

Aktenzeichen: 2 AZR 776/79

Bundesarbeitsgericht Zweiter Senat - Urteil vom 28. Januar 1982
Az. 2 AZR 776/79

I. Arbeitsgericht - Urteil vom 29. Juni 1978
Frankfurt am Main Az. 10 Ca 63/78

II. Landesarbeitsgericht - Urteil vom 5. April 1979
Frankfurt am Main Az. 3/6 Sa 892/78

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Fristlose Entlassung eines Mitgliedes des
Betriebsrates

Gesetz:

BGB § 626, § 626 Nachschieben von Kündigungsgründen;
BetrVG 1972 § 103, §§ 74, 75, 78

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 776/79

3/6 Sa 892/78 Frankfurt am Main

Verkündet am
28. Januar 1982

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. Januar 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Röhsler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Zeilinger und Dr. Hautmann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 5. April 1979 - 3/6 Sa 892/78 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juni 1978 - 10 Ca 63/78 abgeändert.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

3. Die Klage wird abgewiesen.
4. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

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

Tatbestand:

Der im April 1938 geborene Kläger ist gelernter Koch. Er war seit Februar 1968 bei der Beklagten in deren Zweigniederlassung in B beschäftigt, und zwar seit Februar 1977 als Leiter der Personalkantine. Er galt seit diesem Zeitpunkt als Führungskraft i. S. der Betriebsordnung der Beklagten. Der Kläger verdiente Anfang 1978 monatlich 2.100,-- DM brutto. Er gehörte in der Zeit von 1969 bis April 1978 dem bei der Zweigniederlassung in B gebildeten Betriebsrat an, und zwar von 1969 bis 1975 als Vorsitzender des Betriebsrates.

Mitte Februar 1978 nahm der Kläger nach Dienstschluß ohne Bezahlung in einer Plastiktüte einige alte Brötchen sowie ein bis zwei Tüten ungekühlte Milch mit, deren Verfallszeit bereits überschritten war. Diese Eßwaren wurden beim Kläger bei einer Personalkontrolle vor dem Verlassen des Betriebsgeländes entdeckt. Der Personalleiter der Beklagten, der sich an der Kontrolle beteiligt hatte, beanstandete die Mitnahme der Eßwaren, wobei der Verlauf des Gespräches im einzelnen zwischen den Parteien streitig ist. Bei einer weiteren Personalkontrolle, die am 20. März 1978 gegen 16.15 Uhr von dem Personalleiter in Begleitung eines Betriebsratsmitglieds durchgeführt wurde, wurden bei dem Kläger drei Brötchen vom selben Tage, zwei Tüten ungekühlte Personalmilch mit dem Verfalldatum 21. März 1978 und zwei Paprikaschoten gefunden, die der Kläger ohne Bezahlung aus der Kantine mitgenommen hatte.

Wegen dieses Vorfalls verfaßte die Beklagte am 21. März 1978 eine schriftliche Verwarnung an den Kläger und bat gemäß einer Vorschrift in ihrer Betriebsordnung zunächst um die Zustimmung des Betriebsrates zu der beabsich-

- 3 -



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



- 3 -

tigten Verwarnung. Der Betriebsrat nahm hierzu unter dem 23. März 1978 u. a. wie folgt Stellung:

"...

Die Ermittlungen in dieser Sache führten in der BR-Sitzung am 21. und 22.3.1978 zu dem Ergebnis, daß Herr G entgegen Ihrer Anweisung weiterhin und letztmals festgestellt bei der erwähnten Pers.-Kontrolle, Ware der Kantine entnommen und diese zur eigenen Verwendung mit nach Hause genommen hat. Da auch der Nachweis einer Bezahlung nicht erbracht werden kann und Herr G nach seinem Eingeständnis gegen Ihre ausgesprochene Anweisung verstoßen hat, reicht nach Ansicht des BR eine Verwarnung zu diesem Tatbestand nicht aus.

Wir geben Ihnen daher die Verwarnung zurück und erwarten von Ihnen eine andere Entscheidung."

Die Beklagte beantragte daraufhin am 23. März 1977 beim Betriebsrat die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers und hat dem Kläger am selben Tage mit Zustimmung des Betriebsrates fristlos gekündigt. Gegen die Wirksamkeit dieser Kündigung richtet sich die vorliegende Kündigungsschutzklage.

