

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 31. Juli 2014  
- 2 AZR 408/13 -

I. Arbeitsgericht Saarbrücken

Urteil vom 9. Dezember 2011  
- 2 Ca 92/11 -

II. Landesarbeitsgericht Saarland

Urteil vom 12. September 2012  
- 2 Sa 6/12 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Kooperationsbetrieb der Bundeswehr

Bestimmungen:

BGB § 626 Abs. 1, Abs. 2; BPersVG § 79 Abs. 3, Abs. 4; BetrVG § 102  
Abs. 1; BwKoopG §§ 1, 6 Abs. 1, Abs. 3; BGB §§ 174, 180

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 2 AZR 407/13 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 408/13  
2 Sa 6/12  
Landesarbeitsgericht  
Saarland

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
31. Juli 2014

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Saarland vom 12. September 2012 - 2 Sa 6/12 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1
- Der 1951 geborene Kläger trat im November 1973 in die Dienste der Bundeswehr. Zuletzt wurde er als Gabelstaplerfahrer und Lagerhelfer eingesetzt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Regelungen des TVÖD Anwendung. 2
- Anfang August 2005 wurde der Kläger der Heeresinstandsetzungslogistik HIL-GmbH (im Folgenden: GmbH) „beigestellt“. Bei der GmbH handelt es sich um ein von der Beklagten und Dritten gemeinsam gegründetes Wirtschaftsunternehmen, das als Kooperationsbetrieb iSv. § 1 BwKoopG aus der Bundeswehr ausgegliederte Aufgaben wahrnimmt. Die Arbeitsabläufe in Bezug auf die Tätigkeit des Klägers wurden seit der „Beistellung“ durch die GmbH gesteuert, während dieser selbst Arbeitnehmer der Beklagten blieb. 3
- Ende Dezember 2006 vereinbarten die Parteien Altersteilzeit für den Kläger. An die Arbeitsphase mit 39 Wochenstunden vom 1. Januar 2007 bis zum 15. November 2011 sollte sich die Freistellungsphase bis zum 30. September 2016 anschließen. 4
- Aufgabe der GmbH war es ua., Dieselkraftstoff aus den Fahrzeugen der Bundeswehr abzupumpen, sofern er starke Verunreinigungen oder Ablagerungen aufwies. Das Dieselöl wurde sodann in Behältnissen gesammelt und durch eine Fremdfirma aufbereitet. Anschließend wurde der gereinigte Kraftstoff zurückgebracht und in den Fahrzeugen wieder verwendet. Auch die bei der Auf- 5

arbeitung entstandenen Rückstände wurden zum Betriebsgelände der GmbH zurückgebracht und dort als sog. Abfalldiesel in größeren Behältnissen gesammelt. In gewissen zeitlichen Abständen ließ die GmbH die Rückstände kostenpflichtig durch eine andere Firma fachgerecht und umweltschonend entsorgen.

Ein Kollege des Klägers verfiel - laut dessen eigener Einlassung - auf den Gedanken, der Kläger könne das Abfallprodukt womöglich mit einer häuslichen Filteranlage zu betriebsfähigem Dieseldieselkraftstoff aufbereiten, um diesen sodann zum Heizen des Hauses oder zum Betanken eines privaten Fahrzeugs zu verwenden. In Absprache mit dem Kollegen füllte der Kläger daraufhin mehrfach verunreinigtes Dieselloil in Kanister ab, die er vom Betriebsgelände der GmbH - allein oder gemeinschaftlich mit dem Kollegen - abfuhr. 6

Am 7. Juni 2010 wurden das Fahrzeug und die Wohnung des Klägers polizeilich durchsucht. Dabei wurden 91 „Treibstoffkanister“ mit einer Gesamtmenge von 3.640 Litern Diesel beschlagnahmt. Das im Heizungstank des Hauses vorgefundene Dieselloil (ca. 3.000 Liter) wurde dort belassen. Im Fahrzeug des Klägers wurden zusätzlich sechs Plastikkanister sichergestellt, die etwa 180 Liter Dieseldieselkraftstoff enthielten; deren Qualität ist zwischen den Parteien streitig. 7

Die Beklagte hörte den Kläger am 11. Juni 2010 mündlich zu den Vorwürfen an. Er erklärte, er nehme dies zur Kenntnis und werde sich mit seinem Anwalt beraten. Am 14. Juni 2010 stellte die Beklagte den Kläger „rückwirkend“ zum 8. des Monats von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. 8

