

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 23. August 2018
- 2 AZR 235/18 -
ECLI:DE:BAG:2018:230818.U.2AZR235.18.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 17. Januar 2017
- 5 Ca 4419/16 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 23. Januar 2018
- 8 Sa 334/17 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Einzelfallentscheidung

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 235/18
8 Sa 334/17
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. August 2018

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. August 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Falke für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 23. Januar 2018 - 8 Sa 334/17 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen und einer hilfsweise ordentlichen Kündigung. 1

Die Beklagte führt für die F AG ua. die Reinigung der Flughafengebäude F aus. Die Klägerin war bei ihr seit 1989 beschäftigt, zuletzt als Reinigungskraft in der Nachtschicht. Die Muttersprache der Klägerin ist Griechisch. 2

Im Dezember 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien, weil die Klägerin verbotswidrig Pfandflaschen im Flughafenbereich gesammelt habe. Im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs einigten sich die Parteien auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Der Vergleichstext enthielt den Hinweis, dass es verboten sei, Pfandflaschen und Dosen einzusammeln, um sie sodann eigennützig durch Einlösung von Pfand für sich zu verwerten. Die Beklagte lege wegen der Weisungslage seitens der Auftraggeberin Wert darauf, dass sämtliche Pfandgegenstände ebenso wie anderer Plastik- und Restmüll der Entsorgung zugeführt werde, die die F AG zur Verfügung stelle. 3

Das Verbot, auf dem Gelände der F AG Pfandflaschen zu sammeln, war außerdem Gegenstand eines von der Beklagten für ihre Mitarbeiter in deutscher und griechischer Sprache erstellten und der Klägerin bekannten Informationsblatts. Darin hieß es ua.: 4

„Was

ist zu tun, was ist verboten?

- ▶ herumstehende Pfandgegenstände sind unverzüglich und auf direktem Wege im nächsten Müllschiffchen zu entsorgen
- ▶ die Entnahme entsorgter Pfandgegenstände aus Müllschiffchen ist verboten
- ▶ das Sammeln von Pfandgegenständen - etwa in gesonderten Behältnissen wie Plastiktüten etc. - ist verboten
- ▶ das Aufbewahren gesammelter Pfandgegenstände auf dem Reinigungswagen, im Spind oder in/an anderen gesonderten Räumen/Plätzen ist verboten
- ▶ jedes Einlösen von Pfandgegenständen ist verboten
- ▶ jede Annahme oder Weitergabe von Pfandgegenständen an unberechtigte Dritte ist verboten

Wann

gilt das Verbot?

- ▶ vor, während und nach der Arbeitszeit sowie in Pausen“

Die Klägerin sammelte Ende Januar 2014, Mitte April 2015, Ende Oktober 2015 und Mitte Mai 2016 erneut Pfandgut auf dem Flughafengelände, jedenfalls in den letzten beiden Fällen während ihrer Arbeitszeit. Die Beklagte mahnte sie deshalb im Februar 2014, im April und November 2015 sowie im Mai 2016 ab. Am 5. Juni 2016 fand der Sicherheitsdienst des Flughafens bei der Ausgangskontrolle wiederum eine Vielzahl von Pfandflaschen in der Handtasche der Klägerin sowie in einem Stoffbeutel und einer Plastiktüte, die sie mit sich führte. Die Klägerin gab an, sie habe die Flaschen gesammelt, weil sie Geld brauche. 5

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 15. Juni 2016 außerordentlich fristlos, mit Schreiben vom 17. Juni 2016 hilfsweise ordentlich zum 31. Januar 2017. 6

Dagegen hat sich die Klägerin mit der vorliegenden Klage gewandt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe keine zulässige Regelung über das Sammeln von Pfandgut getroffen. Die fraglichen Verbote bezögen sich 7

auch auf ihre eigenen Pfandgegenstände und ihr Verhalten außerhalb der Arbeitszeit. Sie seien zudem mangels Zustimmung des Betriebsrats unwirksam. Im Übrigen habe sie aufgrund des gerichtlichen Vergleichs davon ausgehen müssen, dass nur das eigenwirtschaftliche Sammeln von Pfandgegenständen eine Pflichtverletzung darstelle. Sie habe die Pfandflaschen aber im Zusammenhang mit einem Unfall ihrer Tochter und damit einhergehenden Schulden gesammelt. Die Abmahnungen seien ihr zu Unrecht und zudem nur in deutscher Sprache erteilt worden. Die Beklagte habe den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 15. Juni 2016 beendet worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die fristgerechte Kündigung vom 17. Juni 2016 beendet worden ist.

