

BUNDESARBEITSGERICHT

2 AZR 953/07
2 Sa 182/07
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. März 2009

URTEIL

In Sachen

S.,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

Prozessbevollmächtigter:

gegen

K.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Margit Bastgen in Kanzlei Dr. Bastgen
Rechtsanwältinnen, Talweg 7, 54516 Wittlich,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht, die Richter am Bundesarbeitsgericht sowie die ehrenamtlichen Richter für
Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 30. August 2007 -2 Sa 182/07- wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren über die Rechtswirksamkeit einer fristlosen Kündigung vom 11. Mai 2006 und einer fristlosen, hilfsweise fristgemäßen Kündigung vom 23. Mai 2006.

Der Kläger trat 1990 in die Dienste der Beklagten, die mehrere Spielbanken betreibt. Er wurde zuletzt als Tischchef in der Betriebsstätte T. eingesetzt, für die auch ein Betriebsrat gebildet ist, dessen Mitglied der Kläger bis April 2006 war. Seitdem ist er Ersatzmitglied.

Nach dem Arbeitsvertrag ist es dem Kläger untersagt, Geld an Gäste zu verleihen oder auch nur privaten Umgang mit ihnen zu pflegen. Für die Betriebe der Beklagten existiert eine Hausordnung „Klassisches Spiel“, sie ua. vorsieht, dass es in den Spielstätten verboten ist, Darlehen zu geben, Pfandgegenstände jedweder Art einzulösen oder Geld zu verleihen.

Am 22. März 2006 ging bei der Beklagten das Schreiben eines Stammgastes ein, des Herrn L.. In dem Schreiben behauptete Herr L., dass er fast täglich zwischen 2.000,00 und 4.000,00 Euro in der Spielbank eingesetzt habe und dass er von dem als Saalchef eingesetzten Kollegen des Klägers auf die von ihm – Herrn L. – betriebenen Geschäfte angesprochen worden sei. Er habe dem Saalchef von Goldgeschäften erzählt. Der Saalchef habe sich sehr interessiert gezeigt und gefragt, ob er auch in das Geschäft einsteigen könne. Kurze Zeit später habe sich eine Gelegenheit ergeben. Hierüber habe er den Saalchef informiert, der ihn daraufhin mit dem Kläger zu Hause aufgesucht und ihm insgesamt (gemeinsam) 13.500,00 Euro in bar übergeben habe. Als sich die Abwicklung länger hinausgezogen habe, seien der Saalchef und der Kläger nervös geworden und hätten ihn (unberechtigterweise) auf Rückerstattung eines Darlehens in Anspruch genommen. Er werde die Spielbank aufgrund der Verhaltensweise der (beiden) Mitarbeiter nicht mehr betreten und könne versichern, dass die Angelegenheit in T. einen erheblichen Image-Schaden nach sich ziehen werde. Nach den zivilrechtlichen Auseinandersetzungen hat der - zwischenzeitlich inhaftierte -Stammgast die Spielbank nicht mehr betreten.

Die Beklagte hörte den Kläger zu den von dem Stammgast erhobenen Vorwürfen an. Der Kläger wies die Vorwürfe zurück.

Die Beklagte beantragte daraufhin beim Betriebsrat mit Schreiben vom 31. März 2006 die Zustimmung zu einer beabsichtigten fristlosen, hilfsweise fristgemäßen Kündigung. Die Zustimmung wurde zunächst verweigert, am 10. Mai 2006 jedoch erteilt. Die Beklagte sprach daraufhin gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 11. Mai 2006 eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus.

Nach erneuter Zustimmung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. Mai 2006 fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 30. September 2006.

Der Kläger hat zur Begründung der gegen die Kündigungen erhobenen Klage insbesondere ausgeführt, die ihm vorgeworfenen Goldgeschäfte hätten nicht stattgefunden. Er sei von dem Stammgast angesprochen worden, ob er ihm für fünf bis sechs Wochen Geld leihen könne. Dies habe er getan. In der Darlehensgewährung könne indes keine schwerwiegende Vertragspflichtverletzung gesehen werden. Die in dem Arbeitsvertrag enthaltenen Regelungen zum privaten Umgang mit den Gästen und dem Verleihen von Geld seien überdies unwirksam.

