

Kündigung: Nicht immer führen Geldgeschenke zum fristlosen Aus

Nimmt ein Bauleiter einer Philharmonie mit besonderem Kündigungsschutz von einer Firma, die Wartungs- und Reparaturarbeiten an Schlössern und Schließanlagen durchführte, Geldgeschenke an (hier: insgesamt 10-mal), so muss geprüft werden, ob ihm deshalb fristlos gekündigt werden kann, wenn seine Stellung eine ordentliche Kündigung nicht zulässt (ein „normaler“ Arbeitnehmer für das Vergehen jedoch nur „ordentlich“ gefeuert worden wäre).

Quelle: Wolfgang Büser

Tarifliche Unkündbarkeit; Angestellter; Öffentlicher Dienst; Annahme von Belohnungen; Annahme von Geschenken; Zustimmung des Arbeitgebers; Dienstliche Tätigkeit; Wichtiger Grund; Weiterbeschäftigung; Fiktive Frist; Außerordentliche Kündigung

Gericht: BAG

Datum: 15.11.2001

Aktenzeichen: 2 AZR 605/00

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2001, 10155

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Köln - 8 Ca 184/99

LAG Köln - 11 Sa 396/00

Rechtsgrundlagen:

§ 626 BGB

§ 54 Abs. 1 BAT

§ 10 BAT

Fundstellen:

BAGE 99, 331 - 339

ArbRB 2001, 100 (Pressemitteilung)

ARST 2002, 70-71 (Pressemitteilung)

ARST 2002, 154-155

AuA 2002, 39

AuA 2002, 328-330

AuR 2002, 196

AUR 2002, 196

b&b 2002, 50-51

FA 2002, 189
FA 2002, 177
FA 2002, 221
FA 2002, 61-62
FAr 2002, 177
FAr 2002, 189
FAr 2002, 221
FAr 2002, 61-62
NWB 2001, 4391-4392
RiA 2002, 269
schnellbrief 2002, 5
ZfPR 2002, 214 (amtl. Leitsatz)
ZMV 2002, 34-35 (Pressemitteilung)
ZTR 2002, 339-341

BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 605/00

Amtlicher Leitsatz:

Der mehrfache Verstoß eines Angestellten im öffentlichen Dienst gegen das Verbot, ohne Zustimmung des Arbeitgebers Belohnungen oder Geschenke in Bezug auf seine dienstliche Tätigkeit anzunehmen (§ 10 BAT), ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darzustellen.

Einem tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer kann fristlos nur gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung nicht einmal bis zum Ablauf der "fiktiven Frist" zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.

Tenor:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 7. Juli 2000 - 11 Sa 396/00 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, fristlosen Arbeitgeberkündigung gegenüber einem tariflich ordentlich unkündbaren Angestellten.
- 2 Der 1941 geborene Kläger ist seit 1968 bei der beklagten Stadt beschäftigt. Zuletzt erhielt er als technischer Angestellter/bauleitender Architekt nach Vergütungsgruppe III des auf das

Arbeitsverhältnis anwendbaren Bundes-Angestellten-tarifvertrages (BAT) eine Monatsvergütung von ca. 7. 000, 00 DM.

