

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: KSchG § 11, § 3, § 6; BGB § 193; ZPO § 222; GewO § 123
Abs. 1 Nr. 2, § 124a; StGB § 242, § 248a, § 248b, § 370
Nr. 5; ArbGG § 73; BGB § 242, § 626; ZPO § 554.

Leitsätze:

- 1.) § 123 Abs. 1 GewO ist, vom Fall des § 124a GewO abgesehen, keiner Ausdehnung in der Richtung zugänglich, daß auch andere als die in ihm aufgezählten Gründe den Arbeitgeber zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigen.
- 2.) In § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO sind mit Diebstahl, Entwendung, Unterschlagung und Betrug strafrechtliche Tatbestände gemeint, die als solche vom Strafrecht geahndet werden. Der Begriff Entwendung erfaßt dabei die in §§ 248a und 370 Nr. 5 StGB privilegierten, als Notentwendung und Mundraub bezeichneten Diebstahlsfälle.

Kommt bei der mißbräuchlichen Benutzung eines Kraftfahrzeugs der Tatbestand des § 248b StGB infrage, liegt kein Diebstahl von Kraftstoff vor.

- 3.) Eine fristlose Entlassung wegen Diebstahls von Kraftstoff bei der mißbräuchlichen Benutzung eines Kraftfahrzeugs ist jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn sie wegen der Geringfügigkeit des Mehrverbrauchs im Hinblick auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegen Treu und Glauben verstößt.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt dann nicht vor, wenn der Arbeitgeber vorher seinen Kraftfahrern, um das Überhandnehmen von Schwarzfahrten zu unterbinden, jede private Benutzung seiner Fahrzeuge streng verboten und für den Fall der Zuwiderhandlung die fristlose Entlassung angedroht hat.

Aktenzeichen: 2 AZR 129/60

Urteil des BAG vom 9. März 1961

LAG Düsseldorf



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 129/60

6 Sa 602/59 Düsseldorf

Urteilsformel zugestellt
am 9. März 1961

gez. Hoffmann,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

84

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 2. März 1961 durch
den Senatspräsidenten Dr. Müller, die Bundesrichter
Schilgen und Dr. Meier-Scherling sowie die Bundesarbeits-
richter Dr. Siebrecht und Wörner für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden die
Urteile der 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts
Düsseldorf vom 20. Januar 1960 - 6 Sa 602/59 -
und des Arbeitsgerichts Essen vom 22. September
1959 - 1 Ca 1154/59 - insoweit aufgehoben, als
dem Feststellungsantrag des Klägers stattgegeben
und die Beklagte zur Zahlung von mehr als
153,68 DM verurteilt worden ist.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Im übrigen wird die Revision als unzulässig
verworfen.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt
der Kläger drei Viertel und die Beklagte
ein Viertel.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Der Kläger war seit Mitte September 1958 bei der Beklagten beschäftigt. Er war zunächst Autoschlosser und wurde nach etwa sechs Wochen Fahrer eines Fernlastzuges. Am 27. Oktober 1958 machte die Beklagte durch Aushang in ihrem Betrieb folgendes bekannt:

"An alle Kraftfahrer

Ein besonderer Fall gibt der Geschäftsleitung Anlaß, nochmals, und zwar letztmalig, darauf hinzuweisen, daß mit Firmenfahrzeugen keine Privatfahrten gemacht werden dürfen, es sei denn, daß der Betreffende die Erlaubnis der Geschäftsleitung oder von Herrn Sch erhalten hat.

Sollte ein Fahrer nochmals gegen diese Anordnung verstoßen, so hat er mit der fristlosen Entlassung zu rechnen."

Am 14. April 1959 sollte der Kläger zusammen mit dem Fahrer Ö mit einem Lastzug nach Süddeutschland fahren. Die Fahrt sollte morgens früh um 6.00 Uhr in E. vom Hof der Beklagten aus beginnen. Anstatt, wie es ihnen von der Beklagten vorgeschrieben worden war, von E über den Ruhrschnellweg bis zur Autobahnauffahrt K zu fahren, verabredete der Kläger mit Ö, daß dieser allein mit dem Lastzug in E abfahren und den Kläger in seiner Wohnung in G -H abholen sollte. Beide führ-



ten den Plan aus und fuhren infolgedessen nicht wie vorgeschrieben bei K , sondern mehr nördlich bei G auf die Autobahn. Der Umweg betrug nach Angabe der Beklagten mehr als 30 km, nach Angabe des Klägers nicht mehr als 20 km. Dem Gesellschafter der Beklagten, H sen., der am gleichen Vormittag auf der Autobahn nach Süddeutschland fuhr, fiel auf, daß er den Lastzug unterwegs nicht überholte. Er wartete sein Eintreffen in H ab und stellte den Kläger zur Rede. Der Kläger erklärte, er sei mit Ö den üblichen Weg durch das Ruhrgebiet gefahren. Die gleiche unwahre Angabe machte Ö am nächsten Tage.

