

Aktenzeichen: 2 AZR 633/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 20. September 1984
- 2 AZR 633/82 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 13. Januar 1982
Nürnberg - 11 Ca 576/81 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 1. Dezember 1982
Nürnberg - 3 Sa 26/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja



Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung wegen Diebstahls

Gesetz: BGB § 626, §§ 133, 140; BetrVG 1972 § 102

Leitsatz:

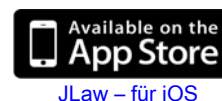
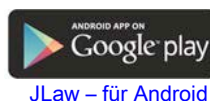
Auch ein Diebstahl, den der Arbeitnehmer außerhalb des Beschäftigungsbetriebes (hier: Versandhaus) und der Arbeitszeit in einem anderen, räumlich entfernten Betrieb des Arbeitgebers (hier: Warenhaus) begeht, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abzugeben. Steht die Tat nicht in innerem Zusammenhang mit der im Beschäftigungsbetrieb auszuübenden, vertraglich geschuldeten Tätigkeit, so ist dies nur für den Grad ihrer Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis von Bedeutung.

Hinweise des Senats:

Fristlose Kündigung einer in einem Versandhaus im Suchdienst beschäftigten Sachbearbeiterin wegen Warendiebstahls in einem vom Arbeitgeber betriebenen Warenhaus anlässlich eines Wareneinkaufs mit Personalrabatt nach Arbeitsschluß.



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



2 AZR 633/82

3 Sa 26/82 Nürnberg

Verkündet am
20. September 1984

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil In Sachen

pp.



-2-

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. September 1984 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Peppler und Wellhausen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 1. Dezember 1982 - 3 Sa 26/82 - aufgehoben, soweit es über die Wirksamkeit der Kündigung vom 21. August 1981 als ordentliche Kündigung entschieden hat. Insoweit wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
2. Im übrigen wird die Revision der Beklagten gegen das bezeichnete Urteil zurückgewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die am 19. Februar 1923 geborene Klägerin war seit dem 15. Mai 1959 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt mit einem



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Monatsverdienst von 1.850,-- DM brutto als Sachbearbeiterin des Suchdienstes im Versandhaus der Beklagten in Nürnberg, Fürther Straße. Sie war berechtigt, in den ebenfalls von der Beklagten betriebenen Warenhäusern gegen Vorlage eines sogenannten Einkaufsscheins mit einem Personalrabatt von 10 % einzukaufen.

Am 14. August 1981 begab sich die Klägerin auf dem Heimweg von der Arbeit in das von der Beklagten in Fürth, Fürther Freiheit, betriebene Warenhaus, um dort einzukaufen. Während sie an der Kasse anstand, nahm sie von den im Einkaufswagen befindlichen Waren drei Kiwi-Früchte heraus und steckte sie in ihre Einkaufstasche. An der Kasse bezahlte sie nur die im Einkaufswagen verbliebenen Waren. Nach Passieren der Kasse wurde die Klägerin von einem Hausdetektiv, der den Vorgang beobachtet hatte, zur Rede gestellt. Im Betriebsschutzbüro unterzeichnete die Klägerin ein Schuldanerkenntnis über eine sogenannte Fangprämie von 50,-- DM.

Mit Schreiben vom 19. August 1981 leitete die Beklagte die Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses ein. In dem hierfür verwendeten Formular "Antrag auf Entlassung" ist am Anfang des für Entlassungsanträge der Personalabteilung vorgesehenen Abschnitts folgender Text vorgedruckt:

"Wir beantragen die ordentliche/außerordentliche Kündigung zum ... und bitten um Stellungnahme innerhalb einer Woche/drei Tage bis zum ... Die Kündigungsfrist beträgt: ..."

Am Schluß dieses Abschnitts enthält das Formular folgenden



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

vorgedruckten Vermerk:

"Bei einem Antrag auf außerordentliche Kündigung bitten wir aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen auch um die Stellungnahme zu einer fristgemäßen Kündigung."

Die Beklagte bat durch Ankreuzen der betreffenden Textteile um Stellungnahme zu einer außerordentlichen Kündigung innerhalb von drei Tagen und trug als Termin für die Stellungnahme des Betriebsrats den 21. August 1981 sowie als Kündigungsfrist "täglich" ein. Zur Begründung ihres Antrags fügte sie eine Hausmitteilung ihres Betriebsschutzes vom 17. August 1981 über den Vorgang bei.

