlei Weisungen. Das gilt auch hinsichtlich der von ihm geleiteten Forschungen zur laufenden Verbesserung von Qualität und Geschmack der Waren.

2) Zwischenergebnis zu § 102 I BetrVG

Mithin sind alle Voraussetzungen des § 5 III 2 Nr. 3 BetrVG erfüllt, so daß B als leitender Angestellter einzustufen ist.

Das BetrVG ist also gemäß § 5 III 1 BetrVG nicht auf ihn anwendbar, soweit in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist.

§ 102 BetrVG enthält keine entsprechende Regelung, so daß eine Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG entbehrlich war.

3) Mitteilung, § 105 BetrVG

Zwar bestimmt § 105 BetrVG, daß der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Kündigung eines leitenden Angestellten rechtzeitig mitzuteilen hat, welches A nicht getan hat. In Ermangelung einer § 102 I 3 BetrVG entsprechenden Regelung ergibt sich aber im Umkehrschluß, daß ein Verstoß gegen § 105 BetrVG keine individualrechtlichen Folgen hat, also insbesondere nicht die Unwirksamkeit einer Kündigung nach sich zieht. Es handelt sich insoweit lediglich um eine

betriebsverfassungsrechtliche Pflicht, welche somit auch nur betriebsverfassungsrechtliche Sanktionen auslösen kann.

IV) Wichtiger Grund, § 626 I BGB

Es müßte ferner ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 I BGB gegeben sein. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes erfordert zunächst einen Sachverhalt, der *grundsätzlich (abstrakt) geeignet* ist, einen wichtigen Grund darzustellen. Darüber hinaus müssen die Kündigungsgründe so schwer wiegen, daß dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragspartner die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Beachte: In der Klausur muß im Rahmen des Prüfungspunkts „wichtiger Grund im Sinne des § 626 I BGB“ entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BAG unbedingt dieser *zweistufige* Aufbau eingehalten werden. Eine abweichende Prüfung wäre eine Klausur-„Todsünde“.

1) Sachverhalt abstrakt als wichtiger Grund geeignet

Es müßte also zunächst ein Sachverhalt vorliegen, der *grundsätzlich (abstrakt) geeignet* ist, einen wichtigen Grund darzustellen.

In Betracht kommen dafür vor allem schwere, schuldhaftes Vertragsverletzungen. Hierbei ist auf die umfangreiche Kasuistik des BAG

abzustellen, wonach insbesondere tätigkeitsbezogene Straftaten, Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers oder Tötlichkeiten einen wichtigen Grund darstellen können.

a) Tätigkeitsbezogene Straftaten

B hat hier die Straftatbestände der Beleidigung (§ 185 StGB), Verleumdung (§ 187 StGB) und der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB) erfüllt. Er handelte vorsätzlich bzw. zumindest fahrlässig, also in jedem Fall schuldhaft im Sinne des § 276 BGB. Diese Taten waren auch tätigkeitsbezogen, denn sie erfolgten während der Arbeitszeit und Opfer war stets der *Kollege S*.

b) Schädigung des Vermögens des AG

Weiterhin kann eine Schädigung des Vermögens des Arbeitgebers regelmäßig als schwere Vertragsverletzung angesehen werden, da den Arbeitnehmer aus seinem Arbeitsvertrag gemäß § 242 BGB (Treuepflicht) die Nebenpflicht trifft, das Vermögen des Arbeitgebers zu schonen. S erlitt einen Nervenzusammenbruch, der zu einer einwöchigen Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit führte. Daraufhin mußte A diesem gemäß § 3 EFZG weiterhin den Lohn entrichten, ohne hierfür eine Arbeitsleistung zu erhalten. Dadurch entstand A ein entsprechender Vermögensschaden. B handelte auch hier schuldhaft im Sinne des § 276 BGB, nämlich zumindest fahrlässig, da er den

Eintritt der Schäden hätte voraussehen können und müssen.

c) Ergebnis zum abstrakt wichtigen Grund

Sowohl die tätigkeitsbezogenen Straftaten als auch die Vermögensschädigung sind *grundsätzlich geeignet*, einen wichtigen Grund darzustellen.

2) Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls

Weiterhin müssen die Kündigungsgründe so schwer wiegen, daß dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragspartner die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Hierbei ist insbesondere auf das Ultima-ratio-Prinzip abzustellen, wonach die Kündigung stets das letzte Mittel sein muß. Soweit mildere Mittel zur Verfügung stehen, wäre eine außerordentliche Kündigung unwirksam. Als mildere Mittel kommen regelmäßig eine Abmahnung, eine ordentliche Kündigung oder eine außerordentliche Änderungskündigung in Betracht.

Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt kann nicht von einem freien Arbeitsplatz im Betrieb ausgegangen werden, so daß eine außerordentliche Änderungskündigung als milderes Mittel von vornherein ausscheidet.

Hinsichtlich der Abmahnung und ordentlichen Kündigung besteht ein Stufenverhältnis dergestalt, daß eine Abmahnung von vornherein nicht als

milderes Mittel in Betracht kommt, wenn dem Arbeitgeber schon eine ordentliche Kündigung als eine den Arbeitnehmer schwerer treffende Maßnahme nicht zugemutet werden kann.

a) Gesichtspunkte zugunsten des B

Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung ist zugunsten des B zu berücksichtigen, daß er als „langjähriger Mitarbeiter“ offenbar in der Vergangenheit keinen Grund zu Beanstandungen geliefert hat.

b) Gesichtspunkte zu Lasten des B

Indessen spricht gegen ihn, daß es sich nicht um einen einzelnen Verstoß handelt. Vielmehr hat B den S wiederholt beleidigt und verleumdet (§§ 185, 187 StGB). Diese Ehr- und Persönlichkeitsverletzungen erreichten ein erhebliches Ausmaß. Dies zeigt sich deutlich daran, daß S schließlich aufgrund der Anfeindungen einen Nervenzusammenbruch erlitt. Zudem erfüllte auch dieser „Erfolg“ wiederum einen Straftatbestand (§ 229 StGB), der sogar mit schweren gesundheitlichen Folgen für das Opfer verbunden war. Der dem Arbeitgeber entstandene erhebliche finanzielle Schaden kommt erschwerend hinzu.

c) Zwischenergebnis zur

Interessenabwägung

B hat eine erhebliche kriminelle Energie an den Tag gelegt. Er hat gegenüber einem Kollegen wiederholt Straftaten begangen, wobei er auch seine Stellung

als Vorgesetzter mißbrauchte, anstatt seiner Vorbildfunktion gerecht zu werden. Aufgrund der Schwere der Vorfälle kann es A nicht zugemutet werden, B bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Damit scheiden eine ordentliche Kündigung und erst recht eine Abmahnung als (noch) milderes Mittel aus.

3) Ergebnis zum „wichtigen Grund“

Folglich liegt ein *wichtiger Grund* gemäß § 626 I BGB vor.

V) Kündigungserklärungsfrist

Eine außerordentliche Kündigung muß gemäß § 626 II BGB innerhalb von zwei Wochen nach sicherer und möglichst vollständiger Kenntniserlangung vom konkreten Kündigungssachverhalt durch einen Kündigungsberechtigten ausgesprochen werden.

Der Firmeninhaber A, mangels abweichender Angaben im Sachverhalt einziger Kündigungsberechtigter, erfuhr am 12.06.2004 von den Vorfällen in der Produktionsabteilung. Indem er die außerordentliche Kündigung am 14.06.2004 aussprach, wahrte er die Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB (vgl. §§ 187 I, 188 II BGB).

VI) Ergebnis zu B

Rechtsanwalt R wird A empfehlen, bezüglich B nichts mehr zu unternehmen, da die ausgesprochene außerordentliche Kündigung bereits wirksam ist.

B) Vorgehen gegenüber W

Zunächst wird R prüfen, ob die gegenüber W am 14.06.2004 ausgesprochene Kündigung wirksam ist.

I) Die Kündigung vom 14.06.2004

Auch gegenüber W hat A am 14.06.2004 eine *außerordentliche* Kündigung ordnungsgemäß erklärt und die Schriftform gewahrt, §§ 623, 126 BGB.