Die Beklagte entließ den Kläger am 16. April 1959 fristlos. Auch Ö wurde fristlos entlassen, aber einige Zeit später wieder eingestellt.

Der Kläger hat am 8. Mai 1959 auf Feststellung geklagt, daß seine fristlose Entlassung unwirksam sei. Ferner verlangt er Zahlung von 403,41 DM nebst Zinsen, davon 249,73 DM als Lohn für die Zeit vom 16. April bis 30. April 1959, d.h. für die ordentliche Kündigungsfrist, und 153,68 DM als Entschädigung für acht Tage entgangenen Urlaub.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist hinsichtlich des Feststellungsantrags und des damit zusammenhängenden auf Lohnzahlung gerichteten Teils des Zahlungsantrags begründet. Sie führt zur Abweisung dieser Klageansprüche. Im übrigen, d.h. bezüglich der 153,68 DM Urlaubsentschädigung, ist die Revision unzulässig.



II. Mit Recht geht das angefochtene Urteil davon aus, daß der Kläger seine fristlose Entlassung innerhalb der durch § 11 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 3 Satz 1 KSchG vorgeschriebenen Frist mit der wegen § 6 KSchG erforderlichen Feststellungsklage angegriffen hat. Da der 7. Mai 1958 als letzter Tag dieser Frist auf einen am Sitz des Arbeitsgerichts (Arbeitsgericht E) geltenden gesetzlichen Feiertag (Himmelfahrt) fiel, war die Klage vom 8. Mai 1958 noch rechtzeitig (§ 193 BGB; vgl. § 222 Abs. 2 ZPO).

1. Der Kläger konnte als gewerblicher Arbeiter (Gehilfe) nur aus einem der in § 123 Abs. 1 GewO genannten Gründe fristlos entlassen werden. Denn diese Vorschrift zählt die Entlassungsgründe in kasuistischer Weise erschöpfend auf. Wenn auch alle diese Gründe, richtig gesehen, Erscheinungsformen des "wichtigen Grundes" sind (BAG in AP Nr. 1 zu § 124a GewO), so fehlt es doch für gewerbliche Arbeiter, sofern man von dem hier nicht vorliegenden Sonderfall des § 124a GewO absieht, an einer Generalklausel des Inhalts, wie sie in § 626 BGB maßgebend ist und in § 133b GewO für gewisse gehobene Angestellte sowie in § 70 HGB für Handlungsgehilfen vor der dort jeweils nur beispielhaften Aufzählung der einzelnen Gründe steht. Obwohl § 123 GewO aus einer Zeit mit anderen wirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Verhältnissen stammt, so ist er doch wegen seines eindeutigen Wortlauts keiner Ausdehnung in der Richtung zugänglich, daß auch andere als die aufgezählten Gründe den Arbeitgeber zur Entlassung berechtigen (BAG AP Nr. 3 zu § 123 GewO). Es ist zu beachten, daß die in § 123 Abs. 1 GewO aufgezählten Gründe als alleinige Gründe für eine arbeitgeberseitige außerordentliche Kündigung nur dann in Frage kommen, wenn eine längere als vierzehntägige Frist für die ordentliche Kündigung oder eine Minstdauer des Arbeitsverhältnisses von vier Wochen nicht vereinbart ist (§ 124a GewO; siehe auch Boldt-Steffens, GewO, Anm. I 1 zu § 123; Landmann-Rohmer, GewO, 11. Aufl., Anm. 2 c zu § 123).