Am 18. Juni 2010 unterrichtete die Beklagte den Personalrat von ihrer Absicht, den Kläger außerordentlich zu kündigen. Sie gab den Inhalt des Protokolls der Beschlagnahme auszugsweise wieder und führte aus, zu ihrer Überzeugung habe sich der Kläger des Diebstahls schuldig gemacht, indem er zusammen mit seinem Kollegen erhebliche Mengen Dieseldieselkraftstoff - ca. 6.640 Liter - weggenommen und sich rechtswidrig zugeeignet habe. Darüber hinaus verwies sie auf die im Fahrzeug vorgefundene Menge Kraftstoff. Der Personalrat ließ die Frist zur Äußerung verstreichen. 9

Mit Schreiben vom 24. Juni 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos. 10

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Er habe lediglich Abfalldieselöl an sich genommen. Das Öl sei nicht mehr verwendungsfähig gewesen und habe andernfalls kostenpflichtig entsorgt werden müssen. Darin liege allenfalls eine geringfügige Pflichtverletzung. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Der Personalrat der Dienststelle sei nicht ordnungsgemäß über den wahren Kündigungssachverhalt unterrichtet worden. Auch sei er nicht auf die bestehende Altersteilzeitvereinbarung hingewiesen worden. Aufgrund seiner „Beistellung“ habe außerdem der Betriebsrat der GmbH angehört werden müssen. 11

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht beantragt 12

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 24. Juni 2010 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn ab dem 16. November 2011 nach den Regeln des abgeschlossenen Teilzeitvertrags zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die Kündigung sei aus wichtigem Grund gerechtfertigt. Der Kläger habe sich aus ihren Beständen große Mengen Dieselkraftstoff rechtswidrig zugeeignet. Am 7. Juni 2010 seien auf seinem Grundstück mehrere tausend Liter Dieselöl beschlagnahmt worden. Im Keller des Hauses seien mindestens 540 Liter Kraftstoff sichergestellt worden, der zweifelsfrei ihr - der Beklagten - zuzuordnen gewesen sei. Hinzu kämen je 180 Liter Dieselkraftstoff, die in den Fahrzeugen des Klägers und des Kollegen vorgefunden worden seien. Dabei habe es sich nicht um bloßes „Abfalldieselöl“ gehandelt. Im Übrigen liege selbst dann eine erhebliche Pflichtverletzung vor. Der Kläger habe beabsichtigt, sich oder seinem Kollegen durch die Entwendung des Kraftstoffs finanzielle Vorteile zu verschaffen. Die Kündigungserklärungsfrist sei eingehalten. Ihre kündigungsberechtigten Mitarbeiter hätten nicht vor dem 10. Juni 2010 von den maßgebenden 13

den Tatsachen Kenntnis erlangt. Die Anhörung des Personalrats sei - ausgehend von ihrem damaligen Kenntnisstand - ordnungsgemäß erfolgt.

Das Arbeitsgericht hat - nach Beweisaufnahme - dem Feststellungsantrag stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage als unzulässig abgewiesen. Dagegen hat (nur) die Beklagte Berufung eingelegt. Parallel dazu hörte sie - mit Schreiben vom 6. März 2012 - den Personalrat zu ihrer Absicht an, die bereits erklärte Kündigung zusätzlich auf neue Erkenntnisse bezüglich der Menge und der Art des entwendeten Kraftstoffs sowie auf einen Verdacht als Kündigungsgrund zu stützen. Außerdem teilte sie dem Personalrat mit, sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis der Parteien vorsorglich erneut zu kündigen. Mit Schriftsatz vom 12. April 2012 hat sie den betreffenden Sachverhalt in den vorliegenden Rechtsstreit eingeführt. Der Kläger hat daraufhin „hilfsweise“ beantragt festzustellen, dass die weitere, „eventuell ausgesprochene Kündigung“ das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat; die Beklagte hat beantragt, den Hilfsantrag „zurückzuweisen“.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage „insgesamt abgewiesen“. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, soweit er mit dem Feststellungsantrag obsiegt hat, und sodann nach seinem Hilfsantrag zu erkennen.

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist unbegründet. 16

A. Das prozessuale Vorgehen des Klägers in der Berufungsinstanz war zulässig. Das betrifft insbesondere den dort erstmals angebrachten Feststellungsantrag. Die darin liegende Klageerweiterung ist als - im Streitfall zulässige - Anschlussberufung zu verstehen. 17

I. Dem Kläger stand für eine Erweiterung der Klage im Berufungsrechtszug nur der Weg der Anschlussberufung zur Verfügung (*bspw. BAG 24. Mai* 18

2012 - 2 AZR 124/11 - Rn. 11). Als solche ist die Klageerweiterung zu behandeln. Einer Beschwer durch das erstinstanzliche Urteil bedarf es für die Anschlussberufung nicht (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 124/11 - aaO; 10. Februar 2009 - 3 AZR 728/07 - Rn. 11*).