1) Präklusion

W ist hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung vom 14.06.2004 zum Zeitpunkt der Prüfung durch Rechtsanwalt R am 23.06.2004 noch nicht gemäß § 7 Hs. 1 KSchG präkludiert, da die dreiwöchige Klagefrist des § 13 I 2 i.V.m. § 4 S. 1 KSchG erst am Freitag, den 05.07.2004 enden wird (s. o. zu B).

2) Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG

Indessen hat A den Betriebsrat nicht vor Ausspruch dieser Kündigung angehört. W unterfiel als Arbeitnehmer insbesondere auch dem persönlichen Geltungsbereich des BetrVG, so daß die Kündigung gemäß § 102 I 3 BetrVG grundsätzlich unwirksam war.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Verstoß durch die von A vorgeschlagene *nachträgliche* Anhörung des Betriebsrats geheilt werden könnte. Sinn und Zweck der Anhörung bestehen darin, daß der Betriebsrat noch auf den *unmittelbaren Entscheidungsprozeß* des Arbeitgebers Einfluß nehmen kann. Erfolgt die

Anhörung des Betriebsrats indes erst nach Ausspruch der Kündigung, ist eine Einflußnahme naturgemäß gerade nicht mehr möglich. Daher kann eine *nachträgliche* Anhörung den vor Ausspruch der Kündigung erfolgten Verstoß gegen § 102 I 1 BetrVG nicht heilen. Die Kündigung ist also gemäß § 102 I 3 BetrVG unwirksam.

3) Umdeutung

Die grundsätzlich mögliche Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung gemäß § 140 BGB scheidet aus, da auch eine ordentliche Kündigung mangels vorheriger Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 I 3 BetrVG unwirksam wäre.

II) Erneute Kündigung

Angesichts des Anliegens des A, mit aller rechtlich möglichen Härte vorzugehen, wird R ihm empfehlen, gegenüber W eine neue (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung auszusprechen, wenn eine solche wirksam wäre.

1) Außerordentliche Kündigung

Eine außerordentliche Kündigung wäre von Anfang an aussichtslos, wenn A die Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB nicht mehr einhalten könnte.

a) Kündigungserklärungsfrist, § 626 II BGB

Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB wurde dadurch ausgelöst, daß der kündigungsberechtigte A am 12.06.2004 von den Vorfällen in der Produktionsabteilung Kenntnis erlangte.

Die Kenntniserlangung stellt ein „Ereignis“ im Sinne des § 187 I BGB dar, so daß bei der Berechnung der Tag, in welchen das Ereignis fällt (hier: 12.06.2004), nicht mitgerechnet wird. Die Zwei-Wochen-Frist wird also erst ab dem 13.06.2004 gerechnet.

Sie endet gemäß § 188 II i.V.m. § 187 I BGB mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche, welcher durch seine Benennung dem Tag entspricht, in den das Ereignis im Sinne des § 187 I BGB fällt. Die „Kenntniserlangung“ ereignete sich hier am Mittwoch, den 12.06.2004 (der 14. war ein Freitag!), mithin endete die Frist mit Ablauf des Mittwochs, den 26.06.2004.

A könnte daher gemäß § 626 II BGB eine außerordentliche Kündigung spätestens am 26.06.2004 wirksam aussprechen.

b) Ordnungsgemäße BR-Anhörung, § 102 I BetrVG

Fraglich ist jedoch, ob A überhaupt noch in der Lage ist, bis zum 26.06.2004 wirksam eine außerordentliche Kündigung auszusprechen.

Denn vor Ausspruch dieser außerordentlichen Kündigung müßte er den Betriebsrat ordnungsgemäß anhören, um die Nichtigkeitsfolge des § 102 I 3 BetrVG zu vermeiden. Das Anhörungsverfahren könnte er noch am Tag der Prüfung durch R (23.06.2004) durch Übergabe der erforderlichen Unterlagen an den Betriebsrat einleiten. Laut Bearbeitervermerk ist davon

auszugehen, daß sich der Betriebsrat *nicht äußern* wird. Daher könnte ein Anhörungsverfahren nur durch die Zustimmungsfiktion des § 102 II 2, 3 BetrVG enden. Danach gilt die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt, wenn dieser sich nicht innerhalb einer Frist von 3 Tagen äußert.