- 3 Von 1990 bis 1995 war der Kläger als Bauleiter im Bereich der Bauunterhaltungsabteilung des Hochbauamts der Beklagten eingesetzt. Ihm oblag die Durchführung von Bauunterhaltungsarbeiten in verschiedenen Bauten, ua. der Kölner Philharmonie. Seine Aufgaben umfaßten die Massen- und Kostenermittlung, das Erstellen von Leistungsverzeichnissen, das Prüfen und Auswerten von Angeboten, die Vergabevorschläge, die örtliche Bauleitung und Abnahme von Firmenleistungen sowie die Rechnungsprüfung. Lieferantin der Schließanlage, der Schlösser und Beschläge im Gebäude der Philharmonie war die Firma H . Diese wurde vom Kläger im Rahmen seiner Zuständigkeit auch mit den insoweit anfallenden Wartungs- und Reparaturarbeiten betraut. Unstreitig hat der Kläger von 1986 bis 1994 von der Firma H Geldgeschenke angenommen, nämlich etwa 10 x 100, 00 DM in bar, die nach Darstellung des Klägers für die Kaffeekasse bestimmt waren und in zwei Fällen versteckt in Weihnachtspräsenten übergeben wurden.
- 4 Nach der seit Juni 1978 gültigen Allgemeinen Dienst- und Geschäftsanweisung der Beklagten (AGA) war das Fordern, Versprechenlassen oder Annehmen von Belohnungen, von Geschenken oder sonstigen Vergünstigungen irgendwelcher Art in Bezug auf das Dienstverhältnis untersagt. Dies galt unabhängig von der Strafbarkeit der Handlung. Ausgenommen waren nur geringwertige Aufmerksamkeiten. In der "Dienstanweisung zum Umgang mit Zuwendungen an Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen im Dezernat IX" vom 4. August 1997 ist die Obergrenze für geringwertige Aufmerksamkeiten auf 25, 00 DM festgesetzt und geregelt worden, die Annahme von Bargeld sei stets verboten.
- 5 Im Oktober 1995 wechselte der Kläger in den Bereich der Gebäudeplanung, wo er weiterhin mit Bauleitungsaufgaben im Rahmen städtischer Hochbauprojekte befaßt war. Im Zusammenhang staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen gegen Mitarbeiter des Hochbauamtes der Beklagten kam es am 1. Dezember 1998 auch gegen den Kläger zu einem richterlichen Durchsuchungsbeschluß wegen Korruptionsverdachts. Dies veranlaßte die Beklagte, fünf beschuldigte Mitarbeiter, darunter den Kläger, am 9. Dezember 1998 anzuhören. Der Kläger gab die Annahme der Geldgeschenke und mehrere Essenseinladungen durch die Firma H zu. Er machte lediglich geltend, mit der Annahme der Gelder seien keine Rechnungsmanipulationen und keine Bevorzugung der Firma H verbunden gewesen. Der von der Beklagten zu ihrer Kündigungsabsicht angehörte Personalrat verweigerte mit Schreiben vom 17. Dezember 1998 seine Zustimmung zur Kündigung des Klägers. Daraufhin kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 18. Dezember 1998 fristlos.
- 6 Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Er hat geltend gemacht, es sei seinerzeit in der Dienststelle üblich gewesen, Geldbeträge in dieser Größenordnung anzunehmen. Dies sei auch dem Amtsleiter bekannt gewesen. Er habe deshalb von einer Billigung durch die Beklagte ausgehen dürfen. Er habe keine Aufträge pflichtwidrig vergeben. Der Beklagten sei durch sein Verhalten kein Schaden entstanden. Seit seinem Wechsel in die Gebäudeplanung im Oktober 1995 habe er mit der Firma H keinen Kontakt mehr. Jedenfalls hätte der Kündigung eine Abmahnung vorausgehen müssen.
- 7 Der Kläger hat beantragt
- 8 festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigungserklärung der Beklagten vom 18. Dezember 1998 nicht beendet wird.
- 9 Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags auf §§ 8 , 10 BAT sowie die AGA hingewiesen.
- 10 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

