

|                            |      |
|----------------------------|------|
| Für das Nachschlagewerk!   | Nein |
| Für die Fachpresse!        | Nein |
| Für die Amtliche Sammlung! | Nein |

---

Gesetz: BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung; KSchG 1969 § 1  
Verhaltensbedingte Kündigung

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 722/75

Urteil des BAG vom 22. September 1977

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 722/75

2 Sa 416/74 Düsseldorf

Verkündet am  
22. September 1977

gez. Mißler,  
Angestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. September 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Hackmann und Sickert für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 24. September 1975 - 2 Sa 416/74 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionen - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

- 2 -



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



Noch am selben Tage ging dem Kläger die außerordentliche Kündigung durch den Beklagten und die A zu. In dem Kündigungsschreiben wurde ihm vorgeworfen, die vorgelegten Unterlagen hätten Unregelmäßigkeiten in seiner Geschäftsführung ergeben. Mit Schreiben vom 12. Dezember 1973 sprachen der Vorsitzende und der

- 3 -

Stellvertreter des Vorstandes des Beklagten für den Beklagten vorsorglich eine fristgemäße Kündigung zum 31. Dezember 1974 aus.

Der Kläger hat gegen den Beklagten und die A Klage auf Feststellung erhoben, daß die fristlose Kündigung vom 26. September 1973 und die ordentliche Kündigung vom 12. Dezember 1973 unwirksam seien.

Der Beklagte und die A haben beantragt, die Klage abzuweisen und hilfsweise begehrt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Sie haben vorgetragen, der Kläger habe durch sein Verhalten das Vertrauensverhältnis zerstört. Er habe in der Vergangenheit die Überwachung der Buchhaltung vernachlässigt und gegenüber dem Vorstand mehrfach versucht, die aufgetretenen Fehler zu verheimlichen. Bei der am 18. September 1973 erfolgten weiteren Überprüfung seien eine Reihe von Unregelmäßigkeiten und Untreuehandlungen des Klägers aufgedeckt worden, die ihnen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machten.

Das Arbeitsgericht hat den Kündigungsschutzklagen gegen den Beklagten und die A stattgegeben, das Arbeitsverhältnis aufgelöst und den Beklagten und die A als Gesamtschuldner verurteilt an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 25.000,-- DM zu zahlen. Dagegen haben alle Parteien Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen, die Klage gegen die A abgewiesen und festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Beklagten vom 12. Dezember 1973 zum 31. Dezember 1974 beendet worden ist. Dieses Urteil ist rechtskräftig geworden, soweit die Klage gegen die A abgewiesen worden ist. Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision den Antrag, die Klage in vollem Umfang abzuweisen, weiter. Der Kläger begehrt die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis zum Beklagten auch durch die ordentliche Kündigung vom 12. Dezember 1973 nicht beendet worden ist, und beantragt weiter, den Auflösungsantrag des Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 53.280,-- DM aufzulösen.

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

### Entscheidungsgründe:

I. Die Revision des Beklagten, die sich dagegen richtet, daß das Landesarbeitsgericht die außerordentliche Kündigung vom 26. September 1973 als unwirksam angesehen hat, ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die außerordentliche Kündigung vom 26. September 1973 sei unwirksam, weil der Beklagte den Kläger vor Ausspruch der Kündigung nicht zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen angehört habe. Der Beklagte habe vorgetragen, seinem Vorstand sei erst im September 1973 bekanntgeworden, daß der Kläger zu privaten Zwecken auf Verbandskosten Einbauten in seiner Wohnung durchgeführt, sich unberechtigt nicht abgerechnete Spesenvorschüsse habe auszahlen lassen und der Beklagten gehörende Gegenstände entwendet habe. Der Beklagte habe mithin "geglaubt", daß der Kläger sich auf seine Kosten bereichert und Spesenbetrug und Unterschlagungen begangen habe. Es gehe deshalb um eine Verdachtskündigung, bei der die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers Wirksamkeitsvoraussetzung sei.

Auch wenn es sich nicht um eine Verdachtskündigung handelte, sei der Beklagte aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten gewesen, dem Kläger zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das folge schon daraus, daß dem Kläger im Suspendierungsschreiben in Aussicht gestellt worden sei, ihn zu den Anschuldigungen und Verdachtsmomenten zu hören. Es sei nicht auszuschließen, daß sich der Kläger ohne die Aufforderung, sich für die Vorstandssitzung am 26. September 1973 zur Verfügung zu halten, schon vorher schriftlich geäußert und der Beklagte daraufhin von einer außerordentlichen Kündigung abgesehen hätte, weil dann möglicherweise der Verdacht des Diebstahls gegen den Beklagten nicht mehr aufrechterhalten worden wäre.