Die 3-Tages-Frist des § 102 II 2, 3 BetrVG würde hier durch die Übergabe der erforderlichen Unterlagen an den Betriebsrat ausgelöst werden. Da auch diese Übergabe ein „Ereignis“ im Sinne des § 187 I BGB darstellen würde, wäre bei der Berechnung der Tag, in welchen das Ereignis fällt (23.06.2004), nicht mitzurechnen. Die 3-Tages-Frist würde also erst ab dem 24.06.2004 gerechnet und würde gemäß § 188 I BGB mit dem Ablauf des dritten Tages, hier also des 26.06.2004, enden.

Mit Ablauf des 26.06.2004 wäre das Anhörungsverfahren abgeschlossen.

c) Ergebnis

Selbst wenn A noch am Tag der Prüfung durch R (23.06.2004) mit Übergabe der erforderlichen Unterlagen an den Betriebsrat ein Anhörungsverfahren gemäß § 102 BetrVG einleiten würde, wäre dies erst mit Ablauf des 26.06.2004 abgeschlossen. Er könnte eine außerordentliche Kündigung daher erst am 27.06.2004 aussprechen.

Zu diesem Zeitpunkt wäre indes die Kündigungserklärungsfrist des § 626 II

BGB, welche hier mit Ablauf des 26.06.2004 endet, bereits abgelaufen.

Zwar muß der Arbeitnehmer auch die Nichteinhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 II BGB innerhalb einer 3-wöchigen Klagefrist rügen, da andernfalls die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist gemäß §§ 13 I 2 i.V.m. §§ 4 S. 1, 7 KSchG fingiert wird. W hat über die von ihm nunmehr beauftragte Fachanwältin für Arbeitsrecht M aber bereits mitteilen lassen, daß er gegen zukünftige Kündigungen umgehend eine Kündigungsschutzklage einlegen werde. R wird A somit auch nicht zum Ausspruch einer (verfristeten) außerordentlichen Kündigung unter Spekulation auf eine Fiktion nach §§ 13 I 2 i.V.m. §§ 4 S. 1, 7 KSchG raten.

Der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung scheidet demnach insgesamt aus.

Beachte: Eine Verlängerung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB um die Dauer der Anhörung des Betriebsrats kommt nicht in Frage.

Der Arbeitgeber ist daher, wenn er eine außerordentliche Kündigung erwägt, zum schnellen Handeln gezwungen (2 Wochen) und muß zudem die Dauer der Anhörung „abziehen“.

2) Ordentliche Kündigung

R wird dem A jedoch den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung gegenüber W

empfehlen, wenn eine solche wirksam wäre.

Eine Kündigung des W könnte gemäß § 1 I KSchG unwirksam sein, wenn dieser allgemeinen Kündigungsschutz genießen würde.

a) Anwendbarkeit

Das Kündigungsschutzgesetz müßte zunächst anwendbar sein.

W ist „langjähriger“ Mitarbeiter, also länger als 6 Monate in dem insgesamt 18 Mitarbeiter umfassenden Betrieb des A beschäftigt. Damit ist das KSchG persönlich und betrieblich anwendbar, vgl. §§ 1 I, 23 I 2, 3 KSchG.

Beachte : In diesem in jeder Hinsicht unproblematischen Fall – Schwellenwert und Wartezeit sind jeweils *deutlich* überschritten – sind weitere Ausführungen, insbesondere zu § 23 I 2, 3 KSchG, ausnahmsweise entbehrlich.

Folglich wäre eine ordentliche Kündigung des W gemäß § 1 I KSchG unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt wäre.

Eine soziale Rechtfertigung kann sich hier nur aus Gründen, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, ergeben, § 1 II 1 Alt. 2 KSchG.

b) Schuldhafte Verletzung einer AV-Pflicht

Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt zunächst voraus, daß der Arbeitnehmer Pflichten aus seinem Arbeitsvertrag verletzt hat. Diese Pflichtverletzung muß vorwerfbar, also schuldhaft erfolgen.

