

Aktenzeichen: 2 AZR 581/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 29. November 1984

- 2 AZR 581/83 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 6. Mai 1982

Mainz

- 3 Ca 494/82 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 2. August 1983

Rheinland-Pfalz

- 3 Sa 519/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds

Gesetz:

BGB § 626; BetrVG 1972 §§ 103, 25 Abs. 1; ZPO §§ 286, 139

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 581/83

3 Sa 519/82 Rheinland-Pfalz

Verkündet am
29. November 1984

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Sickert und Dr. Kirchner für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz
vom 2. August 1983 - 3 Sa 519/82 - wird
zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Revisions-
verfahrens.

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

T a t b e s t a n d :

Der 1947 geborene Kläger war seit Februar 1980 im Betrieb der Beklagten als Disponent der Obst- und Gemüseabteilung beschäftigt. Er erhielt ein Gehalt von monatlich 2.275,-- DM brutto und hatte eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Monatsende. Seit der Wahl vom 6. August 1981 war er Betriebsratsmitglied. Am 9. März 1982 ist der Kläger aufgrund einer mit Schreiben der Beklagten vom 4. März 1982 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung entlassen worden.

Der Kläger hat vorgetragen, die Kündigung sei schon deswegen rechtsunwirksam, weil der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß der beabsichtigten Kündigung zugestimmt habe. Außerdem habe kein wichtiger Grund vorgelegen, denn er habe den ihm zur Last gelegten Diebstahl nicht begangen.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 4. März 1982 zum 9. März 1982 nicht beendet worden ist, sondern unverändert



fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie vorgetragen, der Kläger habe am 2. März 1982 morgens um 6.58 Uhr im leeren Verkaufsraum aus dem verschlossenen Zigarettenbehälter an der Kasse 1 eine Schachtel Zigaretten entwendet. Dabei sei er von dem Mitarbeiter B beobachtet worden. Am 4. März 1982 sei dem Kläger in einem Gespräch Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Im Hinblick auf die Zeugenaussage des Mitarbeiters B habe sie ihre Kündigungsabsicht aufrechterhalten. Nach Zustimmung des ordnungsmäßig unterrichteten Betriebsrats sei dann die Kündigung ausgesprochen worden. Nach einhelliger Meinung rechtfertige ein Diebstahl zum Nachteil des Arbeitgebers grundsätzlich immer die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Eine Ausnahme werde allein für sogenannte Bagatellfälle gemacht. Für die Beurteilung einer Verfehlung als Bagatellsache sei entscheidend, daß der Unrechtsgehalt des unter Heranziehung der Abwägungsmaßstäbe des § 626 BGB zu beurteilenden Verhaltens des Arbeitnehmers gering sei. Der vom Kläger verübte Diebstahl sei kein Bagatellfall. Die vom Kläger entwendete Packung Zigaretten sei kein Gegenstand von gänzlich unbedeutendem Wert. Der Kläger habe zudem nicht nur erhebliche kriminelle Energie aufgewandt, sondern müsse sich auch des Unrechts seiner Tat bewußt gewesen sein. Er habe nämlich den Diebstahl weder in seinem Arbeitsbereich noch auf dem Wege dorthin begangen, sondern sich allein zur Ausführung des Diebstahls zu dem an der Kasse aufgestellten Zigarettencontainer begeben und



den Diebstahl in der erschwerten Form der Entwendung aus einem verschlossenen Behältnis verübt. Drei Meter neben dem Container befinde sich ein großes Schild mit dem deutlichen Hinweis für die Kundschaft, daß jeder Ladendiebstahl angezeigt werde. Daß sie in der Praxis auch dementsprechend verfahren und ungeachtet des Werts des gestohlenen Gegenstands jeden Ladendiebstahl anzeige, sei dem Kläger bekannt gewesen. Aus dem nachgewiesenen Diebstahl ergebe sich in Verbindung mit weiteren Umständen der Verdacht, daß der Kläger nicht nur einmal, sondern ständig Zigaretten entwendet habe. Die in der vorangegangenen Zeit festgestellten Diebstähle seien auf die gleiche Weise, nämlich durch Verbiegen der Drahtstücke der Abdeckung bewirkt worden. Außerdem sei der Kläger dadurch aufgefallen, daß er jeden Morgen eine frische Zigarettenpackung gehabt habe. Seine Behauptung, er habe diese morgens vor Dienstantritt an einem bestimmten Kiosk gekauft, sei unwahr, weil der angegebene Kiosk zu dieser Zeit noch geschlossen sei. Es liege somit ein fortgesetzter Diebstahl vor, der als wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB ausreiche.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet.



