

sonderer, juristischer Sprachgebrauch besagt, daß bei der Aufzählung mehrerer Delikte (wie in § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO) die Teilnahme an diesen Delikten mitzuverstehen ist. Sonst könnte man nicht einhellig<sup>3</sup> die §§ 2339 Abs. 1 BGB, 244, 245 a, 250 Abs. 1 Nr. 5, 261 und 264 StGB auch auf Anstifter und Gehilfen anwenden, obwohl diese Normen nicht analog ausgedehnt werden dürfen. Vor allem hätten sonst Rechtsprechung und Lehre nicht die oben aufgeführte Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1899 bis heute widerspruchlos übernommen.

Dieser juristische Sprachgebrauch geht dem allgemeinen Sprachgebrauch vor, wenn die mit ihm gewonnenen Ergebnisse eher den Sinn und Zweck der Norm erfüllen<sup>4</sup>. § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO hat, soweit hier von Bedeutung, folgenden Sinn und Zweck: Dem Arbeitgeber kann in der Regel nicht zugemutet werden, einen Arbeitnehmer, der mit verbrecherischem Willen die Vermögensinteressen anderer mißachtet hat, weiterzubeschäftigen, und der Arbeitgeber soll deshalb fristlos kündigen können<sup>5</sup>. Die Vermögensinteressen anderer mißachtet aber nicht nur der unmittelbare Täter, sondern auch der Anstifter und der Gehilfe. Der Strafgrund der Teilnahme liegt gerade „in der Mitverursachung des Erfolges und im verbrecherischen Willen, der in dieser Mitverursachung zum Ausdruck kommt“<sup>6</sup>. Es entspricht also dem Sinn und Zweck des § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO, wenn der Arbeitgeber auch einem Arbeitnehmer, der „nur“ zu den in § 123 Abs. 1 Nr. 2 genannten Delikten angestiftet oder dazu Hilfe geleistet hat, fristlos kündigen kann. Folglich ist — unabhängig davon, daß die Verfasser der Gewerbeordnung das Problem nicht gesehen haben<sup>7</sup> — der besondere, juristische Sprachgebrauch maßgeblich, nach dem auch Anstiftung und Beihilfe einen Grund zu fristloser Kündigung geben. — Ein Grundsatz, daß Ausnahmenvorschriften eng ausgelegt werden müssen, steht dem nicht entgegen. Wenn ein solcher Grundsatz überhaupt gilt, dann besagt er nur, daß eine Ausnahmebestimmung nicht in einem „weiteren“ Sinn ausgelegt werden darf, als durch den erkennbaren Zweck des Gesetzgebers gefordert ist<sup>8</sup>. Der erkennbare Zweck des Gesetzgebers verlangt aber gerade, wie oben ausgeführt, daß auch Anstiftung und Beihilfe eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

3. Aber selbst wenn man diesen Argumenten nicht folgen will und dabei bleibt, daß der Wortlaut gegen die h. M. spreche, überzeugt das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf nicht. Dann liegt eine in Analogie zu § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke (und nicht nur ein rechtspolitischer Fehler) vor. Das ergibt sich schon daraus, daß man nach dem vom Gesetz verfolgten Sinn und Zweck erwartet, daß auch Anstiftung und Beihilfe zu den in § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO genannten Delikten eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

Zusätzlich kann man dies mit folgender Überlegung begründen: Wenn das Gesetz einen Sachverhalt A in einer bestimmten Weise geregelt hat und diesem Sachverhalt der Sachverhalt B in einer solchen Weise gleicht, daß für die rechtliche Wertung offenbar kein Unterschied bestehen kann, dann fordert es der jeder Rechtsordnung immanente Gerechtigkeitsgrundsatz, Gleichartiges gleich zu behandeln, Sachverhalt B ebenso zu regeln wie Sachverhalt A<sup>9</sup>. Vom Gesetz geregelt ist z. B. der Fall, daß ein Arbeitnehmer einen Dritten, den der Arbeitgeber nicht kennt, bestiehlt. Für diesen Fall gewährt § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO dem Arbeitgeber das Recht, fristlos zu kündi-

3 Zu § 2339 BGB: Mot. V 520; *Staudinger/Ferid*, Komm. zum BGB, 11. Aufl., Randnr. 7 zu § 2339; *Lange*, Lehrbuch des Erbrechts, § 6 I 2; zu den StGB-Normen z. B. *Schönke/Schröder*, StGB, 12. Aufl., jeweils Randnr. 5 zu §§ 244, 245 a.

4 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 242 f., 258.

5 Vgl. *Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des Dt. Reichstags*, 3. Legislaturper., II. Sess. 1878, 2. Bd. S. 1108; *LAG Stuttgart*, 18. 3. 1968, BB 1968 S. 668.

6 *Schönke/Schröder*, a.a.O., Vorbem. § 47 Randnr. 100.

7 Mot. zur GewO für den Norddeutschen Bund v. 21. 6. 1869 in *Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes*, I. Legislaturper., Sess. 1869, 3. Bd. S. 124: Zu den gegenüber dem vorjährigen Entwurf unveränderten Bestimmungen „kann lediglich auf die bezüglichen dem vorjährigen Entwurf beigefügten Motive verwiesen werden“. Und Mot. zum Entwurf 1868: „Der Abschnitt über Gesellen und Gehilfen bedarf keiner weiteren Erläuterung“ (*Stenograph. Berichte*, I. Legislaturper., Sess. 1868, 2. Bd. S. 129).