II. Die Anschlussberufung ist gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG binnen der dem Kläger nach § 66 Abs. 1 Satz 5 ArbGG verlängerten Berufungsbeantwortungsfrist beim Landesarbeitsgericht eingegangen (*zu dieser Voraussetzung im Einzelnen BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 124/11 - Rn. 12*). Sie ist auch im Übrigen zulässig. 19

B. Die Revision bleibt ohne Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend entschieden. Der auf die fristlose Kündigung vom 24. Juni 2010 bezogene Feststellungsantrag ist unbegründet. Die Kündigung ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit sofortiger Wirkung aufgelöst. Der in zweiter Instanz erhobene (unechte) Hilfsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen. 20

I. Die Kündigung vom 24. Juni 2010 ist gemäß § 34 Abs. 2 TVöD iVm. § 626 BGB aus wichtigem Grund gerechtfertigt. 21

1. Nach § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD konnte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers, der im Kündigungszeitpunkt das 40. Lebensjahr vollendet hatte und länger als 15 Jahre bei ihr beschäftigt war, nur aus einem wichtigen Grund kündigen. Auf die tarifliche Besitzstandsregelung in § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD kommt es im Streitfall nicht an. 22

2. Mit dem Begriff „wichtiger Grund“ knüpft die tarifvertragliche Bestimmung an die gesetzliche Regelung des § 626 Abs. 1 BGB an, deren Verständnis deshalb auch für die Auslegung der Tarifnorm maßgebend ist (*BAG 26. November 2009 - 2 AZR 272/08 - Rn. 12, BAGE 132, 299; 27. November 2003 - 2 AZR 601/02 - zu B I 5 der Gründe mwN*). Aufgrund der Bezugnahme gilt zugleich § 626 Abs. 2 BGB. Danach kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen erklärt werden (*BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 688/09 - Rn. 31; 26. November 2009 - 2 AZR* 23

272/08 - Rn. 12 mwN, aaO). Das Recht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis unter diesen Voraussetzungen außerordentlich fristlos zu kündigen, wird durch den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags nicht berührt.

3. Die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB sind erfüllt. 24

a) Gemäß dieser Vorschrift 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 selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der 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 8. Mai 2014 - 2 AZR 249/13 - Rn. 16; 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 15 mwN, BAGE 146, 303*).

b) Als wichtiger Grund kann neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhafte Verletzung von Nebenpflichten „an sich“ geeignet sein (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 249/13 - Rn. 19; 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 29, BAGE 137, 54*). Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 249/13 - Rn. 19 mwN*).

- c) Begeht ein Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche - ggf. strafbare - Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darstellen. 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 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 18; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 26, BAGE 134, 349). Maßgebend ist der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - Rn. 17, BAGE 142, 176). 27
- d) Im Streitfall liegt eine in diesem Sinne erhebliche, die Schwelle zum wichtigen Grund überschreitende Pflichtverletzung vor. 28
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe im Frühjahr 2010 gemeinschaftlich mit seinem Kollegen mindestens 540 Liter Abfalldieselöl ohne Erlaubnis vom Betriebsgelände der GmbH entfernt, um es zu filtern und anschließend nach Möglichkeit selbst weiterzuverwenden oder an einen interessierten Dritten abzugeben. Weitere 180 Liter verunreinigter Kraftstoff - sechs Kanister - seien in seinem eigenen Fahrzeug vorgefunden worden. Diese Feststellungen greift der Kläger nicht an. 29
- bb) Danach hat der Kläger seine Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB erheblich und schuldhaft verletzt. Dafür kommt es nicht darauf an, ob das Abfalldieselöl im Eigentum der Beklagten oder der GmbH stand und ob das in Rede stehende Verhalten einen Straftatbestand erfüllt. 30
- (1) Dem Kläger war - unter Aufrechterhaltung seines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten - dauerhaft eine Tätigkeit bei der GmbH zugewiesen worden. Im Rahmen dieser Personalgestellung musste er die Vermögensinteressen der GmbH in gleicher Weise wahren wie diejenigen der Beklagten. Im Übrigen lief die unberechtigte Wegnahme des Kraftstoffs in Anbetracht ihrer Beteiligung an 31

der GmbH unmittelbar den Vermögensinteressen der Beklagten zuwider, mag diese auch - wie vom Kläger behauptet - nicht die Mehrheit der Anteile gehalten haben. Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe die Eigentumsverhältnisse an dem in Rede stehenden Kraftstoff nicht hinreichend aufgeklärt, geht damit ins Leere.