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



A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Betriebsrat habe der beabsichtigten Kündigung zugestimmt. Das der Zustimmung vorausgegangene Anhörungsverfahren weise keine die Wirksamkeit der Zustimmungserklärung beeinträchtigenden Mängel auf. Aus der Aussage der Zeugin D (Vorsitzende des Betriebsrats) gehe hervor, daß ihr alle wesentlichen Einzelheiten des Kündigungssachverhalts mitgeteilt worden seien. Der Vertreter der Beklagten habe ihr Kenntnis vom Gegenstand des behaupteten Diebstahls, vom Begehungsort, von der Ausführungsmodalität und von der Art der Feststellung gegeben. Lediglich der genaue Zeitpunkt der Entwendung sei nicht angegeben worden. Dies sei aber unschädlich, weil den Umständen der in Anwesenheit der Betriebsratsvorsitzenden erfolgten Anhörung des Klägers zu entnehmen gewesen sei, daß der zur Debatte stehende Vorfall nur kurze Zeit und auf keinen Fall länger als die in § 626 Abs. 2 BGB genannte Ausschlußfrist zurückgelegen habe. Ebenso unschädlich sei es, daß der Betriebsratsvorsitzenden die eidesstattliche Erklärung des Zeugen B nicht vorgelegen habe. Sie hätte die Vorlage verlangen können, habe dies aber nicht getan. Ebensowenig habe sie bei der Abgabe der Zustimmungserklärung irgendeinen Vorbehalt gemacht. Auch aus dem internen Willensbildungsprozeß des Betriebsrats könnten keine Unwirksamkeitsgründe hergeleitet werden. Grundsätzlich sei davon auszugehen, daß die von dem allein vertretungsberechtigten Betriebsratsvorsitzenden namens des Betriebsrats abgegebenen Erklärungen auf ordnungsmäßig zustande gekommenen Betriebsratsbeschlüssen beruhten. Etwaige Mängel in der Willensbildungssphäre des Betriebsrats seien allein diesem und nicht dem Arbeitgeber zuzurechnen, so lange letzterer nicht positiv wisse oder den Um-



ständen entnehmen müsse, daß kein ordnungsmäßiger Betriebsratsbeschuß vorgelegen habe. Für das Fehlen eines korrekten Betriebsratsbeschlusses hätten im vorliegenden Falle aber keine Anhaltspunkte vorgelegen. Nach Mitteilung des Kündigungssachverhalts und Übergabe des Kündigungsentwurfs habe der Betriebsrat in Abwesenheit des Arbeitgebers beraten. Der Kläger sei als Betroffener nicht teilnahmeberechtigt. Ob und auf welche Weise für ihn und anstelle des zurückgetretenen Betriebsratsmitglieds G ein Ersatzmitglied (sofern vorhanden) herangezogen wurde, sei für den Arbeitgeber nicht ohne weiteres erkennbar gewesen. Selbst wenn es insoweit bei der Beschlußfassung des Betriebsrats zu einem Verfahrensfehler gekommen sein sollte, läge dieser ausschließlich im Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats als Arbeitnehmerorgan, so daß die Ordnungsmäßigkeit der vom Arbeitgeber durchgeführten Unterrichtung nicht in Zweifel gezogen werden könne und die Zustimmung mit der Entgegennahme der Zustimmungserklärung als erteilt angesehen werden müsse.