Der Kläger ist bei der am 13. und 14. April 1978 durchgeführten Wahl nicht wieder in den Betriebsrat gewählt worden.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 23. März 1978 nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Antrages, die Klage abzuweisen, vorgetragen, die fristlose Kündigung sei angebracht und berechtigt, weil der Kläger im Februar und März 1978 zweimal Lebensmittel entwendet habe. Nach dem Vorfall Mitte Februar 1978 habe der Personalleiter der Beklagten den Kläger mündlich abgemahnt und ihm grundsätzlich untersagt, Waren aus dem Kantinenbereich mitzunehmen. Das gelte auch für nicht mehr verwertbare Lebensmittel. Diese Abmahnung habe der Kläger auch bei der Betriebsratssitzung nach dem Vorfall vom 20. März 1978 ausdrücklich bestätigt. Auch bei geringfügigen Warendiebstählen sei im Interesse



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



- 4 -

der Ordnung des Betriebes eine außerordentliche Kündigung notwendig. Diesen Grundsatz habe früher auch der Kläger vertreten, solange er Vorsitzender des Betriebsrates gewesen sei.

Der Kläger hat erwidert, es sei bislang im Betrieb der Beklagten üblich gewesen und von ihr geduldet worden, daß in der Personalkantine nicht mehr verwertbare Nahrungsmittel von ihm und anderen Arbeitskollegen mit nach Hause genommen werden durften. Bei dem Vorfall im Februar 1978 sei er von dem Personalleiter der Beklagten nicht abgemahnt worden. Er habe die Vorhaltungen wegen der Mitnahme der nicht verwertbaren Lebensmittel lediglich als neue Arbeitsanweisung verstanden, denn der Personalleiter habe ab sofort angeordnet, daß die Mitarbeiter künftig keine unbezahlten alten Brötchen und Restmilch mehr mitnehmen dürften. Diese Anweisung habe er am darauffolgenden Tag seinen Mitarbeitern mitgeteilt und auch ab sofort danach gehandelt. Dagegen sei ihm persönlich nicht untersagt worden, bezahlte Ware aus der Kantine mitzunehmen. Eine "geldliche Gegenleistung" für die am 20. März 1978 von ihm mitgenommenen geringwertigen Nahrungsmittel habe die Beklagte dadurch erhalten, daß er am 20. März 1978 kein Kantinenessen eingenommen habe, obwohl er bereits das Essengeld für die laufende Woche in Höhe von 7,50 DM in die Kasse eingezahlt gehabt habe. Da auch der 24. März 1978 (Karfreitag) arbeitsfrei gewesen sei, habe er für die laufende Woche 3,-- DM zuviel Essengeld bezahlt. Damit sei der Wert der mitgenommenen Lebensmittel, wenn es sich um Handelsware gehandelt haben würde (Preis etwa 2,50 DM), mehr als ausgeglichen gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Mitnahme geringwertiger Eßwaren im Februar und März 1978 durch den Kläger könne eine fristlose Entlassung trotz ordnungsgemäß eingeholter Zustimmung des Betriebsrates nicht rechtfertigen. Auch bei einer strafbaren Handlung in Form eines Vermögensdeliktes zum Nachteil des Arbeitgebers sei stets eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles erforder-



lich. Dabei könne nicht unberücksichtigt bleiben, daß es sich bei der Entwendung des Klägers am 20. März 1978 nicht um einen eindeutigen Wiederholungsfall nach einer klaren Abmahnung handele und es in beiden Fällen um geringwertige und weitgehend nicht mehr verwertbare Lebensmittel gegangen sei. Nach einer tatsächlichen Übung hätten früher Mitarbeiter aus dem Kantinenbereich alte bzw. nicht mehr verwertbare Lebensmittel ohne Bezahlung mit nach Hause nehmen dürfen. Der Personalleiter habe sich deswegen im Februar 1978 darauf beschränkt, gegenüber dem Kläger und dem Pförtner klarzustellen, daß auch unverwertbare Waren aus dem Kantinenbereich nicht mehr mitgenommen werden dürften. Unter diesen Umständen könne das generelle Verbot der Warenmitnahme sowie die klarstellende Erneuerung dieses Verbotes gegenüber dem Kläger im Februar 1978 nicht als Abmahnung im arbeitsrechtlichen Sinne angesehen werden. Es handele sich vielmehr um eine generelle und klarstellende Erneuerung eines Verbotes als Weisung gegenüber einer Vielzahl von Arbeitnehmern im Betrieb der Beklagten. Der Kläger habe zudem nur Waren im geringen Werte mitgenommen, und zwar im März 1978 allenfalls im Werte von etwa 3,-- DM. Da sich sein Verhalten nicht als besonders schwerwiegend darstelle, sei die Dauer einer Betriebszugehörigkeit bei der Interessenabwägung von erheblichem Gewicht. Dies müsse dazu führen, das Verhalten des Klägers mit der von der Beklagten zunächst selbst für ausreichend erachteten schriftlichen Verwarnung zu ahnden.