(2) Das Landesarbeitsgericht hat das Vorbringen des Klägers, ihm habe das Unrechtsbewusstsein gefehlt, als Schutzbehauptung gewertet und eine vorsätzliche Verletzung seiner vertraglichen Nebenpflicht angenommen. Diese Würdigung liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das Tatsachengericht von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und keine Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat (*vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - Rn. 16; 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 21*). Einen solchen Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf. Er ist auch nicht offensichtlich. Der Kläger konnte angesichts der gesonderten Aufbewahrung des Abfalldieselöls auf dem Betriebsgelände der GmbH und der Beauftragung einer darauf spezialisierten Drittfirma nicht im Zweifel darüber sein, dass der Beklagten an dessen fachgerechter Entsorgung gelegen war. Er musste wissen, dass er sich Kraftstoff - welcher Qualität auch immer - nicht ohne ausdrückliche Einwilligung der hierfür zuständigen Mitarbeiter aneignen durfte. Seiner eigenen Einlassung zufolge hat er das Abfalldieselöl auch nicht für wirtschaftlich wertlos erachtet. Beides reichte aus, um für ihn auch subjektiv eine Erlaubnis zur Mitnahme auszuschließen. 32

e) Die Kündigung ist bei Beachtung der Umstände des vorliegenden Falls und nach Abwägung der widerstreitenden Interessen gerechtfertigt. 33

aa) Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderer Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (*BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 17, BAGE 146, 303; 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 27*). Auch bei der fristlosen Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses muss die Vertrauensgrundlage so 34

schwer gestört sein, dass jede weitere Zusammenarbeit für den Arbeitgeber unzumutbar ist. Eine außerordentliche fristlose Kündigung ist gerechtfertigt, wenn es dem Arbeitgeber nicht zumutbar war, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der „fiktiven“ Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen (*BAG 18. September 2008 - 2 AZR 827/06 - Rn. 37; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - Rn. 44; vgl. auch BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 343/11 - Rn. 20*).

bb) Danach hat das Landesarbeitsgericht den ihm im Rahmen der Interessenabwägung zukommenden Beurteilungsspielraum (*dazu BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 249/13 - Rn. 35 mwN*) nicht verletzt. Es hat alle wesentlichen Aspekte des Falls berücksichtigt und die beiderseitigen Interessen vertretbar abgewogen. 35

(1) Der Kläger hat seine Stellung als Lagerhelfer zu einer Verletzung des Eigentums entweder der Beklagten oder des Kooperationsunternehmens missbraucht. In beiden Fällen liegt ein schwerwiegender Vertrauensbruch vor. Der Kläger hat sich bewusst und gewollt über die Vermögensinteressen seiner Arbeitgeberin hinweggesetzt, um sich oder einem Dritten wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Unerheblich ist, ob er in der Annahme gehandelt hat, er bewahre die Beklagte vor eigenen Aufwendungen. Die Interessen der Beklagten und ihres Kooperationsunternehmens waren erkennbar darauf gerichtet, das verunreinigte und für die Umwelt nicht ungefährliche Abfalldieselöl auf dem Betriebsgelände zwischenzulagern, um es anschließend fachgerecht entsorgen zu lassen. 36

(2) Die Pflichtverletzung ist von solchem Gewicht, dass ihre Hinnahme der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und - auch für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen war (*zu diesem Maßstab vgl. BAG 26. September 2013 - 2 AZR 741/12 - Rn. 20; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 495/11 - Rn. 16*). Die nahezu 37-jährige, ohne Beanstandungen gebliebene Betriebszugehörigkeit des Klägers und der - zu seinen Gunsten unterstellt - allenfalls geringfügige Verkehrswert des entwendeten Kraftstoffs führen zu keinem anderen Ergebnis. Der Kläger hat seine Vertragspflichten wiederholt verletzt. Er hat aus purem Eigennutz in großem Umfang Stoffe, von denen Gefahren für die Umwelt aus- 37

gehen können, einer durch die Verantwortlichen vorgesehenen fachgerechten Entsorgung entzogen. Dies brauchte die Beklagte - auch ohne vorherige Abmahnung und in Anbetracht des bestehenden Altersteilzeitarbeitsverhältnisses - nicht hinzunehmen.

(3) Soweit der Kläger meint, das Landesarbeitsgericht habe seinem Vorbringen, die Beklagte habe ihn nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils weiterbeschäftigt, keine genügende Beachtung geschenkt, ist dies - als Verfahrensrüge verstanden - unzulässig. Unabhängig davon ist nicht erkennbar, dass sich die behauptete Beschäftigung zu seinen Gunsten hätte auswirken können. Seinen Ausführungen ist nicht zu entnehmen, auf welcher Grundlage und zu welchen konkreten Bedingungen sie erfolgte. Die Frage, ob eine zeitnah nach Zugang einer fristlosen Kündigung angebotene Weiterbeschäftigung für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses bei der Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitgebers Berücksichtigung finden könnte (*so Sächsisches LAG 17. Januar 2007 - 2 Sa 808/05 - zu B I der Gründe mit zust. Anm. Höhne jurisPR-ITR 7/2009; Simon/Koschker BB 2008, 844*), stellt sich hier nicht. 38