Der Betriebsrat nahm mit Schreiben vom 21. August 1981 zu dem Entlassungsantrag Stellung. Einleitend teilte er darin mit, daß er gegen die außerordentliche Kündigung der Klägerin gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG Bedenken erhebe. Am Ende der anschließenden längeren Begründung heißt es dann wörtlich:

"In Anbetracht des entstandenen Schadens ... sowie aufgrund des oben dargestellten Sachverhalts halten wir die beantragte außerordentliche Kündigung mit dem Verlust der erworbenen betrieblichen Altersversorgungsansprüche für eine Mitarbeiterin von 58 Jahren und 22-jährigen Betriebszugehörigkeit für sozial zu hart.

Wir bitten Sie deshalb, die Kündigung zurückzuziehen und gegebenenfalls eine andere Disziplinarmaßnahme auszusprechen."

Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom 21. August



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1981 das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos.

Mit der vorliegenden Klage wendet sich die Klägerin gegen diese Kündigung. Sie hat vorgetragen, sie habe damals befürchtet, ihr Geld werde zur Bezahlung der gesamten Ware nicht ausreichen. Sie habe sich wegen ihrer damaligen schlechten nervlichen Verfassung nicht in der Lage gesehen, sich nochmals in die Reihe der Wartenden anzustellen. Deshalb habe sie die drei Kiwi-Früchte im Wert von 2,97 DM ohne Bezahlung eingesteckt. Den von ihr anerkannten Betrag von 50,-- DM Fangprämie habe sie am 18. August 1981 bezahlt. Die Kündigung sei bereits wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates unwirksam. Abgesehen davon fehle dem Vorfall, der nur Bagatelldarakter habe, auch jeglicher Bezug zum Arbeitsverhältnis, da er sich nicht am Arbeitsplatz und außerhalb der Arbeitszeit zugetragen habe. Jedenfalls sei das Vertrauensverhältnis nicht so gestört, daß es der Beklagten unzumutbar wäre, sie weiterzubeschäftigen. Ein Verweis oder eine Verwarnung wäre die angemessene Reaktion auf ihr Fehlverhalten gewesen, zumal sie sich bislang während ihrer 22-jährigen Betriebszugehörigkeit nichts habe zuschulden kommen lassen. Die Kündigung sei daher als fristlose unwirksam und als ordentliche sozial ungerechtfertigt.

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten vom 21. August 1981 unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis der Klägerin bei der Beklagten über den 25. August 1981 hinaus fortbesteht.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und geltend gemacht, die nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats erfolgte fristlose Kündigung sei wirksam. Der Wert der entwendeten Früchte mit 2,97 DM sei zwar vergleichsweise gering. Gleichwohl habe die Klägerin durch ihr Verhalten die Vertrauensgrundlage für die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zerstört. Es könne dabei keine Rolle spielen, daß sie den Diebstahl in einem anderen Betrieb begangen habe. Entscheidend sei, daß es sich um einen Betrieb desselben Unternehmens handele, der organisatorisch und auch personell demselben Vorstandsgremium unterstehe. Die Verbindung zum Arbeitsverhältnis sei nicht dadurch unterbrochen, daß sie außerhalb der Arbeitszeit, und zwar unter Verwendung des Einkaufsscheines verbilligt, eingekauft habe. Hinzu komme, daß die Klägerin im sogenannten Suchdienst beschäftigt gewesen sei. An diese Mitarbeiter seien besondere Anforderungen an Zuverlässigkeit und Gewissenhaftigkeit zu stellen. Die Klägerin habe den Vorfall zunächst herunterspielen wollen und den Diebstahl erst nach Überführung zugegeben. Auch die sonstigen Umstände ließen auf eine nicht unerhebliche Intensität bei der Begehung der Tat schließen. Deshalb habe es trotz des Alters und der langen Betriebszugehörigkeit der Klägerin nicht mit einem Verweis oder einer Verwarnung sein Bewenden haben können. Es werde bestritten, daß sich die Klägerin zur Tatzeit in einer schlechten nervlichen Verfassung befunden habe. Es wäre ihr zudem ohne weiteres möglich gewesen, die Früchte an der Kasse zurückzugeben, falls ihr Geld tatsächlich nicht zur Bezahlung ausgereicht hätte. Ihre Position in der Käuferschlange hätte sie nicht aufgeben müssen.