Die außerordentliche Kündigung sei auch individualrechtlich wirksam. Ein Diebstahl des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber sei geeignet als wichtiger Grund im Sinne von § 626 BGB. Im vorliegenden Falle stehe aufgrund der Beweisaufnahme fest, daß der Kläger am 2. März 1982 eine Packung Zigaretten aus dem Zigarettencontainer an der Kasse 1 entwendet habe. Dieser Diebstahl habe es der Beklagten unzumutbar gemacht, mit dem Kläger auch nur bis zum Ende der Kündigungsfrist weiter zusammen zu arbeiten. Hierfür sei maßgebend, daß der Kläger nicht damit habe rechnen können, daß die Beklagte Entwendungen auch von Gegen-



ständen mit geringem Wert hinnehmen werde. Die eindeutigen Maßnahmen, die die Beklagte zur Abwendung von Kundendiebstählen getroffen habe und die dahingehenden eindringlichen Schilder hätten den Kläger nicht im Unklaren lassen können, daß ein Diebstahl negative Auswirkungen auf den Bestand seines Arbeitsverhältnisses haben müsse. Erschwerend komme vorliegend noch hinzu, daß die Zigaretten als besonders diebstahlsanfällige Ware mit einer speziellen mechanischen Sicherungsvorrichtung ausgestattet waren. Der Kläger habe diesen von der Beklagten errichteten Schutz in Kenntnis seiner Bedeutung durchbrochen. Es könne daher nicht gesagt werden, daß er sich unter Fehleinschätzung der Bewertungsmaßstäbe der Beklagten zu einer Entwendung habe verleiten lassen, die er normalerweise nicht begangen hätte. Das Verhalten des Klägers habe das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört, die Beklagte befürchte zu Recht, daß der Kläger auch zukünftig bei sich bietender Gelegenheit wieder gegen ihre Eigentumsinteressen verstoßen werde.

Unter diesen Umständen könne auch die Interessenabwägung nicht dazu führen, daß die Kündigung für unwirksam erklärt werde.

B. Der Senat folgt den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung.

I. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Kündigung sei nicht bereits wegen eines fehlerhaften Verfahrens bei der Beteiligung des Betriebsrats rechtsunwirksam.



1. Das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG ist eine gegenüber dem Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG weitergehende Form der Beteiligung des Betriebsrats bei einer Kündigung. Demgemäß sind die für das Anhörungsverfahren geltenden Grundsätze bezüglich der Mitteilungspflichten des Arbeitgebers entsprechend auch auf das Zustimmungsverfahren anzuwenden (BAG 29, 270 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972). Der Arbeitgeber hat also dem Betriebsrat die Tatsachen mitzuteilen, auf die er seine Kündigungsabsicht stützen will. Dabei reicht die pauschale Angabe von Kündigungsgründen (z.B. "Diebstahl") nicht aus. Vielmehr muß der Arbeitgeber die die Kündigung begründenden Umstände so genau und umfassend darlegen, daß der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über seine Stellungnahme schlüssig zu werden (BAG 30, 386 = AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972, m.w.N. sowie KR-Etzel, 2. Aufl., § 102 BetrVG Rz 62 m.w.N. in Verb. mit KR-Etzel, 2. Aufl., § 103 BetrVG Rz 67).

a) Vorliegend wurde der Betriebsratsvorsitzenden zunächst mitgeteilt, der Kläger habe sich einer Verfehlung schuldig gemacht. Die Betriebsratsvorsitzende wurde dann zu einem Gespräch gebeten, in dem dem Kläger der Zigarettendiebstahl vorgehalten wurde und zwar in allen Einzelheiten, wie sich aus der Aussage der Betriebsratsvorsitzenden D als Zeugin ergibt. Ob der Zeugin auch der Zeitpunkt des von der Beklagten behaupteten Diebstahls mitgeteilt wurde, läßt sich ihrer Aussage nicht entnehmen. Sie hat sich an den genauen Zeitpunkt nicht mehr erinnern können.