Wie bereits dargelegt, hat W gemeinschaftlich mit B in erheblichem Ausmaß tätigkeitsbezogene Straftaten begangen (§§ 185, 187, 229 StGB) sowie dem Vermögen seines Arbeitgebers A Schaden zugefügt. Er handelte mindestens fahrlässig, also schuldhaft im Sinne des § 276 BGB, da er den Eintritt der Schäden hätte voraussehen können und müssen.

c) Ultima-ratio-Prinzip

Aus dem Ultima-ratio-Prinzip ergibt sich jedoch, daß der Arbeitgeber nur dann die Kündigung erklären darf, wenn ihm keine anderen zumutbaren, weniger einschneidenden Möglichkeiten mehr zur Verfügung stehen.

aa) Abmahnung

Bei einer verhaltensbedingten Kündigung kommt als milderer Mittel stets die Abmahnung in Betracht. Diese soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, sich in Zukunft vertragsgerecht zu verhalten.

Abmahnungen sind hier nicht ausgesprochen worden.

(1) Entbehrlichkeit

Eine vorherige Abmahnung könnte jedoch ausnahmsweise entbehrlich sein. Hierbei ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG zwischen Verstößen im Vertrauens- und Leistungsbereich (teilweise auch Verhaltens- und Leistungsbereich genannt) zu unterscheiden.

(a) Vertrauensbereich

Ursprünglich vertrat das BAG die Auffassung, daß bei Vertragsverstößen im

Vertrauensbereich eine Abmahnung *stets* entbehrlich sei. Diese Ansicht schränkte es jedoch später dahingehend ein, daß eine Abmahnung auch bei Vertragsverstößen im Vertrauensbereich jedenfalls dann nicht entbehrlich sei, wenn der Arbeitnehmer entweder annehmen durfte, sein Verhalten sei nicht rechtswidrig (Verbotsirrtum) bzw. der Arbeitgeber werde es zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten ansehen, oder wenn das Vertrauen wiederherstellbar erscheint.

(b) Leistungsbereich

Bei Verstößen im Leistungsbereich hingegen soll eine Abmahnung lediglich entbehrlich sein, wenn von vornherein davon auszugehen ist, daß auch die Abmahnung keine Gewähr dafür bietet, daß gleichartige Verstöße in Zukunft unterbleiben, etwa weil der Arbeitnehmer nicht willens ist, sich vertragsgerecht zu verhalten.

Beachte: Im Vertrauensbereich ist die Abmahnung grundsätzlich entbehrlich, soweit nicht die genannten Ausnahmen vorliegen. Im Leistungsbereich ist es genau umgekehrt, die Abmahnung ist nur ausnahmsweise entbehrlich.

(c) Abgrenzung Vertrauensbereich/ Leistungsbereich

Zu prüfen ist daher, ob hier der Vertrauensbereich oder der Leistungsbereich tangiert ist.

Der „Leistungsbereich“ ist berührt, soweit dem Arbeitnehmer Defizite bei der unmittelbaren Erbringung der Arbeitsleistung vorgeworfen werden wie etwa Schlecht- oder Minderleistung, Arbeitsverweigerung oder Arbeitsversäumnis. Hingegen ist der Vertrauensbereich berührt, wenn dem Arbeitnehmer ein Fehlverhalten außerhalb der eigentlichen Arbeitsleistung vorgeworfen wird wie etwa die Begehung tätigkeitsbezogener Straftaten gegen den Arbeitgeber, Vollmachtmißbrauch oder die Verletzung von Treue- und Rücksichtspflichten.

Vorliegend betreffen die im Raum stehenden Vertragsverstöße nicht unmittelbar die Arbeitsleistung des W, sondern die Behandlung der Kollegen anlässlich der Erbringung der Arbeitsleistung. Mithin ist vorliegend der Vertrauensbereich tangiert.

(2) Ergebnis zur Entbehrlichkeit

Folglich wäre eine Abmahnung entbehrlich, sofern nicht eine der genannten Ausnahmen eingreift.