Sollte die Kündigung nicht als fristlose unwirksam sein, so sei sie jedenfalls in eine ordentliche umzudeuten und als solche sozial gerechtfertigt.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

Ohne Erfolg beanstandet die Revision die Entscheidung des Berufungsgerichts, die Kündigung der Beklagten sei als außerordentliche unwirksam. Soweit die Kündigung auch als ordentliche für unwirksam angesehen worden ist, ist die Revision jedoch begründet und führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat die außerordentliche Kündigung im Ergebnis zu Recht wegen Fehlers eines wichtigen Grundes für rechtsunwirksam erachtet.

1. Das Berufungsgericht hat sich zur Begründung dieser Ansicht zunächst die Entscheidungsgründe des arbeitsgerichtlichen Urteils zu eigen gemacht. Das Arbeitsgericht hat ausgeführt, der von der Klägerin begangene Diebstahl komme zwar trotz des geringen Wertes der entwendeten Ware an sich als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht. Die Straftat vermöge jedoch



die Kündigung als außerordentliche deshalb nicht zu rechtfertigen, weil die Klägerin die Tat zwar zu Lasten ihrer Arbeitgeberin, aber nicht in ihrem Beschäftigungsbetrieb begangen habe. Das Delikt müsse so gewertet werden, wie wenn es sich gegen einen beliebigen Dritten gerichtet hätte. In einem solchen Falle sei eine außerordentliche Kündigung nur berechtigt, wenn sich die Tat auf das Arbeitsverhältnis auswirke. Eigentumsdelikte gegen den Arbeitgeber berechtigten in der Regel deshalb zur fristlosen Kündigung, weil der Arbeitnehmer gerade aufgrund des Arbeitsverhältnisses Zugang zu dem Vermögen des Arbeitgebers erhalte. Der Arbeitgeber müsse darauf vertrauen können, daß der Arbeitnehmer die ihm dadurch gegebene Möglichkeit, im weitesten Sinne über dieses Vermögen zu verfügen, nicht mißbrauche. Hier fehle jedoch der Bezug zwischen Arbeitsverhältnis und Zugang zum Vermögen des Arbeitgebers. Der Arbeitsplatz der Klägerin und der Tatort seien räumlich weit voneinander entfernt; Versandhaus und Warenhaus der Beklagten stellten sich für den unbefangenen Betrachter als zwei selbständige Betriebe dar. Da die Klägerin im Versandhaus als Sachbearbeiterin im Suchdienst tätig sei, sei die erstmalige Entwendung von Kiwi-Früchten ohne Bedeutung für die von ihr konkret ausgeübte Tätigkeit und habe somit auch keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis. Jedenfalls seien solche von der Beklagten nicht dargetan.

Darüber hinaus komme die außerordentliche Kündigung nur als letztes Mittel in Betracht und sei deshalb nur zulässig, wenn sie sich als unumgänglich erweise. Das sei vorliegend nicht der Fall. Insbesondere im Hinblick auf die lange und bisher auch ohne Zwi-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

schenfälle verlaufene Betriebszugehörigkeit der Klägerin, ihr Alter und die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten, eine neue Arbeitsstelle zu finden, sei die fristlose Kündigung als Sanktion auf die erstmalige, wenn auch nicht leicht zu nehmende Verfehlung der Klägerin eine unverhältnismäßige Maßnahme; eine Verwarnung hätte genügt.