4. Die Beklagte hat die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. 39

a) Gemäß § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann eine außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt nach Abs. 2 Satz 2 der Bestimmung mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die sachgerechte Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen eine Kündigung sprechenden Umstände (*BAG 21. Februar 2013 - 2 AZR 433/12 - Rn. 27; 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 15, BAGE 137, 54*). 40

b) Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den 41

Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen begänne (BAG 20. März 2014 - 2 AZR 1037/12 - Rn. 14; 21. Februar 2013 - 2 AZR 433/12 - Rn. 27). Dabei kommt es nicht darauf an, ob er ggf. eine Kündigung wegen erwiesener Tat oder wegen eines zumindest erdrückenden Verdachts zu erklären beabsichtigt. Dies gilt allerdings nur solange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen (BAG 31. März 1993 - 2 AZR 492/92 - zu II 1 der Gründe, BAGE 73, 42). Soll der Kündigungsgegner angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf in der Regel nicht mehr als eine Woche betragen (BAG 20. März 2014 - 2 AZR 1037/12 - aaO; 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - Rn. 15, BAGE 137, 54). Bei Vorliegen besonderer Umstände kann sie überschritten werden (BAG 2. März 2006 - 2 AZR 46/05 - Rn. 24, BAGE 117, 168). Unerheblich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder nicht (BAG 20. März 2014 - 2 AZR 1037/12 - aaO; 21. Februar 2013 - 2 AZR 433/12 - aaO). Gibt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Stellungnahme, so gereicht ihm dies hinsichtlich des Beginns der zweiwöchigen Ausschlussfrist deshalb auch dann nicht zum Nachteil, wenn der Arbeitnehmer innerhalb angemessener Überlegungszeit keine Erklärung abgibt oder seine Stellungnahme rückblickend zur Feststellung des Sachverhalts nichts beiträgt (BAG 27. Januar 1972 - 2 AZR 157/71 - zu 3 der Gründe, BAGE 24, 99). Das bedeutet zugleich, dass der mit der beabsichtigten Anhörung verbundene Fristaufschub iSv. § 626 Abs. 2 BGB nicht nachträglich entfällt, wenn der Arbeitgeber das ergebnislose Verstreichen der Frist zur Stellungnahme zum Anlass nimmt, nunmehr auf die Anhörung des Arbeitnehmers zu verzichten (BAG 20. März 2014 - 2 AZR 1037/12 - aaO).

c)        Danach hat die Beklagte die Kündigung iSv. § 626 Abs. 2 BGB rechtzeitig erklärt. 42

aa)       Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, den kündigungsberechtigten Mitarbeitern der Beklagten seien die Vorfälle vom 7. Juni 2010 nicht vor dem 43

10. Juni 2010 bekannt geworden. Mit dem Zugang der fristlosen Kündigung am 24. Juni 2010 ist die Zwei-Wochen-Frist gewahrt.

bb) Die Kündigung wäre selbst dann fristgerecht erfolgt, wenn die Kündigungsberechtigten von dem Geschehen bereits am 7. Juni 2010 Kenntnis erlangt hätten. Die Beklagte durfte es für erforderlich halten, den Kläger zum Kündigungssachverhalt anzuhören. Es war nicht auszuschließen, dass sich aus seiner Äußerung weitere, etwa ihn entlastende Umstände ergeben würden. Die Anhörung ist bereits am 11. Juni 2010 und damit binnen Wochenfrist erfolgt. Erst danach hat die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen begonnen. Die Beklagte handelte auch nicht willkürlich, als sie die Kündigung am 24. Juni 2010 erklärte. Der Kläger war nicht bereit, Angaben zur Sache zu machen. Seinen Hinweis, er werde sich mit seinem Anwalt beraten, musste die Beklagte nicht als Bitte verstehen, ihm Gelegenheit zu einer weiteren Äußerung zu geben und ggf. hierfür eine angemessene Frist zu bestimmen. 44

cc) Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass er bereits ab dem 8. Juni 2010 freigestellt worden sei, ist - ihre Zulässigkeit unterstellt - mangels Entscheidungserheblichkeit unbegründet. Selbst wenn die Freistellung einen Hinweis auf die Kenntnis einschlägiger Tatsachen gäbe, führte dies nicht dazu, dass die Beklagte die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt hätte. 45

II. Die Kündigung vom 24. Juni 2010 ist nicht deshalb unwirksam, weil der Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt worden wäre (§ 79 Abs. 4 BPersVG). Der Kündigungssachverhalt, wie er der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts zugrunde liegt, hatte sich gegenüber dem der Personalvertretung mitgeteilten Geschehen auch nicht in einer Weise verändert, dass er nur nach erneuter Anhörung des Personalrats prozessual verwertbar gewesen wäre. 46