- 11 Die Revision ist begründet. Der Rechtsstreit ist an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, damit eine fehlerfreie Interessenabwägung nachgeholt werden kann (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).
- 12 I. Das Landesarbeitsgericht hat - kurz zusammengefaßt - angenommen, die mehrfache Annahme von Geldgeschenken durch den Kläger sei an sich geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben. Eine Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen. Auch die Interessenabwägung falle gegen den Kläger aus. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem zur Zeit der Kündigung 57-jährigen Kläger bis zur Erreichung seiner Altersgrenze sei der Beklagten unzumutbar gewesen. Die tarifliche Unkündbarkeit des Klägers wirke sich hier gegen ihn aus.
- 13 II. Dem folgt der Senat zwar in weiten Teilen der Begründung. Ob die fristlose Kündigung der Beklagten das Arbeitsverhältnis der Parteien beendet hat, steht aber erst fest, wenn das Landesarbeitsgericht die ihm obliegende abschließende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der neueren Senatsrechtsprechung zum tariflichen Ausschluß der ordentlichen Kündigung nachgeholt hat.
- 14 1. Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt, ist vorrangig Sache des Tatsachengerichts. Es handelt sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Diese kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (st. Rspr. , vgl. ua. BAG 4. Juni 1997 - 2 AZR 526/96 - BAGE 86, 95, 97 f. [BAG 04.06.1997 - 2 AZR 526/96] und 13. April 2000 - 2 AZR 259/99 - BAGE 94, 228 [BAG 13.04.2000 - 2 AZR 259/99]). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil nicht in allen Teilen der Begründung stand.
- 15 2. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, daß ein mehrfacher Verstoß eines Angestellten im öffentlichen Dienst gegen das Verbot des § 10 BAT , ohne Zustimmung des Arbeitgebers Belohnungen oder Geschenke in bezug auf seine dienstliche Tätigkeit anzunehmen, an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB , § 54 Abs. 1 BAT darzustellen. Schon nach § 8 Abs. 1 BAT hat sich der Angestellte so zu verhalten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird. Von einem bauleitenden Architekten in einem städtischen Hochbauamt, der über die Vergabe von Aufträgen an Fremdfirmen in erheblicher Höhe zu entscheiden hat, erwarten der Dienstherr und die Öffentlichkeit, daß auch der böse Anschein vermieden wird, ein Bestechungsversuch könnte erfolgreich sein. Wenn deshalb § 10 Abs. 1 BAT klarstellt, daß der Angestellte des öffentlichen Dienstes - jedenfalls ohne Zustimmung des Arbeitgebers - in bezug auf seine dienstliche Tätigkeit keinerlei Belohnungen oder Geschenke annehmen darf, so handelt es sich hierbei um eine wesentliche Dienstpflicht, die die saubere und unbestechliche Dienstleistung gewährleisten soll. Die Bürger sollen nicht veranlaßt werden, zusätzliche Leistungen für Dienste aufzubringen, auf die sie einen Rechtsanspruch haben. Außerdem sollen Bürger, die solche zusätzlichen Leistungen nicht aufbringen können oder wollen, keinen Grund zu der Befürchtung haben, benachteiligt zu werden. Beide Regelungsziele lassen sich nur erreichen, wenn Belohnungen und Geschenke jeder Art unterbleiben, soweit es sich nicht nur um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt (BAG 17. April 1984 - 3 AZR 97/82 - BAGE 45, 325). Dem Landesarbeitsgericht ist darin zu folgen, daß es nicht darauf ankommt, ob Belohnungen oder Geschenke iSv. § 10 BAT eine Amtspflichtverletzung bewirken oder entgelten sollen. Die Konkurrenzfirma, die davon erfährt, daß derjenige einen Auftrag der Stadt erhalten hat, der dem städtischen Angestellten zuvor Geldgeschenke zugewendet hat, wird es kaum überzeugen, wenn der betreffende Angestellte nachträglich geltend macht, die Auswahlentscheidung zwischen den verschiedenen Anbietern sei nach sachlichen Gesichtspunkten richtig getroffen worden. Ohne ein energisches Einschreiten der Behörde wird die Öffentlichkeit beim Bekanntwerden solcher Verletzungen des § 10 BAT leicht geneigt sein anzunehmen, öffentliche Aufträge seien am ehesten zu akquirieren, nachdem der Angestellte, der über die Vergabe zu entscheiden hat, durch entsprechende Geldgeschenke zum wohlwollenden Gebrauch seines Ermessens veranlaßt worden

sei.

