

Aktenzeichen: 2 AZR 770/87

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 28. April 1988

- 2 AZR 770/87 -

I. Arbeitsgericht

Berlin

Urteil vom 11. Mai 1987

- 30 Ca 22/87 -

II. Landesarbeitsgericht

Berlin

Urteil vom 2. Oktober 1987

- 5 Sa 66/87 -

Für die Amtliche Sammlung : Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort: Annahmeverzug vor rechtskräftiger
Zustimmungsersetzung

Gesetz: BGB §§ 695, 293; BetrVG § 103

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 770/87

5 Sa 66/87 Berlin

Verkündet am
28. April 1988

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 28. April 1988 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ehrenamtlichen Richter Dr. Kirchner und Dr. Wolter für Recht
erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 2. Oktober
1987 - 5 Sa 66/87 - aufgehoben, soweit es die
Klage abgewiesen und über die Kosten entschieden
hat.
2. Der Rechtsstreit wird im Umfang der Aufhebung,
auch zur Entscheidung über die Kosten der Revision,
an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 Klägerin war seit 1. Januar 1976 bei der Beklagten als
Verkäuferin in der Textilabteilung als Teilzeitbeschäftigte an
137 Stunden monatlich tätig. Ihr monatliches Bruttoentgelt betrug
zuletzt 1.787,33 DM. Die Klägerin war Mitglied des bei der Be-
klagten gebildeten Betriebsrates und seit 4. Dezember 1986
dessen stellvertretende Vorsitzende.

Die Beklagte verdächtigte die Klägerin, durch Zurückhaltung
an sich an Kunden auszuhändigender Kassenbons Umtauschmanipula-
tionen und Treuwidrigkeiten zu ihrem Nachteil mit anderen Mit-
arbeiterinnen der Beklagten im Zusammenwirken mit Kundinnen be-
gangen zu haben.

Die Beklagte beurlaubte die Klägerin von ihrer Arbeits-
pflicht Mitte Februar 1986 unter Fortzahlung der Arbeitsvergütung
und leitete am 20. Mai 1986 das Zustimmungsersetzungsverfahren
nach § 103 Abs. 2 BetrVG ein, nachdem der Betriebsrat die von
ihr am 13. Mai 1986 beantragte Zustimmung durch Beschluß vom



14. Mai 1986 abgelehnt hatte. Sie wollte der Klägerin wegen des Verdachts dieser Taten kündigen. Mit Schreiben vom 20. November 1986 teilte die Beklagte der Klägerin mit, aufgrund der Anklageschrift vom 11. August 1986, in der die Klägerin der Untreue in zwei Fällen und Untreue in einem Fall in Tateinheit mit gemeinschaftlichem Betrug beschuldigt wurde, stelle sie ab sofort die Gehaltszahlungen ein.

Das Arbeitsgericht Berlin (3 BV 3/86) führte am 6. Februar 1987 eine Beweisaufnahme durch und ersetzte die Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Klägerin wies das Landesarbeitsgericht Berlin am 27. Mai 1987 (10 Ta BV 1 und 2/87) zurück.

Am 14. August 1987 wurde ein Antrag des Betriebsrates zurückgewiesen, mit der der Beklagten untersagt werden sollte, die Klägerin zu hindern, den Betrieb der Beklagten zum Zwecke der Ausübung ihres Betriebsratsamtes zu betreten. Das Landesarbeitsgericht hat hierbei angenommen, das Begehren des Betriebsrates sei mißbräuchlich und verstoße gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Das Landesarbeitsgericht ist in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen, bei der Festnahme der Klägerin seien sechs Kassenbons aus der Zeit vom 27. Januar bis 7. Februar 1986 gefunden worden, denen Einkäufe ohne Personalrabatt zugrundegelegt hätten, in der Wohnung hätten sich 10 Blusen, 10 Steghosen und 14 Paar Schuhe aus der neuesten 1986iger Kollektion der Beklagten befunden, deren Einkauf nicht



hätte nachgewiesen werden können; außerdem habe die Klägerin bei einem Testkauf einer Kriminalbeamtin dieser den Kassenbon bewußt nicht ausgehändigt.