1. Nach § 79 Abs. 3 BPersVG ist der Personalrat vor außerordentlichen Kündigungen anzuhören. Der Dienststellenleiter hat die beabsichtigte Maßnahme zu begründen. Hat der Personalrat Bedenken, so hat er sie unter Anga- 47

be der Gründe dem Dienststellenleiter unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Arbeitstagen, schriftlich mitzuteilen. Nach § 79 Abs. 4 BPersVG ist eine Kündigung unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. Diese Rechtsfolge tritt auch bei nicht ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats ein (vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - Rn. 45; 12. März 2009 - 2 AZR 251/07 - Rn. 36). Zu dieser Beteiligung gehört insbesondere die hinreichende Unterrichtung des Gremiums. Der Personalrat ist ordnungsgemäß unterrichtet worden, wenn der Arbeitgeber die für ihn subjektiv tragenden Gründe, auf denen sein Kündigungsentschluss beruht, mitgeteilt hat (BAG 13. März 2008 - 2 AZR 88/07 - Rn. 57; für die ordentliche Kündigung bspw. BAG 10. April 2014 - 2 AZR 684/13 - Rn. 22). Darauf, ob diese Umstände auch objektiv geeignet und ausreichend sind, die Kündigung zu stützen, kommt es für die Ordnungsgemäßheit der Unterrichtung nicht an (BAG 10. April 2014 - 2 AZR 684/13 - aaO; 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - Rn. 46). Fehlerhaft ist die Unterrichtung, wenn der Dienstherr dem Personalrat bewusst und gewollt unrichtige oder unvollständige Sachverhalte unterbreitet hat (BAG 10. April 2014 - 2 AZR 684/13 - aaO; 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - aaO).

2. Die Parteien streiten nicht darüber, dass die Beklagte das Mitbestimmungsverfahren gegenüber dem zuständigen örtlichen Personalrat formell ordnungsgemäß eingeleitet und die zu beachtenden Fristen gewahrt hat. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht zu erkennen. 48

3. Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe mangels entsprechenden Parteivortrags nicht davon ausgehen dürfen, „der Personalrat“ sei „bei Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung eingebunden gewesen“, ist unstatthaft. Diesen Einwand hätte der Kläger im Wege eines Tatbestandsberichtigungsantrags (§ 320 Abs. 1 ZPO) anbringen müssen. Selbst wenn im Übrigen die Mitglieder des Personalrats keine - zurechenbare - Kenntnis von der Vereinbarung gehabt haben sollten, wäre die Anhörung nicht fehlerhaft erfolgt. Der Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags war angesichts der Schwere der Kündigungsvorwürfe für den Kündigungsentschluss der Beklagten - aus deren grundsätzlich maßgebender, subjektiver Sicht - erkennbar bedeutungslos. Zwar 49

darf der Arbeitgeber dem Personalrat keine persönlichen Umstände vorenthalten, die sich im Rahmen der Interessenabwägung entscheidend zu Gunsten des Arbeitnehmers auswirken können (*BAG 6. Oktober 2005 - 2 AZR 280/04 - Rn. 41; 26. September 2002 - 2 AZR 424/01 - zu B II 3 a der Gründe*). Geht es um eine fristlose Kündigung, kann das Bestehen eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses die Interessenabwägung aber zumindest dann nicht entscheidend beeinflussen, wenn der Arbeitnehmer sich - wie hier - in der Arbeitsphase der Altersteilzeit befindet und der Eintritt in die Freistellungsphase erst nach geraumer Zeit, jedenfalls nicht vor Ablauf der - fiktiven - Kündigungsfrist anstünde.

4. Die Beklagte hat den Personalrat nicht bewusst irreführend über das Ausmaß der Pflichtverletzung unterrichtet, soweit sie auf die unberechtigte Wegnahme von ca. 6.640 Liter Dieselkraftstoff hingewiesen hat. Auf die genaue Menge und die Qualität des Diesels, dh. ob es sich um verunreinigte und nicht mehr gebrauchsfähige Kraftstoffreste oder um bessere Qualität handelte, kam es ihr - soweit sie hiervon im Kündigungszeitpunkt überhaupt konkrete Kenntnis hatte - ersichtlich nicht an. Es handelt sich zudem um Umstände, die für den Kern des mitgeteilten Vorwurfs, der Kläger habe vom Betriebsgelände der GmbH eine erhebliche Menge von Dieselkraftstoff widerrechtlich entwendet, nicht entscheidend sind. In einem solchen Fall ist es unschädlich, wenn sich der dem Personalrat mitgeteilte Sachverhalt im Kündigungsschutzprozess nicht in seiner Gesamtheit bestätigt (*vgl. BAG 27. November 2008 - 2 AZR 98/07 - Rn. 34*).