Kurz nach der am 29. Juni 1978 erfolgten Verkündung des Urteils des Arbeitsgerichts hat die Beklagte nach Anhörung und Zustimmung des Betriebsrates mit Schreiben vom 5. Juli 1978 das Arbeitsverhältnis nochmals fristlos gekündigt. Sie hat diese Kündigung mit Vorwürfen mehrerer Mitarbeiter gegen den Kläger begründet, die ihr erst nach dem 29. Juni 1978 bekannt geworden seien. Der Kläger hat auch diese zweite Kündigung am 11. Juli 1978 mit einer weiteren Kündigungsschutzklage angegriffen. Die Beklagte hat zur Begründung ihrer Berufung im vorliegenden Verfahren die Gründe, die sie zu ihrer zweiten Kündigung veran-



- 6 -

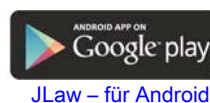
laßt haben, zur Unterstützung der außerordentlichen Kündigung vom 23. März 1978 nachgeschoben. Sie hat dazu vorge-
tragen, die Gründe, die zur erneuten fristlosen Kündigung
des Klägers geführt hätten, könnten auch in diesem Verfah-
ren noch nachgeschoben werden, weil sie nach Ausspruch der
diesem Rechtsstreit zugrunde liegenden fristlosen Entlas-
sung bekannt geworden seien. Für die fristlose Kündigung
vom 5. Juli 1978 seien folgende Gründe maßgebend gewesen:
Am 1. Juli 1978 hätten zwei ehemalige Mitarbeiterinnen der
Beklagten, die Zeuginnen I und L ihren Ge-
schäftsleiter und ihren Personalleiter sowie ein Mitglied
des Betriebsrates darüber unterrichtet, daß der Kläger in
seiner Eigenschaft als Kantinenleiter mehrfach Cognac auf
Kosten der Beklagten beschafft und zum eigenen Verzehr ver-
wendet habe. Frau I habe zudem mehrfach festgestellt,
daß der Kläger samstags jeweils fünf Stück Schnitzel oder
Koteletts mit nach Hause genommen habe, ohne sie zu bezah-
len. Er habe sich auch mehrfach 3,-- DM aus der Kasse ge-
nommen oder von Frau I geben lassen, um dafür Ziga-
retten für den privaten Verbrauch zu kaufen. Weihnachten
1977 habe der Kläger zwei Weihnachtsgänse in der Küche der
Beklagten hergerichtet. Eine Gans habe er unerlaubt dem
Kantinenpersonal spendiert und die zweite eigenmächtig zur
eigenen Verwendung mit nach Hause genommen. Frau I
habe auch beobachtet, daß Reste von Braten und Aufschnitt,
die bei Schichtende noch vorhanden gewesen seien, am ande-
ren Morgen oder bei Dienstantritt gefehlt hätten. Es be-
stehe der dringende Verdacht, daß sich der Kläger diese
Lebensmittel mit nach Hause genommen habe.

Der Kläger hat im Berufungsverfahren geltend gemacht,
die Kündigung sei bereits wegen nicht ordnungsgemäßer An-
hörung des Betriebsrates unwirksam, weil ihm die Beklagte
keine Kündigungsgründe mitgeteilt und der Betriebsrat keinen
Beschuß gefaßt habe, der als Zustimmung zur Kündigung ge-
wertet werden könne. Die von der Beklagten neu in den Rechts-
streit eingeführten Vorwürfe würden bestritten. Die Kündi-
gung vom 5. Juli 1978 sei offensichtlich als eine Trotzküнди-

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

gung zu verstehen. Für diesen Rechtsstreit sei die Auseinandersetzung mit den angeblichen Vorfällen des zweiten Kündigungsschutzprozesses ohne Bedeutung. Bei ihrer näheren Untersuchung werde sich allerdings, ebenso wie bei den bisherigen Gründen, die Unhaltbarkeit der aufgestellten Behauptungen zeigen.

In dem wegen der Kündigung vom 5. Juli 1978 anhängigen zweiten Kündigungsschutzverfahren hat das Arbeitsgericht eine umfangreiche Beweisaufnahme durchgeführt und dann durch Beschluß vom 14. Dezember 1978 den Rechtsstreit bis zum Abschluß des vorliegenden Verfahrens ausgesetzt.