Angesichts der Schwere der Verstöße, welche W hier begangen hat, konnte er nicht davon ausgehen, daß A hierin lediglich ein unerhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht gefährdendes Fehlverhalten sehen würde. Auch ein Verbotsirrtum scheidet aus. Angesichts des Ausmaßes an menschenverachtendem Rassismus, welches W hier über einen längeren

Zeitraum gezeigt hat, kann bei ihm zudem auf eine gewisse rassistische Grundeinstellung geschlossen werden. Bei objektiver Betrachtung erscheint das Vertrauen vernünftigerweise als nicht wieder herstellbar. Es kann A nicht mehr zugemutet werden, erneute Gefährdungen seiner Mitarbeiter hinzunehmen, indem er W eine weitere Chance gibt.

Mithin ist eine Abmahnung des W entbehrlich.

b) Ergebnis zum Ultima-ratio-Prinzip

Da A keine anderen zumutbaren, weniger einschneidenden Möglichkeiten mehr zur Verfügung stehen, verstößt eine Kündigung nicht gegen das Ultima-ratio-Prinzip.

d) Abschließende Interessenabwägung

Wegen der weitreichenden Konsequenzen einer Kündigung ist stets noch eine umfassende, abschließende Abwägung zwischen Bestandsschutz- und Auflösungsinteresse vorzunehmen. Danach ist die Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers einen gerechten und sozialen Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würde.

Beachte: Dies gilt nur für die personen- und verhaltensbedingte, nicht aber für die betriebsbedingte Kündigung, da bei letzterer eine Interessenabwägung bereits im Rahmen der Sozialauswahl abschließend geregelt ist.

Bei der Interessenabwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen, insbesondere Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, persönliche Verhältnisse, Grad des Verschuldens, Betriebsablaufsstörungen. Wenn allerdings die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers den Arbeitgeber an sich zur ordentlichen Kündigung berechtigt, müssen besondere Umstände des Einzelfalles auf seiten des Arbeitnehmers vorliegen, die zu einem außergewöhnlichen, untypischen Ungleichgewicht zu dessen Gunsten führen.

Besondere, außergewöhnliche Umstände des Einzelfalles sind auf seiten des W nicht ersichtlich.

e) Ergebnis zur ordentlichen Kündigung

Eine ordentliche Kündigung des W wäre mithin sozial gerechtfertigt.

III) Ergebnis zu W

R wird A empfehlen, angesichts der Unwirksamkeit der am 14.06.2004 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung gegenüber W eine ordentliche Kündigung auszusprechen.

Er müsste lediglich zuvor den Betriebsrat ordnungsgemäß anhören, § 102 I BetrVG, und sodann die Kündigung unter Beachtung der Schriftform der §§ 623, 126 BGB und der sich aus § 622 II BGB ergebenden Kündigungsfrist aussprechen.

C) Vorgehen gegenüber H

Auch die gegenüber H am 14.06.2004 ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist mangels vorheriger Anhörung des Betriebsrats unwirksam.

Der erneute Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung scheidet wie bei W aus, da A in jedem Fall die Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB nicht mehr einhalten könnte.

I) Ordentliche Kündigung

R wird A daher den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung gegenüber H empfehlen, wenn eine solche wirksam wäre.

H genießt gemäß §§ 1 I, 23 I 2 KSchG allgemeinen Kündigungsschutz, so daß eine Kündigung gemäß § 1 I KSchG unwirksam wäre, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist. Eine soziale Rechtfertigung kann sich hier nur aus Gründen, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, ergeben, § 1 II 1 Alt. 2 KSchG.

1) Schuldhafte Verletzung einer AV-Pflicht

H müsste zunächst eine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt haben. Jeden Arbeitnehmer trifft als Nebenpflicht aus seinem Arbeitsvertrag (Treuepflicht) die Verpflichtung, den Betriebsfrieden zu wahren, das heißt mit dem Arbeitgeber und den Arbeitskollegen vertrauensvoll zusammenzuarbeiten, deren Privatsphäre zu achten und keine Konflikte in den Betrieb zu tragen.