5. Der Kläger erhebt keine zulässige Verfahrensrüge, soweit er geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe eine gebotene Zeugenvernehmung zum „Informationsumfang und Informationsinhalt bei der Anhörung“ unterlassen. Es fehlt an der Darlegung der Entscheidungserheblichkeit des unter Beweis gestellten Vorbringens (*vgl. dazu BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - Rn. 28 mwN*).

III. Die Kündigung ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Dabei kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass im Kündigungszeitpunkt im maßgebenden Betrieb der GmbH ein Betriebsrat gewählt war. Dieser

war auch mit Blick auf die Gestellung des Klägers nicht zur Kündigung anzuhören. Das ergibt die Auslegung von §§ 1, 6 Abs. 1 und Abs. 3 BwKoopG.

1. Nach § 1 BwKoopG gilt dieses Gesetz ua. für Angestellte des Geschäftsbereichs des Bundesministeriums der Verteidigung, soweit und solange ihnen unter Beibehaltung ihres Dienst- oder Arbeitsverhältnisses zum Bund eine Tätigkeit in einem Wirtschaftsunternehmen zugewiesen wurde, mit dem die Bundeswehr eine Kooperation eingegangen ist. Die GmbH ist ein solches Kooperationsunternehmen. Die ihr zugewiesenen oder gestellten Arbeitnehmer, zu denen der Kläger zählt, gelten daher nach § 6 Abs. 1 BwKoopG ua. für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als ihre Arbeitnehmer. Die Regelung in § 6 Abs. 3 BwKoopG sichert die Erfüllung der Verpflichtungen des Kooperationsbetriebs aus den in § 6 Abs. 1 BwKoopG genannten Gesetzen, ua. aus dem Betriebsverfassungsgesetz. Grundsätzlich obliegt es dem Kooperationsbetrieb, die Verpflichtungen zu erfüllen. Scheitert dies allerdings daran, dass der Beschäftigte nicht in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis zum Kooperationsunternehmen steht, hat die betreffende Dienststelle dafür einzustehen (*BAG 4. Mai 2011 - 7 ABR 3/10 - Rn. 33, BAGE 138, 25*).

53

2. Die Regelungen in § 6 Abs. 1, Abs. 3 BwKoopG tragen dem Umstand Rechnung, dass das Personal der Bundeswehr langfristig in dem privatrechtlich organisierten Betrieb eines Kooperationspartners eingesetzt und dort in die Arbeitsabläufe eingegliedert wird. Mit Blick auf diese faktische Eingliederung soll für den Bereich der betrieblichen Interessenvertretung eine Gleichstellung mit den Arbeitnehmern des Kooperationsbetriebs erreicht werden (*vgl. BT-Drs. 15/2944 S. 9*), die sich nicht nur darin erschöpft, dass den Betroffenen das aktive und passive Wahlrecht im Kooperationsbetrieb zugestanden wird (*BAG 4. Mai 2011 - 7 ABR 3/10 - Rn. 36, BAGE 138, 25*). Gleichwohl bedeutet die grundsätzliche Einbeziehung zugewiesener oder gestellter Arbeitnehmer in die Betriebsverfassung nicht zwingend, dass dem Betriebsrat des Kooperationsbetriebs für diese Personengruppen uneingeschränkt die Mitbestimmungsrechte des Betriebsverfassungsgesetzes zukommen. Bestand und Umfang der betrieblichen Mitbestimmung richten sich vielmehr nach dem Gegenstand und

54

Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts und der darauf bezogenen Entscheidungsmacht (*BAG 4. Mai 2011 - 7 ABR 3/10 - Rn. 41, aaO; 9. Juni 2011 - 6 AZR 132/10 - Rn. 32, BAGE 138, 116; zum Gegenstandsbezug siehe auch BAG 19. Juni 2001 - 1 ABR 43/00 - zu B II 4 und 5 der Gründe, BAGE 98, 60*).