Die Beklagte hat sich zum Beweis für die Richtigkeit der nachgeschobenen Kündigungsgründe im Berufungsverfahren u. a. auch auf das Ergebnis der im zweiten Kündigungsschutzverfahren durchgeführten Beweisaufnahme bezogen. Das Landesarbeitsgericht hat die Akten des zweiten Kündigungsschutzverfahrens beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Es hat zudem weitere Zeugen zur Einleitung des Zustimmungsverfahrens und zu den nachgeschobenen Kündigungsgründen vernommen und sodann die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zu einer abschließenden ersetzenden Entscheidung zugunsten der Beklagten, weil der von den Vorinstanzen bindend festgestellte Kündigungssachverhalt dem Senat die eigene Würdigung ermöglicht, daß die außerordentliche Kündigung vom 23. März 1978 bereits wegen des Vorfalls am 20. März 1978 nach § 626 BGB wirksam ist.

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Unwirksamkeit der Kündigung selbst unter Berücksichtigung der nachgeschobenen Gründe im wesentlichen wie folgt begründet:



1. Die Kündigung sei allerdings nicht wegen Verletzung des § 103 BetrVG unwirksam. Nach den glaubhaften Aussagen von drei Zeugen stehe fest, daß die Beklagte den Betriebsrat ausreichend über die Kündigungsgründe informiert und der Vorsitzende des Betriebsrates die in der Sitzung vom 23. März 1978 beschlossene Zustimmung der Personalabteilung mitgeteilt habe. Nach der mitgeteilten Zustimmung sei für die Beklagte der Weg zum Ausspruch der Kündigung frei gewesen.
2. Den Entscheidungsgründen des Arbeitsgerichts, auf die gem. § 543 Abs. 2 ZPO verwiesen werde, sei beizupflichten.
3. Auch die nachgeschobenen Kündigungsgründe könnten die fristlose Kündigung vom 23. März 1978 nicht rechtfertigen. Die Kammer sei zwar überzeugt, daß mangels ausreichender Überwachung in der Kantine der Beklagten Inkorrektheiten vorgekommen seien, die in keiner Weise gebilligt werden könnten, jedoch in solchen Abteilungen vom Personal häufiger praktiziert würden, ohne daß sie vom Arbeitgeber so gleich zum Anlaß für eine fristlose Kündigung genommen würden.
4. Der Beklagten sei es zumutbar gewesen, den Kläger weiterzubeschäftigen. Die Kammer folge insoweit zunächst den Entscheidungsgründen des Arbeitsgerichts. Im übrigen wird zur Interessenabwägung im angefochtenen Urteil hinsichtlich aller Kündigungsgründe ergänzend folgendes angeführt: Die Beklagte habe zwar allen Grund, dem Kläger in puncto Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit mit Vorbehalten zu begegnen. Seine zuweit gesteckte freie Verfügung über ihm anvertraute Getränke und Lebensmittel sei "ihm aber durch wenig effektive Kontrollmaßnahmen und mit zu wenig Nachdruck erfolgten Abmahnungen" erleichtert worden. Dem Kläger müsse mit aller Entschiedenheit bewußt gemacht werden, daß er bei weiteren Verstößen seinen Arbeitsplatz unweigerlich aufs Spiel setze. Seine Behauptung, er habe durch Bezahlung des Kantinenessens im voraus die mitgenommenen Waren abgegolten, sei als Schutzbehauptung zu werten. Insbesondere die längere Betriebszugehörigkeit und sein "schutzwürdiges Interesse an der Erhaltung des Arbeits-



platzes" gäben bei der allseitigen Interessenabwägung den Ausschlag, den wichtigen Grund zu verneinen.