Die Vorinstanzen haben die Klage, entsprechend dem Antrag der Beklagten, abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die außerordentliche Kündigung vom 15. Juni 2016 zu Recht als wirksam erachtet.

10

I. Für die Kündigung bestand ein wichtiger Grund iSd. § 626 BGB.

11

1. Nach § 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 Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündi-

12

gungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 27; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 11, BAGE 159, 267*).

2. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, das der Klägerin vorgeworfene Verhalten sei „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. 13

a) Die beharrliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten kommt als ein die außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigender Grund in Betracht. Das gilt sowohl für eine Verletzung der Hauptleistungspflicht als auch von Nebenpflichten (*BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 29; 20. Oktober 2016 - 6 AZR 471/15 - Rn. 18, BAGE 157, 84*). Ein Arbeitnehmer weigert sich beharrlich, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen, wenn er sie bewusst und nachhaltig nicht erfüllen will (*BAG 28. Juni 2018 - 2 AZR 436/17 - Rn. 16*). Auch ein nachhaltiger Verstoß gegen berechnigte Weisungen des Arbeitgebers ist eine Vertragspflichtverletzung, die grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermag (*BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 845/08 - Rn. 20*). Ob eine Verletzung arbeitsvertraglicher (Neben-)Pflichten vorliegt, richtet sich nach der objektiven Rechtslage. Handelt der Arbeitnehmer in der Annahme, sein Verhalten sei rechtmäßig, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (*BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 29; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 22, BAGE 153, 111*). 14

b) Danach hat die Klägerin ihre arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich verletzt, indem sie beharrlich - zumindest auch - während der Arbeitszeit auf dem Gelände der F AG Pfandflaschen für eigene Zwecke sammelte. Dies hatte ihr die Beklagte in Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts unter 15

Wahrung billigen Ermessens gem. § 106 GewO, § 315 BGB wirksam untersagt. Die Weisung war auch nicht wegen der Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats unwirksam.

aa) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte die Klägerin 16
zuletzt „in ihrer Nachtschicht vom 4. auf den 5. Juni 2016“ und damit während
ihrer Arbeitszeit Pfandflaschen zu eigenen Zwecken auf dem Gelände der F AG
gesammelt. Der Sicherheitsdienst traf sie bei der Ausgangskontrolle mit
73 Pfandflaschen an. Die Klägerin gab an, diese gesammelt zu haben, weil sie
Geld brauche. Die Anzahl der vorgefundenen Pfandflaschen hat das Landesar-
beitsgericht zu Recht als nach § 138 Abs. 2 ZPO zugestanden angesehen. So-
weit die Klägerin sie mit der Begründung bestritten hat, sie habe „keine Er-
kenntnis über die Anzahl der ... aufgefundenen Pfandgegenstände“, hat das
Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, es handele sich um kei-
ne nach § 138 Abs. 4 ZPO zulässige Erklärung mit Nichtwissen.

bb) Die Klägerin handelte entgegen der bezogen auf ihr Verhalten während 17
der Arbeitszeit wirksamen Weisung der Beklagten und damit pflichtwidrig. Die
Beklagte hatte ihr jedenfalls das Sammeln von Pfandgegenständen während
der Arbeitszeit wirksam untersagt.

(1) Die Weisung der Beklagten, auf dem Gelände der F AG Pfandflaschen 18
weder aus den Müllschiffchen zu entnehmen noch herumstehende Pfandfla-
schen für eigene Zwecke einzusammeln, anstatt sie in die Müllschiffchen zu
geben, war nach § 106 Satz 1 GewO wirksam, soweit sie sich auf das Verhal-
ten der Klägerin während der Arbeitszeit bezog. Sie entsprach insofern billigem
Ermessen iSv. § 315 BGB schon deshalb, weil sie den Inhalt der von der Kläge-
rin während der Arbeitszeit geschuldeten Reinigungsleistung konkretisierte, oh-
ne dass dem beachtliche Interessen der Klägerin entgegenstanden.

(a) Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der 19
Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Ar-
beitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Be-
triebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vor-
schriften festgelegt sind. Dies gilt nach § 106 Satz 2 GewO auch hinsichtlich der

Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Das Weisungsrecht kann sich demnach sowohl auf die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht als auch auf den kollektiven Bereich beziehen, in dem es um diejenigen Regelungsbedürfnisse geht, die durch das Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer im Betrieb entstehen (vgl. BAG 23. August 2012 - 8 AZR 804/11 - Rn. 23, BAGE 143, 62; 23. Juni 2009 - 2 AZR 606/08 - Rn. 17).