3. Das Anhörungsrecht des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG zielt - ebenso wie die Anhörung des Personalrats zur Kündigung nach § 79 Abs. 3 BPersVG - nicht darauf ab, die Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu überprüfen. Es beschränkt sich vielmehr darauf, dem Betriebsrat im Vorfeld der Kündigung die Möglichkeit zu geben, auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen (*für § 102 BetrVG vgl. BAG 13. Dezember 2012 - 6 AZR 348/11 - Rn. 76, BAGE 144, 125; 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 - zu II 2 der Gründe, BAGE 78, 39*). Da im Fall der Kündigung von gestellten Arbeitnehmern der Kündigungsentschluss nicht durch den Inhaber des Kooperationsbetriebs gefasst und umgesetzt wird, sondern die Entscheidung typischerweise beim öffentlichen (Vertrags-)Arbeitgeber liegt, macht eine Beteiligung des Betriebsrats des Kooperationsbetriebs insoweit keinen Sinn (*Altva-ter/Altva-ter 8. Aufl. § 6 BwKoopG Rn. 4; Tiling öAT 2013, 139, 140; für die Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG: BAG 9. Juni 2011 - 6 AZR 132/10 - Rn. 32, BAGE 138, 116; ebenso: APS/Koch 4. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 8a; Fitting Be-trVG 27. Aufl. § 5 Rn. 319, § 102 Rn. 20d; Raab in GK-BetrVG § 5 Rn. 78*). Eine Verdoppelung der Beteiligungsverfahren mit womöglich gegenläufigen Voten der beiden Arbeitnehmervertretungen wäre mangels Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers des Beschäftigungsbetriebs nicht geeignet, die Lage des betroffenen Arbeitnehmers relevant zu verbessern (*Tiling aaO*). Soweit der Personalrat aus seiner Sicht nicht über die erforderliche Sachverhaltskenntnis verfügt, um anhand der Mitteilungen des öffentlichen Arbeitgebers ein vollständiges Bild vom behaupteten Kündigungsgrund zu gewinnen, steht es ihm frei, dazu weitere Erkundigungen einzuholen und etwa den Arbeitnehmer anzuhören.

55

4. Nach diesen Grundsätzen war eine Beteiligung des Betriebsrats der GmbH nicht geboten. Die in Rede stehende außerordentliche fristlose Kündi-

56

gung betrifft das zur Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis. Der Kläger hat nicht in Abrede gestellt, dass die Kündigungsbefugnis allein bei ihr lag. Daran vermag auch eine größere Sachnähe des Betriebsrats des Kooperationsbetriebs nichts zu ändern. Ob etwas anderes dann zu gelten hätte, wenn die Ausübung des Kündigungsrechts durch den öffentlichen Arbeitgeber an das Einverständnis des Inhabers des Kooperationsbetriebs geknüpft wäre (*dazu Fitting BetrVG 27. Aufl. § 102 Rn. 20d; Tiling öAT 2013, 139, 140*), kann dahinstehen. Für einen solchen Sachverhalt fehlt es an Anhaltspunkten. Ebenso wenig hat der Kläger behauptet, die Beklagte und ihr Kooperationsunternehmen hätten den Betrieb gemeinsam geführt.

IV. Die Kündigung ist nicht gemäß § 174 Satz 1 BGB oder wegen eines Mangels in der Vertretungsmacht nach § 180 Satz 1 BGB unwirksam. Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe seinen Vortrag zur „Frage der Kündigungsbefugnis“ übergangen, ist unzulässig. Soweit das Vorbringen auf eine Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 Satz 1 BGB abzielt, lassen die Ausführungen in der Revisionsbegründung nicht erkennen, dass der Kläger die Kündigung unverzüglich mangels Vorlage eines Vollmachtnachweises zurückgewiesen hätte (*zu den Anforderungen an die Zurückweisung vgl. BAG 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 - Rn. 33 mwN, BAGE 140, 64*). Auf die Berechtigung einer entsprechenden Zurückweisung kommt es demzufolge nicht an. Soweit der Kläger geltend machen will, das Landesarbeitsgericht habe außer Acht gelassen, dass er die Kündigungsbefugnis des „die Kündigung unterschreibenden Mitarbeiters“ bestritten habe, zeigt er die Entscheidungserheblichkeit des vermeintlich übergangenen Vortrags nicht auf. Das gilt insbesondere angesichts der Möglichkeit einer konkludenten Genehmigung der Kündigung durch die Beklagte (*vgl. BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 13*), von der das Landesarbeitsgericht stillschweigend ausgegangen sein dürfte.

57

V. Da die Kündigung somit bereits wegen erwiesener Tat wirksam ist, kann dahinstehen, ob der Auffassung des Landesarbeitsgerichts zu folgen wäre, die Beklagte könne sich auf den Verdacht, der Kläger habe wesentlich grö-

58

ßere Mengen Diesel und in der Qualität höherwertigen Kraftstoff vom Betriebsgelände der GmbH rechtswidrig entwendet, deshalb nicht berufen, weil die Voraussetzungen für das Nachschieben eines solchen Kündigungsgrundes nicht vorgelegen hätten.

VI. Der Feststellungsantrag des Klägers betreffend die weitere Kündigung ist als unechter Hilfsantrag zu verstehen. Er ist nur für den Fall gestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht bereits durch die vorausgegangene fristlose Kündigung sein Ende gefunden hat. Über ihn war deshalb nicht zu entscheiden. Die Anschlussberufung ist damit gleichermaßen gegenstandslos. Der erstinstanzlich angebrachte Beschäftigungsantrag ist schon nicht in die Berufung gelangt. 59

VII. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 60

Kreft

Niemann

Berger

Bartz

Alex