Dies ist auch rechtlich irrelevant, weil die Beklagte der Betriebsratsvorsitzenden den Tathergang durch ihre Hinzuziehung zu dem Gespräch mit dem Kläger eingehend dargelegt hat.

b) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht auch nicht § 286 ZPO verletzt, weil es angenommen hat, aus der Anwesenheit der Betriebsratsvorsitzenden bei der Anhörung des Klägers zu dem Diebstahlsvorwurf habe die Betriebsratsvorsitzende entnehmen können, daß der Vorfall kurz vorher geschehen sein müsse, auf jeden Fall innerhalb der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Entgegen der Auffassung der Revision widerspricht diese Annahme nicht dem Satz 2 des Anhörungsschreibens, wonach bereits seit drei Monaten ein Verdacht gegen den Kläger bestand. Der Schluß des Landesarbeitsgerichts, die Betriebsratsvorsitzende habe erfahren, daß kurze Zeit vor der Anhörung des Betriebsrats der Diebstahl festgestellt wurde, ist vielmehr möglich und vorliegend sogar naheliegend, auch wenn ein Verdacht bereits drei Monate vorher bestand.

c) Die weitere Rüge der Revision, § 286 ZPO sei verletzt, weil das Landesarbeitsgericht sich nicht damit auseinandergesetzt habe, daß die Beklagte in dem Kündigungsschreiben (3. März 1982) einen anderen Zeitpunkt des Diebstahls genannt habe als in der eidesstattlichen Versicherung des Zeugen B ausgewiesen (2. März 1982), ist unbegründet.

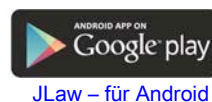
Nach § 286 ZPO hat das Gericht zwar unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer



etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind auch die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Vorliegend hat die Beklagte ein Versehen, die falsche Mitteilung des Diebstahlsdatums auf dem Kündigungsschreiben in der Klageerwiderung berichtigt. Der berichtigte Zeitpunkt, nämlich der 2. März 1982, stimmt mit der Aussage des Zeugen B überein. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb diese Korrektur und deren Übernahme durch das Berufungsgericht dagegen sprechen soll, daß die Betriebsratsvorsitzende wußte, daß der Diebstahl kurze Zeit vor ihrer Anhörung begangen sein soll.

Dementsprechend ist festzuhalten, daß das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler zu der Annahme gekommen ist, die Beklagte habe den Kündigungssachverhalt ausführlich genug der Betriebsratsvorsitzenden mitgeteilt.

2. Unzutreffend ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, selbst wenn dem Beschluß des Betriebsrats, der Kündigung zuzustimmen, Verfahrensfehler im Bereich des Betriebsrats zugrunde lägen, wären diese unbeachtlich, weil sie ausschließlich im Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats als Arbeitnehmerorgan lägen, so daß die Ordnungsmäßigkeit der vom Arbeitgeber durchgeführten Unterrichtung nicht in Zweifel gezogen werden könne. Der Senat hat im Urteil vom 23. August 1984 (- 2 AZR 391/83 - zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt) in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum



entschieden, die sachlichen Unterschiede zwischen dem Anhörungs- und dem Zustimmungsverfahren würden die Anwendung der zu § 102 BetrVG entwickelten Grundsätze der Sphärentheorie auf das Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG ausschließen. § 102 Abs. 1 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber nämlich lediglich, dem Betriebsrat Gelegenheit zur Stellungnahme zu einer beabsichtigten Kündigung zu geben. Gibt er eine derartige Stellungnahme nicht ab, obwohl der Arbeitgeber ihm die Kündigungsabsicht und -gründe mitgeteilt hat, gilt seine Zustimmung zur Kündigung nach Ablauf der in § 102 Abs. 2 BetrVG vorgeschriebenen Frist gemäß § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG als erteilt. Demgegenüber kommt der Zustimmung des Betriebsrats zum Kündigungsbegehren nach § 103 BetrVG konstitutive Bedeutung zu, da sie den Arbeitgeber erst zur Kündigung berechtigt. Schweigt der Betriebsrat oder verweigert er die Zustimmung, so muß der Arbeitgeber die Kündigung solange zurückstellen, bis er gegebenenfalls die Ersetzung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren erreicht hat. Erforderlich für die Wirksamkeit der Kündigung ist daher nach § 103 Abs. 1 BetrVG die Abgabe einer rechtlich verbindlichen Zustimmungserklärung des Betriebsrats, die wiederum ein wirksames Beschlußverfahren des Betriebsrats voraussetzt. Es wäre inkonsequent, würde man die Kündigung für unheilbar nichtig halten, die vor Rechtskraft des Beschlusses über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung ausgesprochen worden ist, dagegen die Kündigung als wirksam ansehen, die aufgrund eines nichtigen Betriebsratsbeschlusses erfolgt ist.