(b) Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 106 GewO, § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb dieses Spielraums können ihm mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dem Gericht obliegt nach § 106 GewO, § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB die Prüfung, ob er die Grenzen seines Bestimmungsrechts beachtet hat. Bei dieser Prüfung kommt es nicht auf die vom Bestimmungsberechtigten angestellten Erwägungen an, sondern darauf, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenzen hat der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem er die Ermessensentscheidung zu treffen hatte (st. Rspr., BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17 - Rn. 19, BAGE 160, 325; 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 45, BAGE 160, 296). 20

(c) Der Begriff des billigen Ermessens bei der Ausübung des Weisungsrechts iSv. § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei dessen Anwendung steht dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung ist vom Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt 21

hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17 - Rn. 20, BAGE 160, 325; 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 46, BAGE 160, 296*).

(d) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Weisung der Beklagten, auf dem Betriebsgelände der F AG keine Pfandgegenstände zu sammeln, wahre die Grenzen billigen Ermessens, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung jedenfalls insoweit stand, wie sie sich auf das Verhalten während der Arbeitszeit bezog. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dies folge schon daraus, dass die Klägerin ausschließlich Reinigungsdienstleistungen schulde. Die Beklagte sei nicht gehalten, ihr zugleich eine weitere Erwerbsquelle durch das Sammeln von Pfandflaschen während der Arbeitszeit zu eröffnen. 22

(aa) Die Beklagte hat ein berechtigtes Interesse daran, dass ihre Arbeitnehmer während der Arbeitszeit keine Pfandgegenstände zu privaten Zwecken sammeln. Sie erbrächten insoweit nicht die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung (*vgl. zur privaten Internetnutzung BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 200/06 - Rn. 19; zur Privatarbeit BAG 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78 - zu B II 4 c bb der Gründe, BAGE 34, 309*). Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine „schwerwiegende“ Störung des Leistungsbereichs handelt. Allein der Umstand, dass der Leistungsbereich betroffen ist, begründet ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers daran, den Arbeitnehmern entsprechende Tätigkeiten während ihrer Arbeitszeit zu untersagen. 23

(bb) Dagegen besteht kein anerkanntes Interesse der Klägerin, während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken Pfandgegenstände zu sammeln. Im Rahmen der vereinbarten Arbeitszeit hat der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und dadurch bedingte Einschränkungen seiner privaten Lebensführung hinzunehmen (*vgl. BAG 13. August 2010 - 1 AZR 173/09 - Rn. 9, BAGE 135, 203*). Dabei konkretisiert - im Rahmen seines Weisungsrechts - der Arbeitgeber die geschuldete Arbeitsleistung, nicht der Arbeitnehmer. Soweit die Klägerin geltend macht, es sei weder festgestellt noch von der Beklagten vorgetragen worden, dass sie durch das Sammeln der Pfandgegenstände ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß er- 24

bracht habe, verkennt sie, dass es einer solchen nach der Weisung der Beklagten gerade entgeganen, während der Arbeitszeit Pfandgut zu privaten Zwecken zu sammeln. Mit ihrer Rüge, das Sammeln von Pfandgegenständen sei zumindest insoweit Gegenstand ihrer vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung gewesen, wie es außerhalb der dafür vorgesehenen Behälter erfolgte, übersieht die Klägerin, dass dies nur für das Sammeln zu dienstlichen Zwecken galt, was aber verlangte, herumstehende Pfandgegenstände unverzüglich und auf direktem Wege im nächsten Müllschiffchen zu entsorgen.

(cc) Soweit die Klägerin anführt, die Beklagte habe die Weisung in ihrem Informationsblatt zu Unrecht damit begründet, herumstehende ebenso wie entsorgte Pfandgegenstände seien Eigentum der F AG und deren unerlaubte Aneignung daher ein Vermögensdelikt, kommt es darauf für die Prüfung der Billigkeit der Weisung nicht an. Maßgeblich ist allein, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung der Billigkeit entspricht. 25