Die gegen die Zustimmungsersetzungsentscheidung eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde verwarf das Bundesarbeitsgericht am 15. Oktober 1987.

Die Klägerin begehrt Arbeitsentgelt für die Monate November 1986 bis März 1987 von jeweils 1.787,33 DM brutto sowie eine Jahresabschlußvergütung entsprechend der Betriebsordnung der Beklagten vom 1. Januar 1975 in Höhe von 1.324,50 DM brutto sowie ein Weihnachtsgeld von 471,71 DM brutto. Hiervon bringt sie 3.255,80 DM netto für den fraglichen Zeitraum erhaltener Sozialhilfe in Abzug.

Die Klägerin hat die Vorwürfe der Beklagten zurückgewiesen und geltend gemacht, die Beklagte befinde sich in Annahmeverzug, da das Arbeitsverhältnis in dem fraglichen Zeitraum mangels Kündigung fortbestanden habe. Der Beklagten sei zuzumuten, sie weiterzubeschäftigen; sie sei bereit, als "normale Verkäuferin" ohne Kassierer und Umtauschtätigkeit bei der Beklagten zu arbeiten.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 10.732,86 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus jeweils aus dem sich aus 1.787,30 DM brutto ergebenden Nettobetrag seit dem 1. Dezember 1986, dem 1. Januar 1987, dem 1. Februar 1987 und dem 1. März 1987 sowie



4 % Zinsen aus dem sich aus 3.111,83 DM brutto ergebenden Nettobetrag seit dem 1. April 1987 abzüglich vom Sozialamt Spandau gezahlter 3.255,80 DM netto zu zahlen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat vorge-
tragen, es bestehe der dringende Verdacht, daß die Klägerin sie
im Zusammenwirken mit anderen Arbeitnehmerinnen betrügerisch
geschädigt habe. Hierin liege ein ungewöhnlich schwerer und
rechtswidriger Verstoß. Es sei ihr nicht zuzumuten gewesen, die
Klägerin während der langen Verfahrensdauer bis zur Rechtskraft
des Zustimmungsersetzungsbeschlusses weiter zu beschäftigen, denn
das Arbeitsverhältnis habe 18 Monate über die Zeit fortbestanden,
zu welcher normalerweise hätte gekündigt werden können. Im vor-
liegenden Fall seien ihre Ehre und ihr allgemeines Persönlich-
keitsrecht ebenso wie ihr Eigentum gravierend gefährdet.

Für die Zumutbarkeit seien verschiedene Stufen zu berück-
sichtigen. Nach dem polizeilichen Zugriff sei die Klägerin frei-
gestellt und die Verdachtsmomente seien überprüft worden. Weil
die Beweissituation für das Verfahren vor dem Arbeitsgericht noch
zu unsicher gewesen sei, sei ein Zustimmungsersetzungsverfahren
nach Ablehnung der Zustimmung zur Kündigung der Klägerin durch
den Betriebsrat zunächst nicht eingeleitet worden.

Die zweite Stufe sei gekennzeichnet durch ihre Kenntnis der
Strafakten, insbesondere von den Geständnissen einer der Mit-
täterinnen von außerhalb. Die erneute Verweigerung der Zustimmung
durch den Betriebsrat sei von diesem Zeitpunkt an nicht mehr zu
verantworten gewesen. In einer weiteren Stufe habe sich der



strafrechtliche Verdacht verdichtet, weil die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben habe. Letztlich sei als vierte Stufe die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht anzusehen, verbunden mit dem Umstand, daß keinerlei neue Erkenntnisse vorgelegen hätten, die die Einlegung der Beschwerde hätten rechtfertigen können.