Schon die vom Senat aufgestellte Begründung der für den Re-



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



gelungsbereich des § 102 BetrVG entwickelten "Sphärentheorie" verbietet eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Zustimmungsverfahren des § 103 BetrVG. So hat der Senat in seiner Entscheidung vom 4. August 1975 (BAG 27, 209, 215) ausgeführt, der Arbeitnehmer habe dann, wenn der Betriebsrat auf die Mitteilung des Arbeitgebers schweige, kraft der gesetzlichen *F i k t i o n* der Zustimmung die Folgen des Verhaltens des Betriebsrats zu tragen, da der Arbeitgeber nach Fristablauf ohne Rücksicht auf das Beteiligungsrecht kündigen könne. Dieser Rechtsnachteil müsse den Arbeitnehmer erst recht in dem weniger schwerwiegenden Fall treffen, in dem der Betriebsrat tätig werde und sein Repräsentant dem Arbeitgeber eine abschließende Stellungnahme zu der beabsichtigten Kündigung übermittele, auch wenn diese in einem fehlerhaften Verfahren zustande gekommen sei. Es sei überflüssiger Formalismus, vom Arbeitgeber in einem solchen Fall noch den Ablauf der Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG zu verlangen, ehe er kündige.

Eine Zustimmungsfiktion zum Nachteil des Arbeitnehmers enthält § 103 BetrVG aber gerade nicht. Vielmehr ist die ausdrückliche Zustimmung, also ein Tätigwerden des Betriebsrats, gerade die Voraussetzung für die Kündigung durch den Arbeitgeber.

Zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse hat der Senat in der angegebenen Entscheidung vom 23. August 1984 aber - ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Schrifttum (vgl. Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 15 Rz 50 a; GK-Kraft, BetrVG, § 103 Rz 21; KR-Etzel, 2. Aufl., § 103 BetrVG Rz 107 f.; Stahlhacke, Kün-



digung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 786, alle m.w.N.) - einen Vertrauensschutz des Arbeitgebers angenommen. Hat der für die Außenvertretung des Betriebsrats zuständige Betriebsratsvorsitzende bzw. sein Stellvertreter dem Arbeitgeber nämlich mitgeteilt, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung sei erteilt, so kann der Arbeitgeber in der Regel davon ausgehen, daß dieser Beschluß auch wirksam zustande gekommen ist. Das setzt allerdings voraus, daß er nach den Umständen des Falles keinen Zweifel an einem ordnungsgemäßen Beschluß haben konnte. Wenn der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung hingegen weiß oder hätte wissen müssen, daß der Beschluß unwirksam ist, kann er sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Das trifft auch dann zu, wenn ihm die Tatsachen bekannt sind oder bekannt sein müssen, aus denen sich die Unwirksamkeit des Beschlusses ergibt.

a) Das Landesarbeitsgericht hat vorliegend zutreffend angenommen, der Arbeitgeber könne grundsätzlich davon ausgehen, die von dem alleinvertretungsberechtigten Betriebsratsvorsitzenden namens des Betriebsrats abgegebenen Erklärungen beruhten auf ordnungsgemäß zustande gekommenen Betriebsratsbeschlüssen. Etwaige Mängel in der Willensbildungssphäre des Betriebsrats müsse er sich nur zurechnen lassen, wenn er sie positiv kenne oder den Umständen nach annehmen müsse, daß ein ordnungsmäßiger Betriebsratsbeschluß nicht vorliege. Soweit folgt das Berufungsgericht dem angeführten Senatsurteil vom 23. August 1984.

b) Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, für das Fehlen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eines korrekten Betriebsratsbeschlusses hätten keine Anhaltspunkte vorgelegen. Nach Mitteilung des Kündigungssachverhalts und Übergabe des Kündigungsentwurfs habe der Betriebsrat in Abwesenheit des Arbeitgebers beraten. Der Kläger habe als Betroffener nicht teilnehmen dürfen. Ob und auf welche Weise für ihn und anstelle des zurückgetretenen Betriebsratsmitglieds G ein Ersatzmitglied herangezogen wurde, sei für den Arbeitgeber nicht ohne weiteres erkennbar gewesen.

c) Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision können keinen Erfolg haben. In der Tatsacheninstanz hat der Kläger nur vortragen lassen, der Betriebsratsvorsitzenden sei nicht der genaue Zeitpunkt des angeblichen Diebstahls bekannt gegeben worden. Dagegen hat er nicht behauptet, die Betriebsratsvorsitzende habe die Mitglieder des Betriebsrats nicht ordnungsgemäß zur Betriebsratssitzung geladen, sie habe auch eine Tagesordnung nicht mitgeteilt und dahingehend hat der Kläger auch nicht behauptet, es wären noch Ersatzmitglieder vorhanden gewesen, die hätten geladen werden müssen. Soweit der Kläger dies in der Revisionsbegründung nachholen läßt, kann dies vom Senat nicht berücksichtigt werden, weil ein neuer Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz grundsätzlich unbeachtlich ist. Abgesehen davon läßt auch dieser neue Tatsachenvortrag in der Revisionsbegründung offen, ob zum Zeitpunkt der Kündigung überhaupt Ersatzmitglieder des Betriebsrats vorhanden waren, die hätten geladen werden können.

d) Auch soweit der Kläger rügt, § 286 ZPO sei verletzt, weil



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

das Berufungsgericht wesentliche Teile der Aussage der Zeugin D nicht berücksichtigt habe, hat er keinen Erfolg, denn auch unter Berücksichtigung der Aussage der Zeugin D hat die Beklagte nicht davon ausgehen müssen, der Zustimmungsbeschuß des Betriebsrats sei nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. Die Zeugin D hat bekundet, sie sei von dem Chef, Herrn A, ins Büro gebeten worden. Dort habe dann Herr H berichtet, daß Herr L mit einem Bleistift die Zigarettenhülle aus dem Behälter bugsiert habe. Sie sei mit dem anderen Betriebsratsmitglied, Herrn W, dann im Büro zurückgelassen worden. Sie hätten sich beraten und sie habe später Herrn H mitgeteilt, als er das Schreiben zurückhaben wollte, sie hätten der Kündigung zugestimmt.

Aus dieser Aussage ergibt sich nur, daß der Kläger, der im Zustimmungsverfahren nach § 103 BetrVG rechtlich verhindert war, an der Beratung und Beschlußfassung des Betriebsrats über die Kündigung teilzunehmen, nicht bei der Beratung und bei dem Beschluß über die Zustimmung anwesend gewesen ist. Weiterhin ergibt sich aus der Aussage der Betriebsratsvorsitzenden D, daß auch keine Ersatzmitglieder bei der Beratung zugegen waren. Ob überhaupt Ersatzmitglieder vorhanden waren, die zu der Sitzung hätten geladen werden können, ergibt sich aus der Aussage nicht. Entsprechendes ist von dem Kläger auch nicht behauptet worden, und zwar auch nicht in der Revisionsbegründung. Wäre ein Ersatzmitglied vorhanden gewesen, hätte dieses für den rechtlich verhinderten Kläger und ein weiteres Mitglied für den zurückgetretenen Betriebsrat G geladen werden müssen (§ 25 Abs. 1 BetrVG).



Für den Fall, daß Ersatzmitglieder vorhanden gewesen sind, ist also der Betriebsratsbeschuß nicht ordnungsgemäß zustande gekommen mit der Folge, daß die Zustimmung nicht rechtswirksam erfolgt ist.