II. Diese Würdigung beruht auf zwei Rechtsfehlern, die eine Aufhebung des angefochtenen Urteils erforderlich machen.

1. Unerheblich ist allerdings, daß das Landesarbeitsgericht, ohne die Problematik der Zulässigkeit des Nachschiebens bei Ausspruch der Kündigung noch unbekannter Kündigungsgründe zu behandeln, alle von der Beklagten vorgetragenen Kündigungsgründe in seine Würdigung einbezogen hat. Auch der Senat braucht die Klärung dieser grundsätzlichen Frage im Streitfall nicht nachzuholen, weil das angefochtene Urteil auch bei einer Beschränkung auf den ursprünglichen Kündigungssachverhalt auf den nachstehend erörterten anderen Rechtsfehlern beruht (vgl. unter II 2-3 und III der Gründe). Der Senat hält es jedoch für geboten, auf den durch die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts noch nicht geklärten Streit über die Zulässigkeit des Nachschiebens unbekannter Gründe hinzuweisen (vgl. Hueck, KSchG, 10. Aufl., Einl. Rz. 104 - 105 mit Übersicht und Nachweisen über den Streitstand; KR-Etzel § 102 BetrVG Rz 187 - 188; Gester/Zachert, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1974, Bd. 12, S. 87 [93 f.]; MünchKomm.-Schwerdtner, Rz 226 ff. vor § 620 BGB). Die materiellrechtlichen Bedenken von Schwerdtner (B1StSozArbR 1981, 150 ff.; ZIP 1981, 809 ff. und 1122 ff.), nur bekannte Kündigungsgründe könnten dem Kündigungsberechtigten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen, widersprechen zwar der im Interesse der Rechtsklarheit und Systematik erforderlichen objektiven Bestimmung des wichtigen Grundes (vgl. BAG 2, 207 = AP Nr. 5 zu § 626 BGB; BAG 14, 65 = AP Nr. 50 zu § 626 BGB). Beachtlich und vom Senat noch zu überprüfen ist aber der weitere Hinweis, eine nachträgliche Befassung des Betriebsrates mit nachgeschobenen Kündigungsgründen widerspreche auch dann dem Zweck der §§ 102, 103 BetrVG, wenn es sich um erst später bekannt gewordene Gründe han-



dele (vgl. insoweit auch zur Rechtstatsachenermittlung: Höland, ZIP 1982, 143 ff.).

2. Auf diese grundsätzliche Rechtsfrage kommt es vorliegend schon deshalb nicht an, weil das Landesarbeitsgericht im Anschluß an die Begründung des Arbeitsgerichts den ursprünglichen Kündigungssachverhalt (Verhalten des Klägers am 20. März 1978) nicht als wichtigen Grund anerkannt hat, weil es an der erforderlich "klaren Abmahnung" (so Arbeitsgericht) fehle bzw. die "Abmahnung mit zu wenig Nachdruck" (so Landesarbeitsgericht) erfolgt sei.

a) Wie beide Vorinstanzen verkannt haben, geht es bei dieser dem Kläger angelasteten Pflichtverletzung um eine Störung, die sich vornehmlich auf den Vertrauensbereich des Arbeitsverhältnisses der Parteien ausgewirkt hat, und bei der es deswegen grundsätzlich keiner vorherigen Abmahnung bedurfte (vgl. BAG vom 2. Mai 1958 - 1 AZR 92/56 - AP Nr. 16 zu § 66 BetrVG; BAG 19, 351 [354] = AP Nr. 1 zu § 124 GewO und vom 4. April 1974 - 2 AZR 452/73 - AP Nr. 1 zu § 626 BGB Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat [m. zust. Anm. v. G. Hueck]; Rewolle, DB 1976, 774 [775]; Soergel/Kraft, BGB, 11. Aufl., § 626 Rz. 8). Durch die unbefugte Mitnahme von Lebensmitteln aus der Kantine hat der Kläger nicht seine Arbeitspflicht im engeren Sinn, sondern seine Treuepflicht gegenüber der Beklagten verletzt. Die unterschiedliche Bewertung der Verletzung von Leistungspflichten und anderen Vertragsverletzungen ist aus folgenden Gründen sachlich geboten: Einer Partei, die ihre Leistungspflichten nicht oder nicht vertragsgemäß erfüllt, wird zu meist erst durch eine Abmahnung (Beanstandung des vertragswidrigen Verhaltens verbunden mit dem Hinweis auf die Gefährdung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses bei fortgesetzter Pflichtwidrigkeit - vgl. BAG vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) klargemacht, daß ihr Verhalten nicht gebilligt, sondern als Vertragsverletzung gewertet wird. Bei einem Mißbrauch des Vertrauens kann hingegen grundsätzlich von vornherein nicht mit einer Billigung des

- 11 -

Verhaltens gerechnet werden. Das Arbeitsverhältnis wird zudem durch eine Störung im Vertrauensbereich regelmäßig bereits unmittelbar so stark belastet, daß eine künftige vertragsgemäße Zusammenarbeit daran in der Regel nichts mehr ändern kann (vgl. MünchKomm-Schwerdtner, 1980, Rz 165 vor § 620 BGB).