Das Berufungsgericht hat ergänzend hierzu im wesentlichen ausgeführt, nach der von der Beklagten vorgelegten Arbeitsplatzbeschreibung sei es Aufgabe der Klägerin gewesen, Differenzen zwischen Originalkundenaufträgen und den Terminal-Rechnungstreifen zu klären. Sie habe somit keine einem Kassierer oder Lagerverwalter ähnliche Vertrauensstellung bekleidet, die absolute Ehrlichkeit erfordere. Die ihr eingeräumte Berechtigung zu verbilligtem Einkauf habe sie nicht von normalen Kaufhauskunden unterschieden. Außerhalb ihres Arbeitsplatzes im Versandgebäude habe sie gar keine Möglichkeit gehabt, Waren der Beklagten an sich zu bringen. Es gebe auch keinen Erfahrungssatz, daß derjenige, der einmal gestohlen hat, ungenau arbeite und deshalb auf einem gewissenhafte und zuverlässige Arbeitsweise erfordernden Arbeitsplatz untragbar sei. Nur wenn die Klägerin an den im Versandhaus oder Warenhaus befindlichen Sachen Gewahrsam oder Mitgewahrsam gehabt hätte, müßten an ihre Ehrlichkeit höhere Anforderungen gestellt werden. Im Hinblick auf den fehlenden inneren Zusammenhang zwischen dem Diebstahl und der Tätigkeit der Klägerin am Arbeitsplatz sowie die übrigen vom Arbeitsgericht gewürdigten Umstände sei der Beklagten somit eine Weiterbeschäftigung der Klägerin bis zum 31. März 1982, dem nächsten zuläs-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sigen Kündigungstermin, zuzumuten gewesen.

2. Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Berufungsgericht kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt darauf hin überprüft werden, ob der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund abzugeben und ob alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei berücksichtigt worden sind (BAG Urteil vom 26. August 1976 - 2 AZR 377/75 - AP Nr. 68 zu § 626 BGB). Bei Anwendung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes hält das angefochtene Urteil der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

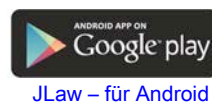
3. Auch die rechtswidrige und schuldhafte Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache von geringem Wert durch den Arbeitnehmer ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB abzugeben. Ob ein solches Verhalten ausreicht, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, hängt von der unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles vorzunehmenden Interessenabwägung ab (Senatsurteile vom 24. März 1958 - 2 AZR 587/55 - AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung sowie vom 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/83 - zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen). Hiervon sind im vorliegenden Fall auch die Vorinstanzen zutreffend ausgegangen.

4.a) Nach § 626 Abs. 1 BGB geht es bei der Nachprüfung des



wichtigen Grundes um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers. Deshalb ist ein Umstand nur dann geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn er sich konkret auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Gleiches gilt auch für die Gründe, die nach § 1 Abs. 2 KSchG eine ordentliche Kündigung sozial rechtfertigen; sie erfordern lediglich graduell weniger schwerwiegende Auswirkungen als die wichtigen Gründe. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muß durch objektive Umstände, die Einstellung oder das Verhalten des Gekündigten im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit, im Vertrauensbereich der Vertragsparteien oder im Unternehmensbereich beeinträchtigt sein (vgl. Herschel, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 157, 170 f., derselbe Anm. AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 89; Weller, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1982, Bd. 20, S. 77, 80, 81; für die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund: Senatsurteil vom 6. Februar 1969 - 2 AZR 241/68 - AP Nr. 58 zu § 626 BGB).

b) Von diesem Grundsatz sind auch die Vorinstanzen ausgegangen. Sie haben ihn jedoch inhaltlich zu sehr eingeschränkt, soweit sie angenommen haben, das zum Nachteil der Beklagten begangene Vermögensdelikt habe deshalb keine Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis, weil es in einem vom Beschäftigungsbetrieb getrennten Betrieb begangen worden und ohne Bedeutung für die von der Klägerin konkret ausgeübte Tätigkeit gewesen sei. Unrichtig ist bereits die dieser Würdigung zugrunde liegende Annahme, die Aus-