Die Beklagte hat aber zumindest auf ein ordnungsgemäßes Zustandekommen des Betriebsratsbeschlusses vertrauen dürfen. Aus der Aussage der Zeugin D ergibt sich nämlich, daß die Betriebsratsvorsitzende mit dem verbliebenen Betriebsratsmitglied W im Büro alleingelassen wurde und sie erst später die Erteilung der Zustimmung dem Vertreter der Beklagten mitteilte, als dieser das Kündigungsschreiben zurückhaben wollte. Der Kläger hat nicht dargelegt, daß der Zeitraum zwischen der Mitteilung der Kündigungsabsicht und der Gründe für die Kündigung sowie der Zustimmung des Betriebsrats so kurz gewesen ist, daß eine Ladung von Ersatzmitgliedern nicht möglich gewesen sei.

e) Die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe gegen § 139 ZPO verstoßen, da es die Zeugin D nicht danach gefragt habe, ob Ersatzmitglieder vorhanden und geladen worden seien, kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Revision nicht dargelegt hat, die Zeugin D hätte auf eine entsprechende Frage die Existenz von Ersatzmitgliedern bestätigt. Dies wäre aber die Voraussetzung für eine schlüssige Rüge nach § 139 ZPO gewesen (BAG Urteil vom 23. Februar 1962 - 1 AZR 49/61 - AP Nr. 8 zu § 322 ZPO).

Demgemäß ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht



zu dem Ergebnis gelangt, die Beklagte habe darauf vertrauen dürfen, daß der Betriebsrat der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers rechtswirksam zugestimmt habe.

II. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur außerordentlichen Kündigung, die nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegen, soweit es um die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes geht, halten der revisionsrechtlichen Überprüfung ebenfalls stand.

1. Das Landesarbeitsgericht ist nach einer umfassenden Beweisaufnahme und einer sehr sorgfältigen Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt, der Kläger habe am Morgen des 2. März 1982 mit einem dünnen Gegenstand eine Schachtel Zigaretten aus dem gesicherten Zigarettencontainer an der Kasse 1 entwendet.

Die Verfahrensrüge der Revision gegen diese Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist erfolglos. Der Kläger hat zwar die Behauptungen aufgestellt, es sei so gut wie unmöglich, auf die vom Zeugen B genannte Art Zigaretten aus dem Container herauszuangeln und vom Standort des Zeugen B (Spielwarenabteilung) sei eine solche Beobachtung gar nicht möglich. Es ist auch richtig, daß das Berufungsgericht die vom Kläger zum Beweis dieser Behauptungen beantragte Augenscheinsnahme nicht vorgenommen hat. Davon hat das Landesarbeitsgericht auch Abstand nehmen können, weil der Vortrag des Klägers zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr genügend substantiiert gewesen ist. Die Beklagte hat nämlich mit Schriftsatz vom 28. Dezember

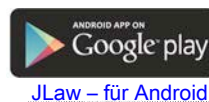


1982 vier Fotografien zum Standort des Zeugen B und des Zigarettenträgers zu den Akten gegeben. Nach diesen Fotos und den dazugehörigen Beschreibungen der Beklagten hat der Zeuge B von seinem Standort hinter der ersten Regalreihe der Spielwarenabteilung gut das Herausangeln einer Schachtel Zigaretten aus dem Container beobachten können. Diese Fotos sind dem Zeugen B bei seiner Vernehmung am 15. März 1983 vorgelegt worden. Mit ihrer Hilfe erläuterte er seinen Standort. Nach seiner Aussage hat er auf den Zigarettencontainer der Kasse 1 sehen können, weil er hinter einem Regal stand, das keine geschlossene Rückwand hatte. Außerdem hat die Beklagte ein Drahtgestell, das Zigaretten Diebstahl verhindern sollte, im Gerichtssaal aufgestellt und vom Zeugen B demonstrieren lassen, wie der Kläger die Zigaretten entwendet haben soll. Zu einer substantiierten Erwiderung des Klägers hätte unter diesen Umständen gehört, daß er entweder vorgetragen hätte, daß der Standort des Zeugen oder des Zigarettencontainers unrichtig angegeben sei, die Bilder einen unzutreffenden Eindruck der Einblicksmöglichkeiten vermittelten, der im Gerichtssaal aufgestellte Container sich von dem an der Kasse 1 in irgendeinem wesentlichen Punkt unterscheide oder aus welchem Grunde es unmöglich sei, die Drähte des Containers auseinanderzubiegen und eine weiche Zigarettenpackung herauszangeln. Nichts von alledem hat der Kläger getan, so daß unklar geworden ist, welche der detaillierten Behauptungen der Beklagten er zuletzt noch bestritten hat. Dementsprechend brauchte das Berufungsgericht mangels eines substantiierten Vortrags und Beweisthemas dem Antrag auf Augenscheinsnahme nicht nachzugehen. Im übrigen sind die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts von der