H machte sich mit B und W den „Spaß“, mit den Namensschildern der S und T am

Gesäß unter Nachahmung von Affenlauten durch die Werkhalle zu hüpfen. Durch diese symbolische Handlung tat er seine Mißachtung der S und T gegenüber diesen und anderen Kund und erfüllte mithin den Straftatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB).

Durch dieses Verhalten verletzte er den Betriebsfrieden. Er handelte auch vorsätzlich, also schuldhaft im Sinne des § 276 BGB.

2) Ultima-ratio-Prinzip/Abmahnung

Indessen könnte eine ordentliche Kündigung gegen das Ultima-ratio-Prinzip verstoßen. Vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung kommt als milderer Mittel grundsätzlich eine Abmahnung in Betracht, welche A jedoch noch nicht erteilt hat.

Eine vorherige Abmahnung ist aber bei Verstößen im Vertrauensbereich, zu denen das hier in Frage stehende „Herumhüpfen“ zu zählen ist, grundsätzlich entbehrlich. Indessen könnte hier die bereits genannte Ausnahme greifen, daß das Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wiederherstellbar erscheint.

H hat sich lediglich ein einziges Mal an den diskriminierenden Handlungen beteiligt. Durch die in einer Abmahnung ausgesprochene Warnung, daß im Wiederholungsfalle ein Verlust des Arbeitsplatzes drohe, würde ihm die Tragweite seines Verhaltens vor Augen

geführt. Mangels entgegenstehender Anzeichen im Verhalten des H ist davon auszugehen, daß er in Zukunft derartige Handlungen unterläßt. Ein verständiger Arbeitgeber würde daher bei objektiver Betrachtung nicht sofort sein Vertrauen in eine zukünftige, vertragsgerechte Leistung des H verlieren, sondern diesem eine zweite Chance einräumen. Da das gestörte Vertrauen insofern wiederherstellbar erscheint, ist H gegenüber vorrangig eine Abmahnung auszusprechen, eine Kündigung wäre mithin sozialwidrig.

II) Ergebnis H

R wird A empfehlen, gegenüber H wegen des Vorfalles („Umherhüpfen“) eine Abmahnung auszusprechen.

D) Ergebnis zu Frage 3

R wird A empfehlen, gegenüber B nichts weiter zu unternehmen, da diesem bereits wirksam außerordentlich gekündigt wurde, gegenüber W eine ordentliche Kündigung und gegenüber H eine Abmahnung auszusprechen.

Nacharbeit & Vertiefung

I) Zur Nacharbeit :

Zulässigkeit : Die KK IAR 66 sollten sie nunmehr auswendig können.

Ordentliche Kündigung : Die KK IAR 26 sollten sie nunmehr auswendig können.

Allgemeiner Kündigungsschutz : Arbeiten Sie KK IAR 36 noch einmal gründlich durch.

Außerordentliche Kündigung : Lernen Sie KK IAR 59 und 60 auswendig.

Abmahnung : Arbeiten Sie KK IAR 44 - 46 gründlich durch.

BR-Anhörung : Lernen Sie KK IAR 28 bis 30 und 34 auswendig. Arbeiten Sie KK IAR 30a - 33 gründlich durch.

II) Kontrollfragen

Prüfen Sie, ob Sie alles verinnerlicht haben und beantworten Sie folgende Fragen :

- 1) Welcher Prüfungsaufbau ist auf eine außerordentliche Kündigung anzuwenden ?
- 2) Nehmen Sie ein Blatt und schreiben Sie (auswendig !) das Schema zur Prüfung der Zulässigkeit einer Kündigungsschutzklage auf. Wiederholen Sie dies, bis Sie das komplette Schema einschließlich der Standard-Obersätze (!) innerhalb von max. 6 – 8 Minuten auswendig runterschreiben können.
- 3) Welche Anforderungen sind an eine ordnungsgemäße BR-Anhörung nach § 102 BetrVG zu stellen ?
- 4) Welche Reaktionsmöglichkeiten hat ein BR auf eine Anhörung nach § 102 BetrVG ?
- 5) Welche Funktion kommt einer Abmahnung zu ?
- 6) Wann ist eine Abmahnung wirksam, wann entbehrlich ?
- 7) Welche Folgen hat der Eintritt der im KSchG geregelten Präklusion?