2. Hiernach kommt für die Entlassung des Klägers in erster Linie § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO in Betracht. Danach



können Gehilfen ohne Aufkündigung entlassen werden, wenn sie sich eines Diebstahls, einer Entwendung, einer Unterschlagung, eines Betrugs oder eines liederlichen Lebenswandels schuldig machen. Dabei sind jedenfalls mit Diebstahl, Entwendung, Unterschlagung und Betrug strafrechtliche Tatbestände gemeint (Boldt-Steffens, GewO, Anm. II zu § 123; Rohlfing-Kiskalt, GewO, 2. Aufl., Anm. 4 zu § 123). Bei ihrer Fassung stellen diese Begriffe eindeutig darauf ab, daß der Gewerbegehilfe einen Sachverhalt gesetzt hat, der eben als Diebstahl, Unterschlagung oder Betrug vom Strafrecht geahndet wird. Aber auch Entwendung ist ein strafrechtlicher Begriff dieser Art, zumal er bei der Aufzählung in § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO seinen Platz zwischen zwei eindeutig strafrechtlichen Tatbeständen hat. Er faßt heute die in §§ 248a und 370 Nr. 5 StGB privilegierten, als Notentwendung und Mundraub bezeichneten Diebstahlsfälle zusammen (Boldt-Steffens, GewO, Anm. II zu § 123).

Das angefochtene Urteil sagt, es möge sein, daß der Umweg, den der Lastzug der Beklagten auf Verabredung des Klägers und seines Mitfahrers gemacht hat, wegen des dadurch verursachten Mehrverbrauchs an Kraftstoff objektiv ein Eigentumsdelikt sein könne. Das ist richtig, und zwar liegt Diebstahl vor. Allerdings wird nach der jetzt in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschenden Ansicht ein Schwarzfahrer nur nach dem besonderen Tatbestand des § 248b StGB bestraft und nicht auch wegen Diebstahls von Kraftstoff. Dieser Diebstahl gilt als durch die Sondervorschrift konsumiert (Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., § 31 II B 2, S. 240; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Anm. 8 zu § 248b StGB, beide mit Nachweisen). Der Sondertatbestand des § 248b trifft aber auf den Kläger nicht zu, weil er den Lastzug der Beklagten nicht gegen deren Willen in Gebrauch genommen, sondern nur bei einer von der Beklagten angeordneten Benutzung des Lastzugs unbefugt einen Umweg gemacht hat, ohne an dem ihm vorgeschriebenen Ziel der Fahrt etwas zu ändern. Da somit § 248b StGB nicht anwendbar ist,



wird der in dem Umweg liegende Diebstahl von Kraftstoff auch nicht konsumiert.

Zu Unrecht verneint das Landesarbeitsgericht hingegen ein auf rechtswidrige Zueignung des Kraftstoffes gerichtetes Unrechtsbewußtsein des Klägers. Es räumt zwar ein, daß der Kläger, da er den Umweg zunächst abgeleugnet habe, sich eines Unrechts bewußt gewesen sei, meint aber, dieses Unrechtsbewußtsein habe sich, da der Kläger ein in rechtlicher Betrachtungsweise nicht geübter Mann sei, nur auf den verbotenen Umweg, nicht aber auch auf den dadurch verursachten Mehrverbrauch an dem Kraftstoff der Beklagten bezogen. Damit verkennt das Landesarbeitsgericht die allgemeine Lebenserfahrung, daß jeder Kraftfahrer, auch wenn er rechtlich ganz unerfahren ist, weiß, daß durch einen Umweg mehr Kraftstoff verbraucht wird. Dieses Wissen und Wollen genügt für den zu § 242 StGB erforderlichen Vorsatz.

3. Hier entsteht aber die Frage, ob auch ein so geringfügiger Diebstahl wie der Verbrauch von wenigen Litern Treibstoff, der auf zwar nicht zu billigenden, aber doch jedenfalls milder zu beurteilenden Beweggründen des Klägers beruhte, nämlich auf dem Wunsch, eine für ihn lästige Fahrt zur Arbeitsstelle am frühen Morgen zu vermeiden, dennoch ein Grund zur sofortigen Entlassung sein kann. Eine fristlose Entlassung wegen eines ganz geringfügigen Diebstahls kann allerdings gegen den das gesamte Zivilrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen (so auch Landmann-Rohmer, GewO, 11. Aufl., Anm. 4 zu § 123) und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verletzen.