Revision nicht angegriffen worden, so daß das Revisionsgericht sie bei seiner Entscheidung nach § 561 Abs. 2 ZPO zugrunde zu legen hat. Danach steht fest, daß der Kläger am Morgen des 2. März 1982 eine Schachtel Zigaretten aus dem gesicherten Zigarettencontainer bei der Kasse 1 entwendet hat.

2. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß der Diebstahl auch geringwertiger Sachen gegenüber dem eigenen Arbeitgeber zu einer außerordentlichen Kündigung geeignet ist. Ebenso zutreffend hat es darauf hingewiesen, die Besonderheiten des Einzelfalles seien maßgebend dafür, ob im konkreten Falle die außerordentliche Kündigung wirksam sei. Nach ebenfalls zutreffender Auffassung des Berufungsgerichts ist ein wesentliches Kriterium für die Gewichtung, ob ein Diebstahl die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der Kündigungsfrist zumutbar erscheinen läßt, ob der Arbeitnehmer noch annehmen konnte, der Arbeitgeber werde "ein Auge zudrücken", wenn er davon erführe. Nach dem unstreitigen Tatbestand kann vorliegend hiervon keine Rede sein, weil die Beklagte durch Schilder an den Kassen die Kunden darauf hinwies, daß sie jeden noch so kleinen Diebstahl anzeigen werde. Daraus hat der Kläger entnehmen müssen, daß der von einem Arbeitnehmer begangene Diebstahl erst recht nicht hingenommen werde. Dazu besteht in Einzelhandelsgeschäften, insbesondere in Großmärkten, auch Anlaß, weil ein Arbeitgeber die frei herumstehenden Waren nur beschränkt sichern kann und auf der anderen Seite die Möglichkeit für jeden Arbeitnehmer besteht, Waren an sich zu nehmen. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch die kriminelle Energie des Klägers hervorgehoben.



3. Entgegen der Auffassung der Revision spricht die Tatsache, daß die Beklagte keinen Strafantrag gestellt hat und vom Kläger keinen Schadenersatz verlangt hat, nicht für die geringe Bedeutung, die sie dieser Vertragsverletzung beigemessen hat. Es gibt vielfältige Gründe für einen Arbeitgeber, von einem Strafantrag abzusehen, nicht zuletzt die Schonung des Arbeitnehmers, den der Arbeitgeber mit dem Verlust des Arbeitsplatzes bereits für genug bestraft halten kann. Die Revision macht hier keinen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts geltend, sondern ersetzt dessen Wertung in unzulässiger Weise durch ihre eigene.

4. Es ist für die Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen Diebstahls auch nicht erforderlich, daß der Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensstellung inne hat. Es reicht aus, wie auch das Berufungsgericht ausgeführt hat, daß dem Arbeitnehmer Waren anvertraut sind und der Arbeitgeber damit rechnen muß, daß der Arbeitnehmer auch in Zukunft bei sich bietender Gelegenheit unrechtmäßig Waren an sich nehmen wird.

5. Die sorgfältige Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. In ihr werden alle wesentlichen Gesichtspunkte für die Abwägung der Interessen des Klägers mit denen der Beklagten gewertet.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Sickert

Dr. Kirchner



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