- 16** 3. Mit dem Landesarbeitsgericht sind die Verfehlungen des Klägers als schwerwiegend anzusehen. Geldgeschenke, erst recht in einer Größenordnung von 100, 00 DM pro Fall, können auch bei großzügigster Auslegung nicht mehr als bloße Aufmerksamkeiten eher symbolischer Natur (zB. Kalender zur Weihnachtszeit etc.) gewertet werden, die der öffentliche Arbeitgeber regelmäßig tolerieren wird. Auch der Kläger hat dies offenbar so gesehen, wenn er bei seiner Anhörung angegeben hat, die Geldgeschenke habe er erst "nach anfänglicher Ablehnung" angenommen. Gegen den Kläger spricht entscheidend, daß es sich nicht nur um einen einmaligen Vorfall gehandelt hat, sondern er sein pflichtwidriges Verhalten über Jahre fortgesetzt hat, bis er schließlich in eine andere Abteilung versetzt worden ist. Was der Kläger mit dem pflichtwidrig erworbenen Geld gemacht hat, ist nicht entscheidend, da die Pflichtwidrigkeit schon in dem Erwerb des Geldes liegt. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Kläger das Geld für sich verwandt oder einer "Kaffeekasse" zugeführt hat (vgl. BAG 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30). Soweit der Kläger schließlich in den Vorinstanzen geltend gemacht hat, die Beklagte habe durch widersprüchliche Regelungen eine unklare Rechtslage geschaffen, ist dies nicht nachvollziehbar. Das Landesarbeitsgericht weist zutreffend darauf hin, daß die Dienstanweisung vom 4. August 1997 den Kläger nicht verunsichert haben kann, weil sie erst nach dem letzten Geldgeschenk in Kraft getreten ist. Zur Zeit der Pflichtverletzungen des Klägers galt die AGA, die mit der klaren Regelung des § 10 Abs. 1 BAT übereinstimmt, wonach Geldgeschenke, erst Recht in der fraglichen Größenordnung, in bezug auf die dienstliche Tätigkeit nur mit Zustimmung der beklagten Stadt angenommen werden durften.
- 17** 4. Die Revision rügt auch zu Unrecht, die Beklagte habe gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, indem sie angesichts der Pflichtverletzungen des Klägers ohne Abmahnung sofort zum äußersten Mittel der außerordentlichen Kündigung gegriffen habe. Die Prüfung, ob nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor Ausspruch der Kündigung eine Abmahnung erforderlich ist, ist weitgehend Aufgabe der Tatsacheninstanzen und unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil jedenfalls stand. Zwar ist auch bei Störungen im Vertrauensbereich das Abmahnungserfordernis stets zu prüfen. Eine Abmahnung ist vor Ausspruch der Kündigung erforderlich, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann. bei einer Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen ist eine Abmahnung dann entbehrlich, wenn es um schwere Pflichtverletzungen geht, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei denen eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (BAG 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30 mwN). Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht im Fall des Klägers eine Abmahnung für entbehrlich gehalten hat. Es hat in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Schwere des Pflichtverstoßes des Klägers und darauf abgestellt, daß dem Kläger die Rechtswidrigkeit seines Handelns nach seinen Erklärungen bei der Anhörung durch die Beklagte bekannt war. Auch eine Wiederherstellung des Vertrauens in seine Redlichkeit sei nicht zu erwarten, da sich die Annahme der Geschenke in der Vergangenheit im Verborgenen vollzogen habe und für künftige Wiederholungsfälle mit einer heimlichen Vorgehensweise gerechnet werden müsse.
- 18** Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht hätte dem Sachvortrag des Klägers nachgehen müssen, nahezu alle in der Dienststelle beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hätten solche Geschenke und Geldbeträge erhalten, geht fehl. Das entsprechende, von der Beklagten bestrittene Vorbringen des Klägers ist vom Landesarbeitsgericht zu Recht als derart unsubstantiiert angesehen worden, daß die Vernehmung von Zeugen, die entsprechende Vorgänge ohnehin ihrer Stellung nach nur vom Hörensagen kennen können, einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dargestellt hätte. Der einzige konkretere Sachvortrag des Klägers, einem anderen Angestellten des Bauamtes sei wegen gleichartiger Pflichtverletzungen gekündigt worden, entlastet den Kläger gerade nicht.
- 19** 5. Bei der Interessenabwägung hat das Landesarbeitsgericht im Ansatz zutreffend alle für und gegen die Kündigung sprechenden Umstände gegeneinander abgewogen und dabei insbesondere

gegenüber dem hohen sozialen Besitzstand des Klägers auf die Bedeutung der von § 10 BAT geschützten Rechtsgüter, die Schwere der wiederholten und über lange Zeit fortgesetzten Verstöße, die Verantwortung der Beklagten für eine intakte Verwaltung sowie die Publizität der Vorfälle und die damit einhergehende Rufgefährdung der Beklagten abgestellt. Es fehlt jedoch, wie der Kläger schon gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil gerügt hat, die Prüfung, ob als milderer Mittel gegenüber einer außerordentlichen fristlosen Kündigung eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit in Betracht kam. Diese Prüfung war insbesondere deshalb erforderlich, weil das Landesarbeitsgericht bei der von ihm vorgenommenen Interessenabwägung ausdrücklich auf einen von einer anderen Kammer entschiedenen Parallelfall eines ordentlich kündbaren Arbeitnehmers hingewiesen hat. Dessen Feststellungsklage gegen eine fristlose Kündigung war erfolgreich. Im vorliegenden Fall hingegen hat das Landesarbeitsgericht ausdrücklich darauf abgestellt, wegen der tariflichen Unkündbarkeit des Klägers unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Ausgangssachverhalt der Parallelentscheidung. Beim Kläger wirke sich dessen tariflicher Schutz gegen ordentliche Kündigungen zu seinen Ungunsten aus.