wirkung einer Straftat des Arbeitnehmers auf das Arbeitsverhältnis bedürfe auch dann noch einer besonderen Begründung, wenn sie gegen das Eigentum oder Vermögen des Arbeitgebers gerichtet war. Der Arbeitnehmer ist aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht gehalten, vom Betrieb und damit auch vom Arbeitgeber als Inhaber des Betriebes Schaden abzuwenden, soweit dies möglich und zumutbar ist (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 53 II 3, S. 253). In diesem Rahmen besteht für ihn in jedem Falle die Verpflichtung, auch außerhalb des Beschäftigungsbetriebes zumindest das zum Unternehmen des Arbeitgebers gehörende und damit jedenfalls mittelbar auch der Aufrechterhaltung des Beschäftigungsbetriebes dienende Vermögen des Arbeitgebers nicht vorsätzlich zu schädigen. Im vorliegenden Fall wird zudem, entgegen der Annahme des Berufungsgerichts, durch den der Klägerin eingeräumten Personalrabatt für Einkäufe in den Warenhäusern der Beklagten noch zusätzlich eine unmittelbar auf dem Arbeitsvertrag beruhende Beziehung der Klägerin auch zu dem weiteren Betrieb der Arbeitgeberin hergestellt. Der Personalrabatt stellt eine zusätzliche vermögenswerte Leistung des Arbeitgebers dar, die den Arbeitnehmer veranlaßt, bevorzugt gerade diese Handelsbetriebe des Arbeitgebers aufzusuchen. Insoweit steht der Arbeitnehmer nicht einem sonstigen Kunden gleich, dem der Arbeitgeber als Anbieter im freien Wettbewerb mit seinen Konkurrenten gegenübersteht. Auch wenn der Arbeitnehmer außerhalb seines Beschäftigungsbetriebes und seiner Arbeitszeit in einem Einzelhandelsbetrieb seines Arbeitgebers bei einem Personaleinkauf Waren entwendet, ist deswegen eine solche Straftat geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu be-



einträchtigen, das nicht auf die Beziehungen im Beschäftigungsbetrieb beschränkt ist. Es hängt allerdings von der unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles vorzunehmenden Interessenabwägung ab, ob durch die Straftat das Vertrauensverhältnis in solchem Umfang gestört ist, daß dem Arbeitgeber selbst die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann.

c)aa) Wie die weiteren Ausführungen in den vorinstanzlichen Urteilen ergeben, haben beide Vorinstanzen in der Sache den von ihnen zunächst aufgestellten Grundsatz, in Fällen der vorliegenden Art habe eine Straftat des Arbeitnehmers keine Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis, im übrigen nicht konsequent angewendet. Fehlt es an Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis, so ist das Verhalten des Arbeitnehmers schon nicht geeignet, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben, so daß es einer Interessenabwägung nicht mehr bedarf. Beide Vorinstanzen haben jedoch auf weitere Umstände des Falles abgestellt und erst im Rahmen einer Interessenabwägung die Wirksamkeit der Kündigung als außerordentliche verneint. Dies kommt insbesondere in dem Urteil des Berufungsgerichts zum Ausdruck, in dem zu Beginn der Entscheidungsgründe (unter Ziff. 1) ausgeführt ist, das Arbeitsverhältnis sei durch die Straftat der Klägerin nicht "wesentlich" belastet worden. Diese bei richtiger Würdigung für die Entscheidung tragenden Erwägungen sind zutreffend, so daß das angefochtene Berufungsurteil im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden ist.



bb) Wie der erkennende Senat in dem Urteil vom 17. Mai 1984 (- 2 AZR 3/83 - unter II 1 b der Gründe) ausgeführt hat, kann der Umfang des dem Arbeitgeber durch ein Vermögensdelikt zugefügten Schadens insbesondere auch nach der Stellung des Arbeitnehmers ein unterschiedliches Gewicht für die Beurteilung der Schwere der Pflichtverletzung haben. So ist etwa die Entwendung einer Zigarette aus einer Besucherschatulle des Arbeitgebers anders zu beurteilen als die Entwendung einer gleichwertigen Ware, die dem Arbeitnehmer - z.B. als Verkäufer oder Lagerist - gerade auch zur Obhut anvertraut ist. Es ist eben für die Gesamtwürdigung ein wesentliches Kriterium, ob der Arbeitnehmer das Vermögensdelikt bei einer sich außerhalb seines konkreten Aufgabenbereichs ergebenden Gelegenheit begeht oder hierdurch eine sich gerade aus seinem Arbeitsvertrag unmittelbar ergebende Obhutspflicht verletzt. Diese für die Beurteilung der Schwere der Pflichtverletzung erheblichen Gesichtspunkte sind ersichtlich in der Sache für beide Vorinstanzen, insbesondere für das Berufungsgericht maßgebend gewesen. Das Berufungsgericht ist somit tragend von dem zutreffenden Gesichtspunkt ausgegangen, die Klägerin habe die Straftat bei Gelegenheit und nicht in Erfüllung der vertraglichen Haupt- (Obhuts-) Pflichten begangen. Es hat ferner zu Recht angenommen, sie habe nach der Arbeitsplatzbeschreibung keine einem Kassierer oder nur einem Verkäufer vergleichbare Vertrauensstellung bekleidet, die selbst bei einem außerdienstlich gegenüber einem Dritten begangenen Vermögensdelikt berechnigte Zweifel an der Eignung für die vertraglich geschuldete Tätigkeit begründen könnten (vgl. dazu KR-Hillebrecht, aaO, Rz 91 m.w.N.). Ohne Erfolg rügt die Revision in diesem Zusammenhang, das Berufungsge-