b) Entbehrlich ist eine Abmahnung allerdings auch bei einer Störung im Vertrauensbereich nur dann, wenn der Inhalt und Umfang der vom Gekündigten erwarteten Treuepflicht für ihn nicht zweifelhaft sein konnte. Auch diese Voraussetzung ist jedoch im Streitfall nach den vom Arbeitsgericht aufgrund der Aussage des Zeugen S - des Personalleiters der Beklagten in B - getroffenen (und vom Landesarbeitsgericht übernommenen) Feststellungen erfüllt. Wie dieser Zeuge bekundet hat, war es zwar früher üblich, daß Mitarbeiter im Kantinenbereich alte bzw. nicht mehr verwertbare Lebensmittel mit nach Hause nehmen konnten. Nachdem bei der Kontrolle im Februar 1978 beim Kläger Eßwaren gefunden worden waren, hat der Personalleiter aber darauf hingewiesen, daß es generell verboten sei, Waren mitzunehmen. Er hat weiter klargestellt, auch nicht mehr verwertbare Waren aus dem Kantinenbereich dürften nicht mitgenommen werden. Diese Anweisung hat der Kläger im wesentlichen selbst zugestanden, indem er vorgetragen hat, Herr S habe im Frühjahr 1978 untersagt, daß die Mitarbeiter unbezahlte Brötchen und Restmilch mitnehmen dürften. Diese Anweisung habe er am folgenden Tag seinen Mitarbeitern mitgeteilt und auch ab sofort danach gehandelt. Dieser nach der Würdigung des Arbeitsgerichts generellen und klarstellenden Erneuerung des Verbotes, Eßwaren aus dem Kantinenbereich mitzunehmen, hat der Kläger nur - an sich zutreffend aber unerheblich - nicht die Bedeutung einer überflüssigen echten Abmahnung zuerkannt. Im übrigen hat er die ausreichende klarstellende Anweisung vergeblich durch den Hinweis abzuschwächen versucht, es sei ihm nicht persönlich untersagt worden, bezahlte Waren mitzunehmen.

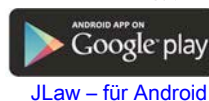
3. Unvollständig und widersprüchlich und damit fehlerhaft ist auch die Interessenabwägung, die das Landesar-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 12 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 12 -

arbeitsgericht unter Bezugnahme auf die Begründung des Arbeitsgerichts und durch die ergänzende eigene Würdigung bei der Prüfung vorgenommen hat, ob der dem Betriebsrat am 23. März 1978 mitgeteilte Sachverhalt die außerordentliche Kündigung rechtfertigt.

a) Das Landesarbeitsgericht hat, ebenso wie das Arbeitsgericht, nicht berücksichtigt, daß der Kläger nicht einer der in der Kantine beschäftigten Arbeitnehmer, sondern deren Leiter war und er als "Führungskraft" eine besondere Verantwortung für die korrekte Verwaltung und Verwendung der an die Kantine gelieferten Ware trug.

b) Die Vorinstanzen haben die Beklagte zudem auf die von ihr zunächst beabsichtigten Verwarnung verwiesen, ohne den dagegen vom Betriebsrat erhobenen Widerspruch zu berücksichtigen, gegen den nach der mit dem Betriebsrat vereinbarten Betriebsordnung diese Disziplinarmaßnahme nicht erfolgen konnte. Wesentlich, aber unbeachtet geblieben ist auch, daß ein entscheidender Grund für die Ablehnung der Zustimmung für den Betriebsrat die Erwägung war, er habe sonst unter Mitwirkung des Klägers bei ähnlichen Vorkommnissen, die zur Entlassung der betroffenen Arbeitnehmer geführt hätten, zustimmend entschieden und habe deswegen in der Sache des Klägers kein Verständnis für eine "Milderung" (vgl. das im Berufungsverfahren überreichte Protokoll der Sitzung des Betriebsrates vom 22. März 1978).

c) Schließlich hat das Landesarbeitsgericht - auch hinsichtlich des Vorfalls vom 20. März 1978 - widersprüchlich der Beklagten ein berechtigtes Mißtrauen an der Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit des Klägers zugebilligt und gleichzeitig dem Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes zuerkannt.