(2) Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bestand jedenfalls insoweit, wie das Verbot das Verhalten der Klägerin während der Arbeitszeit betraf, schon deshalb nicht, weil die Weisung das (mitbestimmungsfreie) Arbeitsverhalten der Reinigungskräfte zum Gegenstand hatte (*zur Unwirksamkeit arbeitgeberseitiger Weisungen bei Verletzung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 BetrVG: vgl. BAG 29. September 2004 - 5 AZR 559/03 - zu II 2 der Gründe; 10. März 1998 - 1 AZR 658/97 - zu III 2 a aa der Gründe*). 26

(a) Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dieses kann der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinieren. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Arbeitnehmer hieran zu beteiligen. Sie sollen an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gleichberechtigt teilnehmen. Dagegen sind Regelungen und Weisungen, welche die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren - sog. Arbeits- 27

verhalten -, nicht mitbestimmungspflichtig (*BAG 22. August 2017 - 1 ABR 52/14 - Rn. 24, BAGE 160, 41*). Wirkt sich eine Maßnahme zugleich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten aus, kommt es darauf an, welcher Regelungszweck überwiegt (*BAG 23. Februar 2016 - 1 ABR 18/14 - Rn. 20; 17. März 2015 - 1 ABR 48/13 - Rn. 22, BAGE 151, 117*). Ob das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betroffen ist, beurteilt sich nicht nach den subjektiven Vorstellungen, die den Arbeitgeber zu einer Maßnahme bewogen haben. Entscheidend ist der jeweilige objektive Regelungszweck. Dieser bestimmt sich nach dem Inhalt der Maßnahme sowie nach der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens (*BAG 17. Januar 2012 - 1 ABR 45/10 - Rn. 22, BAGE 140, 223; 11. Juni 2002 - 1 ABR 46/01 - zu B I der Gründe, BAGE 101, 285*).

(b) Nach diesen Grundsätzen unterlag jedenfalls das Verbot, während der Arbeitszeit auf dem Betriebsgelände der F AG Pfandgegenstände zu privaten Zwecken zu sammeln, nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Es betraf insoweit vielmehr das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten. Zwar sollte es nach der Begründung der Beklagten auch ihr äußeres Erscheinungsbild gegenüber der Auftraggeberin fördern (*vgl. dazu BAG 17. Januar 2012 - 1 ABR 45/10 - Rn. 22, BAGE 140, 223; 13. Februar 2007 - 1 ABR 18/06 - Rn. 9, BAGE 121, 147*). Gegenstand der Maßnahme war aber die Festlegung, welche Arbeiten die Arbeitnehmer in welcher Weise während ihrer Arbeitszeit auszuführen bzw. nicht auszuführen hatten (*vgl. BAG 15. April 2014 - 1 ABR 85/12 - Rn. 23; 7. Februar 2012 - 1 ABR 63/10 - Rn. 17, BAGE 140, 343*).

(3) Die Wirksamkeit der Weisung ist, soweit sie das Verhalten der Klägerin während der Arbeitszeit betrifft, einer isolierten Betrachtung zugänglich. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Verbot auch im Übrigen von dem der Beklagten zustehenden Weisungsrecht gem. § 106 GewO gedeckt und/oder nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig war. Selbst wenn man zugunsten der Klägerin unterstellt, das Verbot sei unwirksam gewesen, soweit es sich auf das Verhalten der Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit erstreckte, bliebe davon das Verbot bezogen auf das Sammeln von Pfandgegenständen während der Arbeitszeit unberührt. Die Beklagte hatte den Arbeitnehmern un-

tersagt, „vor, während und nach der Arbeitszeit sowie in Pausen“ auf dem Betriebsgelände der F AG Pfandgegenstände zu sammeln. Die Anordnung ist, soweit sie Gültigkeit für sämtliche genannten Zeiträume beansprucht, ohne Weiteres teilbar. Sie behält einen für das Verhalten der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit auch dann sinnvollen Inhalt, wenn sie darüber hinaus keinen Bestand hätte.

cc) Ihre Pflicht, es zumindest während der Arbeitszeit zu unterlassen, auf dem Gelände der F AG Pfandflaschen für eigene Zwecke zu sammeln, hat die Klägerin bewusst und nachhaltig und damit beharrlich verletzt. 30

(1) Die Klägerin hat mehrfach noch nach Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses der Parteien aufgrund des gerichtlichen Vergleichs vom 11. April 2013 Pfandflaschen - zumindest auch - während ihrer Arbeitszeit gesammelt. Dafür ist sie - jedenfalls - am 6. November 2015 und 20. Mai 2016 abgemahnt worden. Mit der Abmahnung vom November 2015 wurde ihr zudem erneut das Informationsblatt in griechischer Sprache übergeben. Die Abmahnung vom 20. Mai 2016 war überdies besonders eindringlich gestaltet. Sie endete mit den fettgedruckten und unterstrichenen Worten, es handele sich um die allerletzte Chance der Klägerin, ihr Verhalten zu überdenken und zu ändern. 31