Sowohl für die große Zahl ihrer ehrlichen Mitarbeiter als auch für ihre Führungskräfte und ihre Repräsentanten sei es unzumutbar gewesen, die Klägerin noch weiter um sich zu dulden. Aus der Belegschaft sei die Frage gestellt worden, was eigentlich einer noch alles tun müsse, bis er aus dem Betrieb entfernt werde.

Ein weiterer Ansatz zur Verneinung eines Annahmeverzuges sei schon dadurch gesetzt worden, daß das Arbeitsgericht eine bei ihr eingerichtete Einigungsstelle als nicht ordnungsgemäß besetzt befunden habe, weil der Betriebsrat die Klägerin, um sie besonders zu schützen, in diese Einigungsstelle entsandt habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil dahingehend abgeändert, daß es die Beklagte nur zur Zahlung von 7.570,66 DM brutto nebst Zinsen unter Anrechnung vom Sozialamt erhaltener Beträge verurteilt hat. Es ist davon ausgegangen, für die Zeit ab 7. Februar 1987 stünden der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte nicht mehr zu.



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

Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil war aufzuheben, soweit es die Klage abgewiesen hat. Im Umfang der Aufhebung war der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe nur einen Anspruch auf Arbeitsentgelt bis zum 6. Februar 1987. Da die Beklagte der Klägerin das Arbeitsentgelt bis Oktober 1986 gezahlt habe, ohne daß die Klägerin eine Gegenleistung erbracht habe, habe die Beklagte das Leistungsangebot der Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt nicht als gegen Treu und Glauben verstoßend angesehen, wobei es dahingestellt bleiben könne, ob die Klägerin einen Beschäftigungsanspruch hätte durchsetzen können.

Die Rechtslage habe sich auch nicht durch Kenntnis der Anklageschrift geändert, denn dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten sei bereits im Mai 1986 Einsicht in die Ermittlungsakten gewährt worden, er habe dadurch Kenntnis von den Geständnissen inzwischen rechtskräftig verurteilter Kundinnen erlangt.

Am 6. Februar 1987 sei jedoch eine andere Situation insoweit eingetreten, als das Arbeitsgericht aufgrund einer Beweisaufnahme die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung der Klägerin ersetzt habe. In der Regel sei bis zu einer r e c h t s k r ä f t i g e n Entscheidung über die Zustimmungsersetzung von einem wirksamen Arbeitsangebot auszu-



gehen, wobei die Dauer des Zustimmungsersetzungsverfahrens ebensowenig relevant sei wie im konkreten Fall die Möglichkeit eines anderweitigen Einsatzes der Klägerin. Entscheidend sei, daß sich nach der gerichtlich durchgeführten Beweisaufnahme auch bei einem unbeteiligten Dritten der Verdacht einer strafbaren Handlung fast zur Gewißheit verdichtet habe. Im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit der Annahme des Leistungsangebots des Arbeitnehmers komme es für die Frage der "Ungewöhnlichkeit" der Schwere des Verstoßes nicht auf eine gewisse Häufigkeit von vergleichbaren Delikten beim Verkaufspersonal im Einzelhandel an, vielmehr beziehe sich dieses Merkmal auf einen schwerwiegenden rechtswidrigen Verstoß gegen Verhaltenspflichten. Die Ungewöhnlichkeit liege hier darin, daß die Klägerin sich nicht nur bei Gelegenheit strafbar verhalten, sondern daß sie ihr strafwürdiges Tun mit System betrieben habe. Da die Beklagte - wie aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung vom 14. August 1987 feststehe - der Klägerin noch nicht einmal das Betreten des Betriebes zum Zwecke der Ausübung von Betriebsratstätigkeit zu gestatten brauche, könnte mit Spott der Belegschaft gerechnet werden, wenn die Beklagte einer solchen Arbeitnehmerin auch noch Geld zahlen müßte.

II. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts kann weitgehend nicht gefolgt werden.