richt habe ihr Vorbringen in der Berufungsbegründung unberücksichtigt gelassen, auch im Versandgebäude erlaubten die räumlichen Verhältnisse den im Suchdienst und in der Verwaltung eingesetzten Arbeitnehmern den Zugriff zu frei herumliegenden Waren. Das Berufungsgericht hat für seine Würdigung der Schwere der Straftat rechtsfehlerfrei wesentlich auf das Fehlen einer Obhutspflicht der Klägerin abgestellt. Die Beklagte hat aber nicht vorgetragen, daß der Klägerin im Versandgebäude befindliche Waren zur Verwaltung anvertraut oder wie in einem Warenhaus ihrem Zugriff ausgesetzt waren.

cc) Das Berufungsgericht hat damit die für die Beurteilung der Schwere der Pflichtverletzung der Klägerin maßgebenden Umstände gesehen und auch seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Wenn es im Rahmen der weiter vorzunehmenden Interessenabwägung zu dem Ergebnis gelangt ist, der Beklagten sei im Hinblick auf Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und bisher tadelfreie Führung der Klägerin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten, so hält sich diese Wertung im Rahmen des Beurteilungsspielraums der Tatsacheninstanz. Sie ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

II. Soweit das Berufungsgericht die Umdeutung der als fristlose unwirksamen Kündigung in eine sozial gerechtfertigte ordentliche Kündigung bereits an einer fehlerhaften Betriebsratsanhörung hat scheitern lassen, kann sein Urteil keinen Bestand haben. Die Beklagte hat den Betriebsrat vielmehr auch zu einer ordentlichen



Kündigung ordnungsgemäß angehört. Dies kann der Senat aufgrund des festgestellten Sachverhalts abschließend feststellen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Der Rechtsstreit muß insoweit jedoch zurückverwiesen werden, weil das Berufungsgericht noch über die Zulässigkeit der Umdeutung nach § 140 BGB und gegebenenfalls über die soziale Rechtfertigung der Kündigung als ordentliche befinden muß.

1. Richtig ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Eine unwirksame außerordentliche Kündigung kann nur dann in eine wirksame ordentliche umgedeutet werden, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat bei der Anhörung deutlich darauf hingewiesen hat, daß die beabsichtigte außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentliche gelten soll. Lediglich dann, wenn der Betriebsrat ausdrücklich und vorbehaltlos der außerordentlichen Kündigung zugestimmt hat und einer ordentlichen Kündigung erkennbar nicht entgegengetreten wäre, reicht die wirksame Anhörung zur außerordentlichen Kündigung auch zur ordentlichen Kündigung aus (BAG 30, 176 = AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972, zu B II der Gründe). Hinsichtlich der Anhörung zur ordentlichen Kündigung muß der Arbeitgeber grundsätzlich die hierfür geltende Äußerungsfrist von einer Woche (§ 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG) einhalten, wenn die unwirksame außerordentliche Kündigung als umgedeutete ordentliche wirksam sein soll (vgl. KR-Etzel, 2. Aufl., § 102 BetrVG Rz 182 m.w.N.). Nach allgemeinen Grundsätzen braucht der Arbeitgeber den Ablauf der Äußerungsfrist jedoch dann nicht abzuwarten, wenn das Anhörungsverfahren vorher beendet worden ist. Das ist der Fall, wenn der Betriebsrat eine Erklärung abgegeben hat, aus



der sich ergibt, daß er eine weitere Erörterung des Falles nicht wünscht und keine weitere Erklärung mehr abgeben will, es sich also um eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats handelt (BAG 28, 81 = AP Nr. 8 zu § 102 BetrVG 1972). Hat der Betriebsrat somit innerhalb der für die außerordentliche Kündigung geltenden Drei-Tage-Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG eine solche abschließende Stellungnahme auch zu einer vorsorglich erwogenen ordentlichen Kündigung abgegeben und der Arbeitgeber nach Ablauf dieser Frist die außerordentliche Kündigung erklärt, so ist die Anhörung auch zu der umgedeuteten ordentlichen Kündigung ordnungsgemäß.

2. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß die Anhörung des Betriebsrats zu der Kündigung der Beklagten auch als (umgedeutete) ordentliche betriebsverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, die Beklagte habe den Betriebsrat in ihrem Anschreiben vom 19. August 1981 auch zur Stellungnahme zu einer eventuellen ordentlichen Kündigung aufgefordert. Der in dem Formular vordruckte Vermerk am Ende des für Entlassungsanträge der Personalabteilung vorgesehenen Abschnitts enthält die eindeutige Aufforderung, den Entlassungsantrag auch unter dem Gesichtspunkt einer fristgemäßen Kündigung zu prüfen. Der Vermerk ist deutlich sichtbar angebracht. Unklarheiten konnten für den Betriebsrat auch nicht deshalb entstehen, weil er um Stellungnahme innerhalb der für die außerordentliche Kündigung geltenden Frist von drei Tagen gebeten



wurde. Es ging in erster Linie um eine solche Kündigung und blieb dem Betriebsrat überlassen, zur ordentlichen Kündigung eine gesonderte Äußerung unter Ausschöpfung der Wochenfrist abzugeben.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts enthält das Schreiben des Betriebsrats vom 21. August 1981 auch eine abschließende Stellungnahme zu einer eventuellen ordentlichen Kündigung.

aa) Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, aus dem letzten Absatz dieses Schreibens könne eine solche Stellungnahme nicht herausgelesen werden; dies wäre nur möglich, wenn der Betriebsrat empfohlen hätte, von der außerordentlichen Kündigung abzusehen und lediglich eine ordentliche auszusprechen. Die bloße Empfehlung, eine andere Disziplinarmaßnahme auszusprechen, könne nicht in diesem Sinne ausgelegt werden, zumal der Betriebsrat gegen die außerordentliche Kündigung Bedenken erhoben und nur hierzu eine Begründung gegeben hat.

bb) Diese Auslegung der Stellungnahme des Betriebsrats ist für das Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbar, da es sich um eine atypische Willenserklärung handelt. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln, Erfahrungssätze oder Denkgesetze verletzt oder wesentliche Umstände unbeachtet gelassen hat (vgl. BAG Urteil vom 27. Juni 1963 - 5 AZR 383/62 - AP Nr. 5 zu § 276 Verschulden bei Vertragsabschluß; BAG 27, 218, 227). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil jedoch nicht stand.



cc) Die Stellungnahme des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 2 Sätze 1 und 3 BetrVG ist dem Arbeitgeber gegenüber abzugeben und damit eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Für die Auslegung ist deshalb vom Wortlaut des Schreibens auszugehen, so wie er von der Beklagten als der Erklärungsempfängerin unter Würdigung der ihr bekannten Umstände nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte aufgefaßt werden mußte (vgl. - für die Kündigungserklärung - BAG Urteil vom 19. Januar 1956 - 2 AZR 80/54 - AP Nr. 1 zu § 620 BGB Kündigungserklärung, zu 2 der Gründe). Diese Auslegungsgrundsätze hat das Berufungsgericht nicht richtig angewendet, weil es wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen hat.

Zwar erklärt der Betriebsrat einleitend in seiner Stellungnahme, daß er gegen "die außerordentliche Kündigung" Bedenken erhebe, legt anschließend seine Gründe hierfür dar und bringt im vorletzten Absatz zusammenfassend seine Ansicht zum Ausdruck, daß er "die beantragte außerordentliche Kündigung" für sozial zu hart halte. Im letzten Absatz empfiehlt er aber nicht lediglich, wie das Berufungsgericht ausführt, eine andere Disziplinarmaßnahme auszusprechen, sondern bittet zuvor "die Kündigung zurückzuziehen". Dieser vom Berufungsgericht nicht berücksichtigte Teil seines abschließenden Vorschlags verändert den objektiven Erklärungswert der gesamten Stellungnahme, d.h. den Erklärungsinhalt, wie ihn die Beklagte unter Berücksichtigung der ihr bekannten Umstände nach Treu und Glauben auffassen mußte, entscheidend. Der Betriebsrat verwendet im Gegensatz zu seinen bisherigen Ausführungen im letzten Absatz nur noch den Begriff "der