(2) Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, die Klägerin berufe sich rechtsmissbräuchlich darauf, keine Kenntnis vom Inhalt der Abmahnungen gehabt zu haben, weil diese ihr nur in deutscher Sprache vorgelegen hätten. 32

(a) Die Berufung auf fehlende Kenntnis vom Inhalt einer Abmahnung kann dem Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein (*BAG 9. August 1984 - 2 AZR 400/83 - zu III 4 a der Gründe*). 33

(b) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, ein solcher Fall sei hier gegeben, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat zu Recht gemeint, es sei der Klägerin möglich und zumutbar gewesen, entweder umgehend deutlich zu machen, dass ihr die Sprachkenntnisse zum Verständnis der Schreiben fehlten, oder unverzüglich selbst für eine Übersetzung 34

Sorge zu tragen. Da sie die Abmahnungsschreiben jedoch ohne erkennbaren Widerspruch entgegengenommen und zu keinem Zeitpunkt einen weiteren Aufschluss über ihre Inhalte gefordert habe, habe die Beklagte davon ausgehen können, die Klägerin habe hinreichende Kenntnis vom Inhalt der Abmahnungen.

c) Die Klägerin unterlag keinem unverschuldeten Rechtsirrtum. 35

aa) Der Geltungsanspruch des Rechts bewirkt, dass der Schuldner das Risiko eines Rechtsirrtums grundsätzlich selbst trägt und es nicht dem Gläubiger überbürden kann. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum liegt nur vor, wenn der Schuldner seinen Irrtum auch unter Anwendung der zu beachtenden Sorgfalt nicht erkennen konnte. Dabei sind strenge Maßstäbe anzulegen. Es reicht nicht aus, dass er sich für seine eigene Rechtsauffassung auf eine eigene Prüfung und fachkundige Beratung stützen kann. Ein Unterliegen in einem möglichen Rechtsstreit muss zwar nicht undenkbar sein. Gleichwohl liegt ein entschuldbarer Rechtsirrtum nur dann vor, wenn der Schuldner damit nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu rechnen brauchte; ein normales Prozessrisiko entlastet ihn nicht (*BAG 17. November 2016 - 2 AZR 730/15 - Rn. 37*).

bb) Danach befand sich die Klägerin nicht in einem unverschuldeten Rechtsirrtum. Soweit sie sich darauf beruft, aufgrund von Nr. 2 Satz 1 des Vergleichs vom 11. April 2013 habe sie davon ausgehen müssen, nur das „eigenwirtschaftliche“ Einsammeln von Pfandgut stelle eine Pflichtverletzung dar, legt sie schon keine sorgfältige Prüfung der Sach- und Rechtslage dar. Ihrer „Auslegung“ des Vergleichs steht außerdem dessen Nr. 2 Satz 2 entgegen. Danach legte die Beklagte Wert darauf, dass „sämtliche Pfandgegenstände“ entsorgt werden. 37

3. Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 38

- a) Bei der Prüfung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (*BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 54; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 26, BAGE 159, 267*). 39
- aa) Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel - etwa Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung - gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 27, BAGE 159, 267*). 40
- bb) Dem Berufungsgericht kommt bei der Prüfung und Interessenabwägung ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 54; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 30, BAGE 159, 267*). 41