- 20** a) Es trifft zwar zu, daß sich der besondere tarifliche Schutz gegen ordentliche Kündigungen im Einzelfall bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, auch zu Lasten des betreffenden Arbeitnehmers auswirken kann. Liegt etwa ein betriebsbedingter Kündigungsgrund (zB Betriebsstillegung) vor, der bei einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde, so kann gerade die lange Bindungsdauer durch die tarifliche "Unkündbarkeit" dazu führen, daß die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers (gegebenenfalls bis zum Pensionsalter) dem Arbeitgeber unzumutbar und eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB deshalb gerechtfertigt ist. Nichts anderes gilt bei einer verhaltensbedingten Kündigung, wenn einem vergleichbaren Arbeitnehmer ohne gesteigerten Kündigungsschutz bei vergleichbarem Kündigungssachverhalt zwar nicht nach § 626 BGB außerordentlich, jedoch fristgerecht gekündigt werden könnte. Die lange Bindungsdauer aufgrund der tariflichen "Unkündbarkeit" kann dann dazu führen, daß ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers nach § 626 Abs. 1 BGB anzunehmen ist (BAG 13. April 2000 - 2 AZR 259/99 - BAGE 94, 228 [BAG 13.04.2000 - 2 AZR 259/99]).
- 21** b) Kann sich danach bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, die tarifliche Unkündbarkeit auch zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken, so ist jedoch auf der Rechtsfolgenseite zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs dem tariflich besonders geschützten Arbeitnehmer, wenn bei unterstellter Kündbarkeit nur eine fristgerechte Kündigung zulässig wäre, eine der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufzeit einzuräumen (Senat 11. März 1999 - 2 AZR 427/98 - AP BGB § 626 Nr. 150 = EzA BGB § 626 nF Nr. 177). Eine außerordentliche Kündigung ohne Gewährung einer derartigen Auslaufzeit ist nur dann gerechtfertigt, wenn es dem Arbeitgeber nicht einmal zumutbar ist, den tariflich unkündbaren Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der "fiktiven" Frist zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterzubeschäftigen. Da Prüfungsmaßstab hier derjenige bei vergleichbaren ordentlich kündbaren Arbeitnehmern ist, ist es nicht gerechtfertigt, für die Bejahung der Zulässigkeit einer fristlosen oder vor Ablauf der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist wirksamen Kündigung nochmals zu Lasten des Arbeitnehmers seine tarifliche Unkündbarkeit zu berücksichtigen (BAG 13. April 2000 aaO; vgl. 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - AP BGB § 626 Nr. 9 = EzA BGB § 626 Krankheit Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).
- 22** c) Dem hält das Landesarbeitsgericht zu Unrecht entgegen, die auf dem tariflichen Ausschluß der ordentlichen Kündigung beruhende längere Verweildauer im Betrieb sei qualitativ kein anderes Phänomen als eine lange tarifliche Kündigungsfrist, die sich im Rahmen der Interessenabwägung auch zu Lasten eines Arbeitnehmers auswirken könne. § 626 BGB, hier gleichlautend § 54 Abs. 1 BAT, stellt ausdrücklich auf den "Ablauf der Kündigungsfrist" bzw. die "vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses", also im Regelfall überschaubare Zeiträume ab. Wendet man diese Vorschriften auf Fälle an, in denen die ordentliche Kündigung tariflich ausgeschlossen ist, also weder eine tarifliche Kündigungsfrist gilt, noch die Parteien einen festen Termin für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart haben, und stellt uneingeschränkt auf den Prüfungsmaßstab ab, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers ggf. über viele Jahre

hinweg bis zu seiner Pensionierung zumutbar ist, so würde allein die tarifliche Arbeitnehmerschutzbestimmung zu einer evidenten Benachteiligung des betroffenen Arbeitnehmers führen. Ihm könnte dann auf Grund seines besonderen tariflichen Schutzes leichter als vergleichbaren Arbeitnehmern ohne diesen Schutz gekündigt werden. Dieser Wertungswiderspruch wird durch die Prüfung vermieden, ob als milderer Mittel eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist in Betracht kommt.

- 23** 6. Die unterlassene Prüfung der Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufrist führt zur Zurückverweisung (§ 565 Abs. 1 ZPO). Es spricht zwar nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts vieles dafür, daß die Pflichtverletzungen des Klägers so schwer wiegen, daß auch einem vergleichbaren, mit der Höchstfrist des § 53 Abs. 2 BAT ordentlich kündbaren Angestellten aufgrund derartiger Pflichtverletzungen fristlos gekündigt werden müßte. Die entsprechende Prüfung obliegt jedoch der Tatsacheninstanz, der dabei ein Beurteilungsspielraum zukommt, in den der Senat nicht eingreifen möchte. Das Landesarbeitsgericht wird zu beachten haben, daß nach der Senatsrechtsprechung die Umdeutung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufrist voraussetzt, daß ein Mitbestimmungsverfahren nach den für ordentliche Kündigungen geltenden Vorschriften durchgeführt worden ist (BAG 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10, 22), was hier offenbar nicht geschehen ist.

24

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.