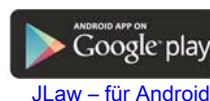
Das Gebot der vorherigen Anhörung des Klägers ergebe sich zudem aus der langjährigen Zusammenarbeit zwischen den Parteien und den für den Kläger besonders nachteiligen Folgen einer fristlosen Kündigung. Der Beklagte hätte erkennen müssen, daß eine abschließende Interessenabwägung ohne vorherige Anhörung des Klägers nicht möglich gewesen sei.

2. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts für die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Das Landesarbeitsgericht durfte auf die außerordentliche Kündigung nicht die vom Senat bislang entwickelten Grundsätze über die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung anwenden, nach der ein Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhaltes insbesondere den Arbeitnehmer anhören muß (vgl. BAG 16, 72 [83] = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung [zu I 3 d der Gründe] und BAG AP Nr. 57 zu § 626 BGB [zu II 2 der Gründe]). Eine Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber liegt nur dann vor, wenn er seine Kündigung damit begründet, es sei gerade der Verdacht eines strafbaren oder vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers, der das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört habe (BAG 16, 72 [81] = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung [zu I 3 b der Gründe]).

Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, daß der Arbeitgeber auch dann, wenn er nur einen Verdacht hegt, die Verfehlung des Arbeitnehmers als sicher hinstellen und mit dieser Begründung die Kündigung erklären kann (vgl. Grunsky, ZFA 1977, 167 [173-174]). Eine Kündigung wegen behaupteter Pflichtverletzungen ist auch dann nicht als Verdachtskündigung zu behandeln, wenn der Vorwurf, bestimmte Pflichtverletzungen begangen zu haben, auf Schlußfolgerungen des Arbeitgebers beruht, oder wenn ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im Kündigungsprozeß nicht der volle Beweis für seine Behauptungen gelingt, sondern nur ein begründeter Verdacht nicht auszuschließen ist.

b) Der Beklagte hat nach seinem Kündigungsschreiben vom 26. September 1973 und seinem Vortrag im Rechtsstreit die außerordentliche Kündigung wegen als sicher angenommener Pflichtverletzungen des Klägers ausgesprochen. Es kann nicht allein darauf abgestellt werden, daß nach dem Schreiben des Beklagten vom 24. September 1973 in der Vorstandssitzung am 26. September 1973 die gegen den Kläger erhobenen "Verdachtsmomente und Anschuldigungen" geprüft werden sollten (vgl. Grunsky, aaO, S. 175). Nachdem die angekün-



- 6 -

digte Prüfung in der Vorstandssitzung erfolgt war, hat der Beklagte im Kündigungsschreiben die Kündigung damit begründet, aufgrund der vorgelegten Unterlagen seien Unregelmäßigkeiten des Klägers zutage getreten. Auch in der in der Klageerwidern erfolgten näheren Schilderung des Kündigungssachverhaltes hat der Beklagte dem Kläger vorgeworfen, schwerwiegende Vertragsverletzungen begangen zu haben.

Da der Beklagte den Kläger damit nicht nur verdächtigt sondern beschuldigt hat, sich grob vertragswidrig verhalten zu haben, kann es dahingestellt bleiben, ob bei einer Verdachtskündigung stets eine Anhörung des verdächtigten Arbeitnehmers erforderlich ist und ob eine solche Kündigung wegen einer unterlassenen Anhörung von vornherein unwirksam ist (vgl. dazu die kritische Stellungnahme von Grunsky, aaO, S. 184-186).

c) Die Entscheidung über die außerordentliche Kündigung kann auch nicht mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Hilfsbegründung bestätigt werden.

Das Landesarbeitsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, daß eine außerordentliche Kündigung nicht stets ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer zu den Kündigungsgründen nicht vorher angehört worden ist (vgl. das Urteil des Senates vom 23. März 1972 - 2 AZR 226/71 - AP Nr. 63 zu § 626 BGB). Es hat jedoch aus dem in dem angezogenen Urteil weiter enthaltenen Hinweis, es richte sich nach den Umständen des Einzelfalles, wann eine Anhörung erforderlich sei, unrichtige Rechtsfolgen für den Fall der Verletzung der Anhörungspflicht hergeleitet.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des Landesarbeitsgerichts zutrifft, daß eine Anhörung des Klägers vor Ausspruch der Kündigung wegen der besonderen Verhältnisse des Streitfalles erforderlich war. Auch wenn ein berechtigtes Interesse des Klägers an der Anhörung anzuerkennen wäre, hätte sie weder ausschließlich noch überwiegend zu dem Zwecke erfolgen müssen, zu seinen Gunsten den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu wahren und die Fürsorgepflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger zu erfüllen. Sie hätte vielmehr überwiegend dazu ge-

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

dient, dem Beklagten den erforderlichen umfassenden Wissensstand für die Ausübung des Kündigungsrechtes zu verschaffen (vgl. BAG AP Nr. 6 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu 2 c der Gründe]).