- b) Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts hält diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab stand. Es hat alle wesentlichen Aspekte des Falls berücksichtigt und die beiderseitigen Interessen vertretbar abgewogen. 42
- aa) Auf die möglicherweise ein Sammeln nur außerhalb der Arbeitszeit betreffende Abmahnung vom 4. Februar 2014 hat das Landesarbeitsgericht ebenso wenig abgestellt wie auf die ein Sammeln vor Beginn der Arbeitszeit betreffende Abmahnung vom 17. April 2015. Es bedarf daher auch in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung, ob die Weisung der Beklagten, auch außerhalb der Arbeitszeit auf dem Gelände der F AG keine Pfandgegenstände zu sammeln, wirksam war. 43
- bb) Entgegen der Auffassung der Klägerin musste sich nicht zu ihren Gunsten auswirken, dass die Beklagte die außerordentliche Kündigung nicht auf ein Vermögensdelikt zu ihren Lasten stützte und möglicherweise weder der Beklagten selbst noch ihrer Auftraggeberin ein wirtschaftlicher Nachteil entstanden ist. Für die kündigungsrechtliche Beurteilung der Pflichtverletzung ist deren strafrechtliche Bewertung nicht maßgebend. Entscheidend sind der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch (*BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 16, BAGE 156, 370; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 700/11 - Rn. 15, BAGE 143, 244; 24. Mai 2012 - 2 AZR 206/11 - Rn. 18*). Dies gilt auch dann, wenn die rechtswidrige Handlung Gegenstände von geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat (*BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 407/13 - Rn. 27; 20. Juni 2013 - 2 AZR 546/12 - Rn. 13, BAGE 145, 278*). 44
- cc) Die Klägerin rügt erfolglos, es fehle sowohl an Feststellungen des Landesarbeitsgerichts als auch an konkretem Sachvortrag der Beklagten, soweit diese das Verbot des Sammelns von Pfandgegenständen damit begründet habe, bei dagegen gerichteten Verstößen drohe ein Auftragsverlust und der Verlust von Arbeitsplätzen. Darauf hat das Landesarbeitsgericht seine Entscheidung nicht gestützt. Dies gilt entsprechend, soweit die Klägerin geltend macht, im Hinblick auf den behaupteten Pflichtverstoß sei eine besondere „Verwerflich- 45

keit“ in ihrem Handeln nicht zu erkennen, insbesondere habe sie nicht mit dem Vorsatz gehandelt, die Beklagte oder deren Auftraggeberin zu schädigen. Das Landesarbeitsgericht unterstellt der Klägerin weder ein besonders verwerfliches Handeln noch eine Schädigungsabsicht.

dd) Mit ihrem Vorbringen, es habe sich, selbst wenn sie seit 2011 wiederholt abgemahnt und durch den gerichtlichen Vergleich sowie das Informationsblatt darauf hingewiesen worden sei, dass sie im Bereich des Flughafens keine Pfandgegenstände sammeln dürfe, nur um verhältnismäßig geringfügige Pflichtverletzungen gehandelt, setzt die Klägerin - ohne insofern einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen - lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Landesarbeitsgerichts. 46

ee) Soweit sich die Klägerin darauf beruft, die Beklagte habe vor Ausspruch der Kündigung prüfen müssen, ob eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, ohne die Möglichkeit des Sammelns von Pfandgegenständen, in Betracht gekommen wäre, da sie nach ihrem Internetauftritt nicht nur Reinigungsdienstleistungen für die F AG am Flughafen F durchführe, handelt es sich um neuen Sachvortrag, der gem. § 559 Abs. 1 ZPO in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann. 47

4. Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Sie hat die Kündigung darauf gestützt, die Klägerin sei zuletzt am 5. Juni 2016 bei der Ausgangskontrolle mit von ihr gesammelten Pfandflaschen angetroffen worden. Die Kündigung ging der Klägerin nach ihren eigenen Angaben am 17. Juni 2016 und damit innerhalb von zwei Wochen zu. 48

II. Die außerordentliche Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört worden. Hierüber streiten die Parteien in der Revision auch nicht mehr. Einer ordnungsgemäßen Betriebsanhörung steht insbesondere nicht entgegen, dass die Beklagte dem Betriebsrat mitgeteilt hat, sie beabsichtige die Klägerin „wegen Diebstahls“ zu kündigen. Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hinreichend unterrichtet, kommt es nicht darauf an, 49

ob er diese rechtlich zutreffend eingeordnet hat (*BAG 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 48, BAGE 146, 161*).

III. Der auf die hilfsweise ordentliche Kündigung bezogene Kündigungsschutzantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist dahin zu verstehen, dass er auflösend bedingt für den Fall gestellt ist, dass der Kündigungsschutzantrag gegen die außerordentliche Kündigung ohne Erfolg bleibt. Nur dies entspricht dem wohlverstandenen (Kosten-)Interesse der Klägerin, da die Beklagte die ordentliche Kündigung nur „höchst vorsorglich“ und damit auflösend bedingt für den Fall erklärt hat, dass das Arbeitsverhältnis bereits durch die außerordentliche Kündigung beendet ist (*vgl. BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 46, BAGE 159, 267; 21. November 2013 - 2 AZR 474/12 - Rn. 18 ff., BAGE 146, 333*).

IV. Die Klägerin hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 51

Koch

Niemann

Rachor

Söller

Torsten Falke