III. Da die bezeichneten Rechtsfehler dem Landesarbeitsgericht bei der Würdigung des festgestellten Kündigungssachverhaltes unterlaufen sind und der Kläger trotz Hinweises auf die Möglichkeit einer abschließenden ersetzenden Entscheidung zugunsten der Beklagten keine vorsorgliche Ver-

- 13 -



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



fahrensrüge erhoben hat, bedurfte es nach der Aufhebung des angefochtenen Urteils keiner Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat konnte vielmehr nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO selbst in der Sache entscheiden und die Kündigungsschutzklage abweisen, weil die Kündigung vom 20. März 1978 aus folgenden Gründen nach § 626 BGB das Arbeitsverhältnis fristlos beendet hat:

1. Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist die Kündigung nicht bereits wegen Verletzung des § 103 BetrVG unwirksam. Die Beklagte hat danach das Zustimmungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet und die außerordentliche Kündigung erst ausgesprochen, nachdem ihr die zustimmende Stellungnahme des Betriebsrates mitgeteilt worden war.

2. Das Verhalten des Klägers am 20. März 1978 ist als nicht unerhebliche, sondern als schwerwiegende Störung des Vertrauensbereiches zu werten, die es der Beklagten unzumutbar gemacht hat, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fortzusetzen.

a) Der Kläger hat am 20. März 1978 entgegen der ihm Mitte Februar 1978 vom Personalleiter erteilten Weisung unberechtigt Lebensmittel aus der Kantine mitgenommen, und zwar neben Brötchen auch zwei Tüten Milch und zwei Paprikaschoten, die bei entsprechender Lagerung auch noch am nächsten Tage hätten verwandt werden können. Er hat damit seine Treuepflicht verletzt, die ihm für die Personalkantine anvertrauten Waren bestimmungsgemäß zu verwenden und nicht für sich zu entwenden. Auch wenn es dabei um Waren "von geringer Menge" und von unbedeutendem Wert (§ 248 a StGB) gehandelt haben mag und ein Strafantrag von der Beklagten nicht gestellt worden ist, sind die Zweifel des Arbeitsgerichts, ob überhaupt ein arbeitsrechtlich pflichtwidriges Verhalten des Klägers vorliege, unbegründet. Es kommt nicht entscheidend auf die strafrechtliche Wertung, sondern darauf an, ob dem Arbeitgeber wegen des Verhaltens des Arbeitnehmers nach dem genannten Sachver-



- 14 -

halt noch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist (BAG 3, 193 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB). Kündigungsrechtlich scheidet bei dieser Betrachtung die Entwendung durch den Kläger schon deswegen nicht von vornherein als wichtiger Grund i. S. des § 626 BGB aus, weil der Kläger entgegen einer eindeutigen Anordnung seine Verhaltenspflicht gegenüber der Beklagten verletzt und diese Pflichtverletzung sich im Vertrauensbereich konkret nachteilig auf das Arbeitsverhältnis ausgewirkt hat.

b) Es ist auch nicht der Würdigung der Vorinstanzen zu folgen, das Verhalten des Klägers stelle sich "wegen des geringen Wertes der entwendeten Lebensmittel und auch wegen der Folgen seines Verhaltens" nicht als besonders schwerwiegend dar. Diese Wertung ist schon im Ansatzpunkt verfehlt, weil sie rechtsirrig von einer reinen Störung im Leistungsbereich ausgeht und die sich aus den Aufgaben als Leiter der Kantine ergebende Vertrauensstellung des Klägers ausklammert. Als "Führungskraft" i. S. der Betriebsordnung hatte der Kläger die Personalkantine zu verwalten und die dort beschäftigten Arbeitnehmer zu beaufsichtigen. Anders als z. B. bei einer Buffethilfe war ein Vertrauensmißbrauch des Klägers geeignet, das Vertrauen der Beklagten in seine Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit und damit die erforderliche Vertrauensgrundlage zu erschüttern. Der Kläger hat zudem durch sein Verhalten die Autorität gegenüber den ihm unterstellten Mitarbeitern in der Kantine eingebüßt. Wenn er sich nicht an die Anweisung des Personalleiters hielt, konnten er und die Beklagte nicht erwarten, seine Mitarbeiter würden der Versuchung widerstehen, zu bestimmen, welche Lebensmittel nicht mehr "verwertbar" waren, um sie dann zum eigenen Verzehr mitzunehmen.

c) Es entlastet den Kläger auch nicht, wenn er am 20. März 1978 kein Mittagessen eingenommen haben sollte. Die Zahlung des Essengeldes für die laufende Woche berechtigte ihn nicht, als "Ersatzleistung" für das ausgefallene Essen nach seinem Belieben andere Nahrungsmittel mitzunehmen.