Die Anhörung ermöglicht es dem Kündigenden, durch eigene Ermittlungen den Sachverhalt hinreichend aufzuklären und damit das Prozeßrisiko zu vermindern. Abgesehen davon kann die Anhörung an dem im Kündigungsstreit zu prüfenden objektiven Tatbestand des wichtigen Grundes nichts ändern; das Unterlassen der Anhörung kann ihn weder schaffen noch ausschließen (vgl. Herschel in der Anmerkung zu BAG AP Nr. 63 zu § 626 BGB und den zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmten Beschluß des Senates vom 10. Februar 1977 - 2 ABR 80/76 -).

Die Verletzung der Anhörungspflicht führt deswegen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Diesen schon in der Entscheidung AP Nr. 63 zu § 626 BGB zu entnehmenden Rechtsgrundsatz hat der Senat in dem Beschluß vom 10. Februar 1977 - 2 ABR 80/76 - (zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmt) klargestellt, indem er nur erwogen hat, ob unter ganz besonderen Umständen dem Arbeitnehmer bei einer unterlassenen Anhörung wegen schuldhafter Verletzung der Fürsorgepflicht ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zusteht. Die in dem angezogenen Beschluß offengelassene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Verletzung der Anhörungspflicht einen Schadensersatzanspruch auslöst, braucht auch im Streitfall nicht entschieden zu werden, weil ein solcher Anspruch nicht Gegenstand des Verfahrens ist.

3. Die bezeichneten Rechtsfehler machen eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und eine Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht erforderlich, soweit es über die außerordentliche Kündigung entschieden hat.

a) Eine abschließende Entscheidung über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ist dem Senat nicht möglich, weil das Landesarbeitsgericht nicht geprüft hat, ob die von ihm nur im Rahmen der ordentlichen Kündigung behandelten Kündigungsgründe dem Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar



- 8 -

gemacht haben. Das ist nicht auszuschließen, weil die gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe an sich geeignet sein können, zumindest bei einer Gesamtwürdigung einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB zu bilden. Dabei sind entgegen der Auffassung des Klägers auch die ihm angelasteten Vorfälle zu berücksichtigen, die seine Tätigkeit als Geschäftsführer der A

gemeinschaft des F -handwerks GmbH (A ) betreffen.

Nach § 1 des Anstellungsvertrages mit dem Beklagten war der Kläger verpflichtet, auch die Geschäftsführung der A wahrzunehmen. Grundlage für seine Tätigkeit als Geschäftsführer dieser GmbH war damit der mit dem Beklagten abgeschlossene Arbeitsvertrag. Eine solche Vertragsgestaltung ist möglich, weil der Geschäftsführer einer GmbH seine Tätigkeit auch aufgrund eines Arbeitsvertrages mit einem Dritten erbringen kann (vgl. BAG 24, 383 [387] = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist [unter I 1 a der Gründe]). Pflichtverletzungen des Klägers bei der Geschäftsführung für die A berühren damit zugleich auch das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten.

b) Die vom Beklagten begehrte ersetzende Entscheidung zu seinen Gunsten über die außerordentliche Kündigung ist schon deswegen nicht möglich, weil das Landesarbeitsgericht, abgesehen von dem Fall S , keine Feststellungen darüber getroffen hat, wann der Vorstand des Beklagten von den behaupteten Verfehlungen des Klägers Kenntnis erlangt hat und ob die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt ist. Es bedarf deshalb nicht nur einer Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB, sondern auch noch einer weiteren tatsächlichen Aufklärung des Sachverhalts.

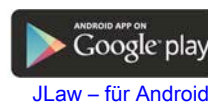
II. Allein schon die begründete Revision des Beklagten führt zur Zurückverweisung der Sache auch hinsichtlich der vom Kläger angegriffenen Entscheidung über die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung.

Es kann und braucht nicht geprüft zu werden, ob die Revision des Klägers begründet ist. Eine abschließende Entscheidung über die gegen die ordentliche Kündigung erhobene Kündigungs-

- 9 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

schutzklage kommt nicht in Betracht, weil noch nicht feststeht, ob die außerordentliche Kündigung des Beklagten wirksam ist. Die gegen die ordentliche Kündigung gerichtete Kündigungsschutzklage enthält einen sogenannten uneigentlichen Eventualantrag, der für den Fall gestellt ist, daß der Kläger mit seinem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung durchdringt (vgl. BAG AP Nr. 6 zu § 626 BGB Ausschlußfrist [unter 4 der Gründe mit weiteren Nachweisen]). Eine gerichtliche Entscheidung über den uneigentlichen Hilfsantrag ist nur dann zu treffen, wenn der Kläger mit seiner Kündigungsschutzklage gegen die außerordentliche Kündigung abschließend Erfolg hat.

Da es noch nicht abzusehen ist, ob es auf die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung überhaupt ankommt, sieht der Senat davon ab, dem Landesarbeitsgericht insoweit Hinweise für die weitere Verhandlung und Entscheidung zu geben.

gez.: Dr. Gröninger

Hillebrecht

Roeper

Sickert

Hackmann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)