1. Das Landesarbeitsgericht ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 11. November 1976 - 2 AZR 457/75 - BAGE 28, 233 = AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972) davon



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ausgegangen, der Arbeitgeber könne einem Betriebsratsmitglied eine außerordentliche Kündigung erst dann wirksam aussprechen, wenn der Beschluß über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung (§ 103 Abs. 2 BetrVG) rechtskräftig ist, es hat beachtet, daß eine berechtigte Ablehnung einer angebotenen Leistung durch einen Beschluß über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats für die Zeit v o r E i n t r i t t d e r R e c h t s k r a f t dieses Beschlusses nicht bindend festgestellt wird. Das Berufungsgericht hat sich zur Begründung weiter zutreffend auf die Erwägungen des Großen Senats vom 26. April 1956 (- GS 1/56 -, BAGE 3, 66 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG) gestützt, wonach der Arbeitgeber dann nicht in Annahmeverzug gerät, wenn ein Arbeitnehmer sich so verhält, daß der Arbeitgeber nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens sowie unter Achtung des Zweckes des den Arbeitnehmer schützenden Gesetzes die Annahme der Leistung zu Recht ablehne.

Der Senat hat diese Rechtsprechung im Urteil vom 29. Oktober 1987 (- 2 AZR 144/87 -, zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt) bestätigt und weiter dahingehend konkretisiert, hierfür reiche nicht jedes Verhalten aus, das zur fristlosen Kündigung berechtige. Erforderlich sei vielmehr ein besonders grober Vertragsverstoß und die Gefährdung von Rechtsgütern des Arbeitgebers, seiner Familienangehörigen oder anderer Arbeitnehmer, deren Schutz Vorrang vor dem Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Verdienstes habe. Der Senat hat dazu ausgeführt, an den strengen Anforderungen für die Unzumutbarkeit



der Weiterbeschäftigung sei festzuhalten, weil die auch für die außerordentliche Kündigung gesetzlich vorgeschriebenen und einzuhaltenden Regelungen über die Auflösung von Arbeitsverhältnissen weitgehend leerliefen, wenn das Arbeitsverhältnis zwar formal fortbestehe, dem Arbeitnehmer der Anspruch auf Arbeitsentgelt für die weitere Arbeitsleistung aber dann bei einer Unzumutbarkeit im Sinne des § 626 BGB versagt werde.

2. Das Landesarbeitsgericht, das das Urteil des Senats vom 29. Oktober 1987 noch nicht berücksichtigen konnte, hat seine Entscheidung auf teilweise zutreffende, aber auch auf nicht tragende Erwägungen gestützt. Es wird daher unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats im Urteil vom 29. Oktober 1987 (aa0) erneut zu prüfen haben, ob im vorliegenden Fall ab 7. Februar 1987 von einer Unzumutbarkeit der Annahme der Arbeitsleistung auszugehen ist.

a) Für die Frage der Schwere des groben Vertragsverstoßes hat das Landesarbeitsgericht zu Recht erwogen, ob die Klägerin die Taten, deren die Beklagte sie verdächtigte, nicht nur bei Gelegenheit ihrer Vertragsausübung, sondern mit System betrieben habe. Es hat die Ungewöhnlichkeit zu Recht nicht an einer gewissen und auch nicht festgestellten Häufigkeit von vergleichbaren Delikten beim Verkaufspersonal im Einzelhandel gemessen, sondern an der Qualität des vertragswidrigen Verhaltens in diesem konkreten Einzelfall.

b) Anders als das Arbeitsgericht, das im Hinblick auf eine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Vermögensgefährdung der Beklagten auch geprüft hat, ob die Klägerin in einer Weise eingesetzt hätte werden können, bei der eine Verletzung von Eigentumsrechten der Beklagten vermieden worden wäre, hat das Berufungsgericht jedoch entscheidend auch darauf abgestellt, daß sich nach der am 6. Februar 1987 durchgeführten Beweisaufnahme auch bei unbeteiligten Dritten der Eindruck habe einstellen können, der Verdacht der strafbaren Handlung habe sich fast zur Gewißheit verdichtet. Hierauf kommt es indessen nicht an.