8 *Larenz*, a.a.O., S. 261; *Enneccerus/Nipperdey*, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Aufl., § 48 Anm. 6.

9 *Larenz*, a.a.O., S. 283.

## Fristlose Kündigung gegenüber einem gewerblichen Arbeitnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe zu Diebstahl, Entwendung, Unterschlagung oder Betrug

I. Nach einem Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 8. 4. 1968 (BB 1968 S. 1042) kann einem gewerblichen Arbeitnehmer, der sich nur der Beihilfe zu einem der in § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO genannten Delikte schuldig gemacht hat, nicht fristlos gekündigt werden. Zur Begründung verweist das Landesarbeitsgericht auf den Gesetzeswortlaut, der nur die Begehung eines Diebstahls, nicht auch die Beihilfe zum Diebstahl nenne, und es ergänzt, die Beihilfe unterscheide sich von der Begehung der Tat auch schon in der Willensrichtung. Daß die absolut h. M.<sup>1</sup> trotz des allgemein bekannten Unterschiedes zwischen Täterschaft und Teilnahme und trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlauts anderer Ansicht ist, erwähnt das Landesarbeitsgericht Düsseldorf nicht. Allerdings verzichtet die herrschende Meinung selbst auf jede Begründung.

II. Die herrschende Meinung verdient aus folgenden Gründen den Vorzug:

1. Bedenklich stimmt schon, daß bei anderen rechtsähnlichen und ähnlich lautenden Normen — wie § 2339 Abs. 1 BGB, §§ 244, 245 a, 250 Abs. 1 Nr. 5, 261 und 264 StGB — nach allgemeiner Ansicht jede Art der Beteiligung, also auch Anstiftung und Beihilfe, ausreicht. Das Reichsgericht in Strafsachen z. B. erklärte ausdrücklich, „im gewöhnlichen Leben“ unterscheide man zwar zwischen Diebstahl und Beihilfe zum Diebstahl, „allein der technische Sprachgebrauch des Gesetzes“ lasse keinen Zweifel zu, daß im Gesetz unter dem Begriffe des Diebstahls auch die Hilfeleistung oder sonstige Teilnahme zu verstehen sei<sup>2</sup>.

2. Die heute anerkannten Grundsätze der Rechtsmethodik führen zu folgender Lösung:

Neben dem allgemeinen Sprachgebrauch gibt es bekanntlich einen besonderen, juristischen Sprachgebrauch. Ein solcher be-

1 Z. B. *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. I S. 600; *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. I S. 734; *Stahlhacke*, Komm. zur GewO, Anm. II 4 zu § 123; *Landmann/Rohmer*, Komm. zur GewO, 12. Aufl., Randnr. 21 zu § 123; *LAG Hannover*, BB 1951 S. 1005.

2 RGSt. 31, 41.

gen<sup>10</sup>, weil dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden soll, einen Dieb weiterzubeschäftigen. Wenn aber z. B. ein Arbeitnehmer als Gehilfe einem Fremden ermöglicht, seinen (des Gehilfen) Arbeitgeber zu bestehlen, so kann es dem Arbeitgeber noch weniger zugemutet werden, weiterhin mit dem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten. Also muß man beide Fälle gleich behandeln. Auch folgender Fall bietet sich zum Vergleich an: Wenn der Arbeitnehmer erreicht, daß ein Dritter gutgläubig einer dem Arbeitgeber fremden Person etwas wegnimmt, so kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer als „mittelbarem Täter“<sup>11</sup> unstreitig fristlos kündigen. Wenn der Arbeitnehmer dagegen einen Bösgläubigen veranlaßt, seinen Arbeitgeber zu bestehlen, so soll der Arbeitgeber nach Ansicht des Landesarbeitsgerichtes Düsseldorf — hier ist der Arbeitnehmer in der Regel nur Anstifter — nicht außerordentlich kündigen können. Der Arbeitnehmer, der sich als Tatmittler einen Bösgläubigen aussucht, ist aber nicht vertrauenswürdiger, als der, der ein gutgläubiges Werkzeug wählt. Also muß der Arbeitgeber — trotz der abschließenden Aufzählung der Kündigungsgründe — auch den Anstifter fristlos entlassen können.

III. Daraus läßt sich zusammenfassend folgern: Anstiftung und Beihilfe zu den in § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO genannten Delikten bilden scheinbar, wenn man vom allgemeinen Sprachgebrauch ausgeht, keinen Grund zur fristlosen Kündigung. Nach besonderem, juristischen Sprachgebrauch kann man unter § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO aber auch Anstiftung und Beihilfe subsumieren. Der juristische Sprachgebrauch geht bei der Auslegung des § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO dem allgemeinen Sprachgebrauch vor, weil die so erzielten Ergebnisse dem Sinn und Zweck der Norm entsprechen. Wenn man jedoch einen juristischen Sprachgebrauch in dem hier verstandenen Sinne nicht anerkennt, liegt eine Gesetzeslücke vor, die durch Analogie zu § 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO ausgefüllt werden muß. Der Arbeitgeber kann deshalb — unabhängig vom Streit über den Wortsinn — einem Arbeitnehmer, der zu Diebstahl, Entwendung, Unterschlagung oder Betrug angestiftet oder Hilfe geleistet hat, außerordentlich kündigen.

Dr. Robert SCHWEIZER, München