Von einem solchen Verstoß gegen Treu und Glauben kann aber hier nicht die Rede sein. Die Beklagte hat durch ihren Aushang vom 27. Oktober 1958 jegliche Benutzung ihrer Fahrzeuge für private Zwecke verboten und mit fristloser Entlassung bedroht. Auch wenn dies nicht in erster Linie wegen des Mehrverbrauchs an Kraftstoff und wegen der Abnutzung der Fahrzeuge, sondern um die Ordnung in ihrem Betrieb aufrecht zu erhalten geschehen sein mag, d.h. um den schwer kontrollierbaren Schwarzfahrten einen Riegel vorzuschieben,



so schließt es doch aus, die damit notwendig verbundene Entwendung von Kraftstoff, mag sie auch geringfügig gewesen sein, als Bagatelle zu behandeln. Anderenfalls würde man das Verbot der Beklagten entkräften, ihr Eigentum ohne ihre Erlaubnis zu privaten Zwecken ihrer Arbeitnehmer zu verwenden. Danach kommt es auf die Frage, ob der Aushang zum Inhalt des Arbeitsvertrages gemacht worden ist, ob also durch den Aushang neben den Entlassungsgründen des § 123 GewO Schwarzfahrten in zulässiger Weise als weiterer Entlassungsgrund vereinbart worden sind, nicht entscheidend an. Das wäre im übrigen zu verneinen, weil der Kläger den Aushang nur zur Kenntnis genommen, ihn aber nicht etwa durch seine Unterschrift oder auf andere Weise anerkannt hat. Auch die nur einseitige Erklärung der Beklagten verbietet jedenfalls eine sonst möglicherweise zulässige einschränkende Auslegung von § 123 Nr. 2 GewO. Selbst wenn man - in Weiterentwicklung des Gedankens, daß es sich in den Fällen des § 123 Abs. 1 GewO um Erscheinungsformen des wichtigen Grundes handelt, und anders als nach der ursprünglichen, die Notwendigkeit einer Interessenabwägung grundsätzlich verneinenden Ansicht (BAG 1, 237 [239]) - eine Interessenabwägung nach dem allgemeinen Begriff des wichtigen Grundes im Falle des § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO vornehmen wollte, so müßte die schwerwiegende Bedeutung des Verbotes der Beklagten für ihre Belange immer berücksichtigt werden, ebenso wie zu berücksichtigen wäre, daß mit sehr eindringlichen Hinweisen dieses Verbot den Arbeitnehmern der Beklagten und unter ihnen dem Kläger zur Kenntnis gebracht wurde. Der Kläger hat demgegenüber, außer daß er eine ihm lästige Fahrt vermied, nichts vorgetragen, was bei einer Interessenabwägung zu seinen Gunsten sprechen könnte.

4. Deshalb muß es dabei bleiben, daß die Beklagte den Kläger wegen des nicht im Interesse der Beklagten, sondern in seinem eigenen Interesse gemachten Umwegs fristlos entlassen durfte. Der gegenteiligen Ansicht der beiden Vorinstanzen, die den § 123 Nr. 2 GewO nicht richtig angewandt und die durch den Aushang geschaffene besondere Lage nicht berücksichtigt haben, kann nicht zugestimmt werden. Auf die



vom Landesarbeitsgericht verneinte Frage, ob die Beklagte die fristlose Entlassung des Klägers auch auf die Vorschrift des § 123 Nr. 3 GewO stützen kann, kommt es hiernach nicht mehr an.

III. Anders verhält es sich mit dem auf Zahlung von 153,68 DM Urlaubsentgelt gerichteten Teil des Klageanspruchs. Da nichts dafür vorgetragen ist, daß dieser Teil des Klageanspruchs irgendwie von der Berechtigung der fristlosen Entlassung abhängig war, handelt es sich um eine weitere selbständige Forderung des Klägers.

Nachdem die Beklagte auch insoweit zur Zahlung verurteilt worden ist und nachdem sie auch diese Verurteilung mit ihrem auf völlige Abweisung gerichteten Revisionsantrag angegriffen hat, hätte sie in ihrer Revisionsbegründung nach § 554 Abs. 3 Ziffer 2b ZPO auf diesen Teil des Klageanspruchs ebenfalls eingehen müssen. Weil dies nicht geschehen ist, muß die Revision insoweit wegen Fehlens einer Revisionsbegründung nach § 554a ZPO als unzulässig verworfen werden (BAG 2, 58 [59]; 6, 280 [284]).

gez. Dr. Müller

Schilgen

Dr. Meier-Scherling

Siebrecht

A. Wörner



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