Kündigung" für die beabsichtigte Maßnahme, von der die Beklagte Abstand nehmen soll, und bezeichnet die Sanktion, die er der Beklagten anheimstellt, als Disziplinarmaßnahme. Unter "Disziplinarmaßnahme" wird nicht immer auch eine Kündigung verstanden (vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 14. Aufl., § 87 Rz 36). Der Betriebsrat war zudem, wie ausgeführt, ausdrücklich auch um Stellungnahme zu einer ordentlichen Kündigung gebeten worden. Deswegen spricht der Gesamtzusammenhang des der Beklagten gemachten Vorschlags dafür, daß der Betriebsrat sich gegen jegliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses wenden und nur eine "mildere Sanktion", etwa einen Verweis oder eine Verwarnung, befürworten wollte. Jedenfalls durfte die Beklagte nach Treu und Glauben seine Erklärung in diesem Sinne auffassen. Damit erhält aber das gesamte Schreiben den Charakter einer - abschließenden (ablehnenden) - Stellungnahme auch zur Frage einer ordentlichen Kündigung.

Da die Auslegung der Stellungnahme durch das Berufungsgericht somit unzureichend und ihr objektiver Erklärungswert aufgrund des verwertbaren Sachverhalts zu ermitteln ist, war der Senat berechtigt und befähigt, sie selbständig auszulegen.

c) Damit ist das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Die das Verfahren abschließende Stellungnahme des Betriebsrats ist der Beklagten am 21. August 1981 zugegangen. Dies steht für das Revisionsgericht aufgrund des vom Landesarbeitsgericht in



Bezug genommenen Tatbestandes des Urteils des Arbeitsgerichts bindend fest (§ 561 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, das Kündigungsschreiben sei der Klägerin am 25. August 1981 zugegangen. Auch an diese von keiner der Parteien gerügte Feststellung ist der Senat gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO). Es ist deshalb nichts dafür ersichtlich, daß die Beklagte das Kündigungsschreiben vor Zugang der Stellungnahme abgesandt hat. Ob sie zuvor ihren Kündigungswillen bereits abschließend gebildet hatte, ist, entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts, unerheblich (BAG 31, 83 = AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972, zu III 5 der Gründe).

3.a) Scheitert die Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche somit nicht an der fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats, bedarf es zunächst der vom Landesarbeitsgericht nachzuziehenden Prüfung, ob die Umdeutung gemäß § 140 BGB möglich ist. Dabei wird das Landesarbeitsgericht folgendes zu berücksichtigen haben:

Die Beklagte hat sich bereits in erster Instanz ausdrücklich auf die Umdeutung berufen. Materiellrechtlich kommt es gemäß § 140 BGB darauf an, ob die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung nach den gegebenen Umständen dem mutmaßlichen Willen der Beklagten entspricht und dieser Wille dem Arbeitnehmer erkennbar geworden ist (BAG Urteile vom 12. August 1976 - 2 AZR 311/75 - AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 2 der Gründe, sowie vom 7. Dezember 1979 - 7 AZR 1063/77 - AP Nr. 21 aaO, zu 4 der Gründe; KR-Friedrich, 2. Aufl., § 13 KSchG Rz 76). Der Wille der Beklagten, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin notfalls



auch im Wege einer fristgemäßen Kündigung zu beenden, ergibt sich eindeutig aus der in ihrem Schreiben an den Betriebsrat vom 19. August 1981 enthaltenen Aufforderung, auch zu einer ordentlichen Kündigung Stellung zu nehmen. Dagegen läßt der bisher festgestellte Sachverhalt keinen sicheren Schluß zu, ob dieser Wille der Beklagten im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung auch der Klägerin erkennbar geworden ist. Insbesondere liegt das Kündigungsschreiben nicht vor. Das Berufungsgericht muß die hierfür erforderlichen Feststellungen nachholen und den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag geben.

b) Sollte das Berufungsgericht die Umdeutung für zulässig halten, so wird es den Kündigungssachverhalt unter dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu prüfen haben.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Dr. Peppler

G. Wellhausen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)