Der Kläger hat - sofern für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis vom 11. Mai 2006 sein Ende gefunden hat,

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 23. Mai 2006 sein Ende gefunden hat,

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Mai 2006 zum 30. September 2006 sein Ende gefunden hat.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat zur Begründung des Klageabweisungsantrages im Wesentlichen ausgeführt: Aufgrund des Schreibens des Stammgastes bestehe der Verdacht, dass sich der Kläger an spekulativen Goldgeschäften des Stammgastes bzw. an Goldgeschäften Dritter unter Vermittlung des Stammgastes beteiligt habe. Der Kläger kenne den Stammgast seit längerem auch privat. Das Verbot von privaten Kontakten zwischen Mitarbeitern und Gästen sei eine „ungeschriebene goldene Regel“ des Spielbank-Gewerbes. Darüber hinaus sei die Kündigung wegen des unstrittig gewährten Darlehens gerechtfertigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die von dem Kläger hiergegen eingelegte Berufung festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 23. Mai 2006 und auch nicht durch die vorsorglich erklärte fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 23. Mai 2006 zum 30. September 2006 beendet wurde. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht die Berufung zurückgewiesen und für die Beklagte die Revision zugelassen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe zwar seine vertraglichen Pflichten zur Rücksichtnahme verletzt. Die Verletzung habe auch zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses geführt, da das Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Korrektheit des Klägers beeinträchtigt sei und die Gefahr einer Rufschädigung bestanden habe. Letztendlich führe aber die stets vorzunehmende Interessenabwägung dazu, dass es der Beklagten zumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

B. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist weder im Ergebnis noch in den Gründen revisionsrechtlich zu beanstanden.

I. Die mit der Revisionsbegründung erhobenen Verfahrensrügen stellen keine zur Zurückverweisung des Rechtsstreits führenden Rechtsverletzungen iSv. § 546 ZPO dar.

1. Die Beklagte macht mit der Revisionsbegründung geltend, sie habe erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Landesarbeitsgericht zur Kenntnis nehmen müssen, dass im Hinblick auf einen der ehrenamtlichen Richter die Besorgnis der Befangenheit bestanden habe. Der ehrenamtliche Richter S sei ein guter persönlicher Freund der Prozessbevollmächtigten des Klägers, diese vertrete ihn auch vor Gericht. Der ehrenamtliche Richter wäre verpflichtet gewesen, auf seine persönliche Bekanntschaft sowie das bestehende Mandatsverhältnis hinzuweisen.

2. Der gerügte Verfahrensfehler - Verstoß gegen die Anzeigepflicht nach § 48 ZPO - ist kein absoluter Revisionsgrund gem. § 547 Nr. 3 ZPO. Danach ist eine Entscheidung dann als auf einer Verletzung des Rechts beruhend anzusehen, wenn an ihr ein Richter mitgewirkt hat, obgleich er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt oder das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war. Beides ist hier indes nicht der Fall.

3. Ob Verstöße gegen die Anzeigeverpflichtung (§ 48 ZPO) oder gegen die Vorschriften über die Behandlung von Ablehnungsgesuchen (§§ 45 ff. ZPO) als Verfahrensfehler gerügt werden können (vgl. BGH 15. Dezember 1994 -1ZR 121/92 -zu II 2 der Gründe, NJW1995, 1G77; Musielak/Ball ZPO 6. Aufl. § 547 Rn. 8), kann auf sich beruhen, da eine Anzeigepflicht nicht bestand. Das in Rede stehende Mandats- und Bekanntschaftsverhältnis zwischen dem ehrenamtlichen Richter S und der Prozessbevollmächtigten des Klägers könnte ein Ablehnungsgesuch nicht rechtfertigen. Die Interessenkreise der hiesigen Prozessparteien weisen keinerlei Überschneidung mit den Interessen auf, die Gegenstand der persönlichen und geschäftlichen Beziehungen zwischen der Prozessbevollmächtigten und dem ehrenamtlichen Richter sein mögen. Dass - aus Sicht der Beklagte - der ehrenamtliche Richter S irgendeinen Anlass gehabt haben könnte, der Klagepartei einen Gefallen zu tun, ist nicht erkennbar und vom Beklagten auch nicht geltend gemacht. Ohne das Vorliegen irgendwie fassbarer Anzeichen dafür, dass die persönliche und geschäftliche Beziehung zwischen dem ehrenamtlichen Richter und der Prozessbevollmächtigten die Unvoreingenommenheit dieses Richters gegenüber der ihr nicht einmal bekannten Partei berühren könnte, kann diese allein keine Anzeigepflicht begründen, wenn auch die Mitteilung solcher Umstände vielfach als „nobile officium“ empfunden wird.

II. Auch im Übrigen ist die Revision nicht begründet.

1. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts hält den Angriffen der Revision stand. Das Arbeitsverhältnis wurde durch keine der fristlosen Kündigungen aufgelöst.

a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Im vorliegenden Fall konnte dem Kläger zwar nicht ordentlich gekündigt werden, da er zu dem nach § 15 KSchG geschützten Personenkreis gehörte; indes ist bei diesem

Personenkreis ebenfalls entscheidend, ob die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist zumutbar ist (Senat 17. Januar 2008 -2 AZR 821/06- AP KSchG 1969 § 15 Nr. 62 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 62). Die erforderliche Überprüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund in diesem Sinne darstellt, vollzieht sich zweistufig: Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (st. Rspr. beispielsweise Senat 7. Juli 2005 -2 AZR 581/04 - BAGE 115, 195, 199; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - BAGE 118, 104, 109).

b) Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB erfüllt, ist vorrangig Sache des Tatsachengerichts. Es handelt sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Diese kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (vgl. beispielsweise Senat 2. März 2006 -2 AZR 53/05- AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 16; 7. Juli 2005 -2 AZR 581/04-BAGE 115, 195, 199).

c) Hiervon ausgehend ist die Darlehensgewährung an den Stammgast ein an sich geeigneter wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Dies gilt, wie das Landesarbeitsgericht richtig gesehen hat, auch dann, wenn das arbeitsvertraglich vereinbarte Verbot der Darlehensgewährung an Gäste unwirksam sein sollte. Aufgrund der besonderen Umstände stellte die Darlehensgewährung jedenfalls eine erhebliche Nebenpflichtverletzung dar.

aa) Die sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebende vertragliche Rücksichtnahmepflicht verlangt von den Parteien eines Arbeitsverhältnisses, gegenseitig auf die Rechtsgüter und Interessen der jeweils anderen Vertragspartei Rücksicht zu nehmen. Danach hat der Arbeitnehmer seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen und die in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann. Dabei ergibt sich der konkrete Inhalt aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis und seinen besonderen Anforderungen.

bb) Die Beklagte als Spielbankbetreiberin ist darauf angewiesen, dass alles unterbleibt, was das Vertrauen der Gäste in einen ausschließlich vom Zufall beeinflussten, transparenten Spielverlauf gefährdet. Da der Geschäftserfolg der Beklagten entscheidend von dem Vertrauen der Gäste abhängt, entspricht es der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht, im Rahmen des Zumutbaren alles zu unterlassen, was dieses Vertrauen gefährdet. Danach ist die Vergabe eines Darlehens an einen Stammgast jedenfalls unter den vom Kläger selbst geschilderten Umständen eine erhebliche Verletzung dieser Rücksichtnahmeverpflichtung. Durch das Verleihen von Geld können Verbindungen und Verbindlichkeiten entstehen, die den Arbeitnehmer in berufliche Konfliktsituationen bringen, da die Rückzahlung nicht zuletzt von der wirtschaftlichen Situation des Gasts abhängt. Hierdurch entsteht ein offenkundiger Zielkonflikt. Der Kläger hat sich in die Lage eines Schiedsrichters gebracht, der auf das Ergebnis des von ihm geleiteten Spiels eine Wette abgeschlossen hat. Dass darin eine Pflichtverletzung liegt, ist unübersehbar.

cc) Ob das vereinbarte Verbot der Darlehensgewährung an Kunden wirksam ist, kann offenbleiben.

d) Letztlich revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist aber auch die vom Landesarbeitsgericht vertretene weitere Auffassung, die sämtliche Umstände des Einzelfalls umfassende Interessenabwägung führe hier zur Unwirksamkeit der Kündigung.

aa) Wenn ein an sich geeigneter Grund zur Rechtfertigung einer Kündigung vorliegt, kann eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis gleichwohl nur dann beenden, wenn sich bei einer umfassenden Interessenabwägung ergibt, dass das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers im Verhältnis zu dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers überwiegt (Senat 27.

April 2006 -2 AZR 415/05 - mwN, AP BGB § 626 Nr. 203 = EzA BGB 2002 §626 Nr. 17). Die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände lassen sich nicht abschließend für alle Fälle festlegen. Zunächst kommt der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreien Bestands ein besonderes Gewicht zu. Darüber hinaus sind die Unterhaltspflichten und das Lebensalter zu berücksichtigen. Das gilt auch dann, wenn eine Kündigung auf ein Vermögensdelikt zum Nachteil des Arbeitgebers gestützt wird (Senat 27. April 2006 -2 AZR 415/05- mwN, aaO). Darüber hinaus sind insbesondere das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (Senat 10. November 2005 -2 AZR 623/04 - Rn. 38, AP BGB § 626 Nr. 196 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 11).

bb) Diesen Anforderungen wird die Würdigung des Landesarbeitsgerichts gerecht. Sie ist insbesondere nicht - wie die Revision meint - widersprüchlich und lässt auch keine wesentlichen Umstände außer Acht. Zu Gunsten der Beklagten hat das Berufungsgericht das Gewicht der Pflichtverletzung in die Wagschale geworfen. Wenn es andererseits aber die beträchtliche, beanstandungsfrei gebliebene Beschäftigungszeit, das Fehlen einer - konkreten -Schädigung sowohl des Rufs als auch der materiellen Interessen der Beklagten sowie die nicht herausgehobene Stellung des Klägers im Betrieb angeführt hat, so durfte das Landesarbeitsgericht im Ergebnis ein leichtes, aber maßgebliches Überwiegen des Bestandsinteresses des Klägers feststellen.

2. Die ordentliche Kündigung vom 23. Mai 2006 ist nach §15 KSchG 30 unzulässig.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.