Die ungewöhnliche Schwere eines rechtswidrigen Tuns hängt nicht davon ab, ob ein vertragswidriges Verhalten eines Arbeitnehmers als voll bewiesen angesehen werden kann oder mit welchem Grad eines Verdachtes es zur Überprüfung des Arbeitgebers oder des Gerichtes feststeht. Die Schwere kann nur der Tat, der Handlungsweise, anhaften, nicht aber ihrer Beweisbarkeit. Wären die Überlegungen des Landesarbeitsgerichts zutreffend, so wäre bei einer "Tatkündigung" eine Unzumutbarkeit immer ab dem Zeitpunkt anzunehmen, zu dem ein Tatgeständnis des zu kündigenden Arbeitnehmers vorliegt. Diese unzutreffende Folgerung scheint allerdings auch das Berufungsgericht nicht ziehen zu wollen, denn es befaßt sich eingehend mit der Abgrenzung zwischen "gelegentlichen" und "geplanten" Akten der Rechtswidrigkeit.

Auch der vom Landesarbeitsgericht berücksichtigte Umstand, daß ein anderes Gericht (30 Ga 16/86 Arbeitsgericht Berlin) zu einem für den vorliegenden Streitgegenstand nicht relevanten Zeitpunkt ein Hausverbot des Arbeitgebers hinsichtlich vorzu-



nehmender Betriebsrattstätigkeit bestätigt hat, ist für die Entscheidung dieses Verfahrens, in dem die Klägerin nicht Weiterbeschäftigung begehrt, sondern Ansprüche nach § 615 BGB geltend gemacht, weder vorgreiflich noch beachtlich. Entscheidend ist allein die materielle Richtigkeit der Bewertung der Unzumutbarkeit. Ebenso tragen die Überlegungen zum möglichen Spott der Belegschaft nicht. Die Rechtslage wird nicht durch das Gericht gestaltet, sondern nur festgestellt. Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die Beklagte sei durch das Verhalten der Klägerin auch in ihrer Ehre verletzt, ist zu berücksichtigen, daß die vorgeworfene Zielrichtung des Tuns der Klägerin die Verletzung des Eigentums und des Vermögens der Beklagten war. Eine etwa damit verbundene Ehrverletzung könnte allenfalls im Rahmen einer Suspendierung bei Fortzahlung der Bezüge relevant sein, nicht jedoch bei der Abwicklung von Zahlungsansprüchen nach § 615 BGB.

3. Das Landesarbeitsgericht wird daher genau festzustellen haben, welcher Taten die Klägerin für den hier maßgebenden Zeitraum zu Recht von der Beklagten verdächtigt wurde und ob dieses Tun als besonders grob vertragswidrig qualifiziert werden kann. Es wird im Hinblick auf eine mögliche Gefährdung der Rechtsgüter der Beklagten zu prüfen haben, ob es dieser möglich war, die Klägerin bis zur Rechtskraft der Entscheidung im Zustimmungseretzungsverfahren so einzusetzen, daß keine Wiederholung des vorgeworfenen Verhaltens drohte. Soweit das Landesarbeitsgericht in der angefochtenen Entscheidung hierbei angenommen hat, die Klägerin werde während des Laufs eines Strafverfahrens wahr-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

scheinlich keine weiteren Straftaten begehen, dürfte diese bloße Wahrscheinlichkeit allein zum Ausschluß einer Wiederholungsgefahr kaum ausreichen. Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang aber zu erwägen haben, ob die Beklagte nicht zusätzlich ihr mögliche Maßnahmen zur Sicherung des Eigentums, auch durch Umsetzung der Klägerin, hätte treffen können.

Hillebrecht

Triebfürst

Ascheid

Dr. Wolter

Dr. Kirchner



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)