- 15 -



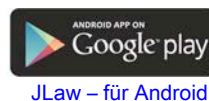
JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Wenn dieses Verfahren – dem Beispiel des Klägers folgend – auch von anderen Arbeitnehmern der Beklagten praktiziert worden wäre, würde das Essengeld praktisch zum "Gutschein" für Waren in entsprechendem Wert umfunktioniert. Das würde die Kontrolle zur Verhinderung von Entwendungen durch das Verkaufspersonal erheblich erschweren. Wenn das Verhalten des Klägers ohne Sanktion bliebe, hätte es somit nicht nur die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz Wegfalls der Vertrauensgrundlage, sondern auch nachteilige Auswirkungen auf die Betriebsordnung zur Folge.

d) Durch die von der Beklagten zunächst beabsichtigte Verwarnung des Klägers, die sie wegen der verweigerten Zustimmung des Betriebsrates nicht durchsetzen konnte, hat die Beklagte noch nicht auf ihr Recht zur außerordentlichen Kündigung verzichtet. Die Beklagte hatte eine Verwarnung des Klägers noch nicht ausgesprochen, sondern der Kläger hat von dieser Absicht erst bei der Anhörung durch den Betriebsrat erfahren.

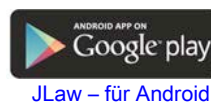
Die Beklagte war auch nicht wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der bei allen Verfehlungen eines Arbeitnehmers gilt (vgl. BAG 30, 309 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB) gehalten, von der außerordentlichen Kündigung abzusehen. Der Betriebsrat hat die mildere Maßnahme der Verwarnung nicht aus unsachlichen Gründen abgelehnt. Wie sein Hinweis auf die in ähnlichen Fällen gebilligte fristlose Entlassung von Arbeitnehmern gegenüber dem Kläger weniger qualifizierten Stellungen zeigt, ging es ihm offensichtlich darum, auch nur den Anschein einer unzulässigen Begünstigung des Klägers wegen seiner Stellung als Mitglied des Betriebsrates (§ 78 Satz 2 BetrVG) zu vermeiden. Die Verhinderung einer unterschiedlichen Behandlung von Betriebsangehörigen gehört nach § 75 BetrVG zu den allgemeinen Aufgaben des Betriebsrates. Ebenso wie es der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 74 BetrVG) dem Arbeitgeber gebieten kann, wegen beachtlicher Bedenken von einer beabsichtigten Kündigung abzusehen,



handelt der Arbeitgeber nicht widersprüchlich, wenn er sich von der Notwendigkeit einer vom Betriebsrat zur Verhinderung des Begünstigungsverbot für geboten gehaltenen Kündigung überzeugen läßt. Bei der Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist, ist ein objektiver Maßstab anzulegen, und nicht ausschließlich auf den ursprünglichen subjektiven Standpunkt des Kündigungsberechtigten abzustellen (BAG 2, 214 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB; A. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 42 zu § 626 BGB und KR-Hillebrecht § 626 BGB Rz 72). Wenn die Beklagte erst aufgrund der Stellungnahme des Betriebsrates zu der Überzeugung gekommen ist, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihr nach verständigem Ermessen unzumutbar geworden, so ist das zwar ein ungewöhnlicher Ablauf. Er ändert aber nichts daran, daß diese Einstellung bei objektiver Betrachtung gerechtfertigt ist.

e) Da der Kläger im März 1978 ordentlich nicht kündbar war, scheidet auch eine ordentliche Änderungskündigung als Übergangsregelung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist aus (vgl. BAG 30, 309 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB). Es bedurfte deshalb auch keines Angebotes der Beklagten für eine derartige Übergangsregelung. Eine anderweitige Beschäftigung auf Dauer und eine entsprechende außerordentliche Änderungskündigung war der Beklagten nicht zumutbar, weil die Vertrauensgrundlage insgesamt entfallen war.

f) Bei der Interessenabwägung kann zugunsten des Klägers nur seine längere Betriebszugehörigkeit angeführt werden. Dieser Umstand reicht allein nicht aus, um die berechtigten Interessen der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszuschließen. Die Betriebszugehörigkeit hat dem Kläger bei offenbar ansprechenden Leistungen bei seiner früheren Tätigkeit den Vorteil gebracht, zum Leiter der Personalkantine aufzurücken und die erst im Februar 1977 erfolgte Beförderung zur Führungskraft hat den Kläger in eine Stellung gebracht, in der er für die Beklagte sehr bald untragbar geworden ist.



- 17 -

IV. Die Kündigungsschutzklage war demgemäß unter Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts und unter Abänderung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung mit der Kostenfolge aus § 91 ZPO abzuweisen.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Triebfürst

Fritz Zeilinger

Dr. Hautmann



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)