

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 36/03  
14 Sa 1731/01  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
11. Dezember 2003

## URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Dr. Sieg für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 13. März 2002 - 14 Sa 1731/01 - aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Arbeitgeberkündigung und einen Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin.

Die 1942 geborene, ledige Klägerin ist seit 20. Januar 1990 bei der Beklagten als Verkäuferin in deren Warenhaus in C mit einer Wochenarbeitszeit von 24 Stunden beschäftigt. Ihr Gehalt betrug zuletzt 2.279,04 DM. Mit Zustimmung des Betriebsrats kündigte die Beklagte der Klägerin am 12. Januar 2001 fristlos wegen Diebstahls. Dem liegt folgender Vorfall zugrunde:

Am 11. Januar 2001 war die Klägerin in ihrem Arbeitsbereich, der Spirituosenabteilung, mit Aufräumarbeiten beschäftigt. Noch vor der Ladenöffnungszeit stellte sie eine Tragetasche, gefüllt mit 62 Minifläschchen Alkoholika („Gräfs, Kümmerling, Kobold“) und zwei Rollen Küchenkrepp in die Telefonzentrale der Beklagten, wo üblicherweise die von den Mitarbeitern vorgenommenen Personaleinkäufe abgestellt werden. Eine in der Telefonzentrale beschäftigte Mitarbeiterin sah dies und informierte die für den Lebensmittelbereich zuständige Teamleiterin. Diese, der Abteilungsleiter Verwaltung/Warenwirtschaft und der Betriebsratsvorsitzende inspizierten die Tragetasche und warteten ab, was die Klägerin damit vorhatte. Als die Klägerin zum Schichtende mit der Tragetasche den Betrieb verlassen wollte, wurde sie mit dem Vorwurf des Diebstahls konfrontiert. Sie verteidigte sich mit der Behauptung, es handele sich um unverkäufliche Ware.

Mit ihrer Klage ist die Klägerin dem Diebstahlsvorwurf entgegengetreten. Die von ihr mitgenommenen Miniaturfläschchen hätten längere Zeit im Lager gestanden und stammten aus beschädigten Packungen. Sie hätten nicht mehr als reguläre Ware verkauft werden können und seien schon abgeschrieben und für die Entsorgung in der

Müllpresse vorgesehen gewesen. Auch die beiden Küchenkrepprollen, die aus einer aufgerissenen Packung gestammt hätten, seien nicht mehr verkäuflich gewesen. Sie seien auch schon bei Aufräumarbeiten zum Staubwischen angebrochen gewesen.

An dem fraglichen Tag habe sie die Aufgabe gehabt, das Lager und ihren Verkaufsbereich in einen tadellosen Zustand zu versetzen, weil man wegen des bevorstehenden Betriebsleiterwechsels einen besonders guten Eindruck habe machen wollen. Die Minifläschchen mit Alkoholika habe sie deshalb ausgeräumt und sich berechtigt gefühlt, diese bereits von der Beklagten aufgegebenen Ware mit nach Hause zu nehmen. Gleiches gelte für die beiden angebrochenen Rollen Küchenkrepp, die in einem Einkaufswagen in ihrer Putzecke gelegen hätten. Auch hier habe sie wegen des unordentlichen Eindrucks gemeint, diese entfernen zu müssen. Während ihrer gesamten Beschäftigungszeit habe sie sich in besonderer Weise für den Betrieb eingesetzt. Die Angelegenheit sei offenbar wegen persönlicher Animositäten aufgebauscht worden. Letztlich sei es nur darum gegangen, daß sie die vorgesetzte Abteilungsleiterin nicht vorher gefragt habe. Ansonsten wäre es völlig unproblematisch gewesen, die im Betrieb nicht mehr gebrauchten Gegenstände mit nach Hause zu nehmen. Die Notwendigkeit, vorher um Erlaubnis zu fragen, sei ihr seinerzeit nicht bewußt gewesen. Dies könne kein Grund sein, die Vertrauensbeziehung zwischen den Parteien als restlos zerstört anzusehen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 12. Januar 2001, zugegangen am 12. Januar 2001, weder fristlos noch ordentlich aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, sie zu unveränderten Bedingungen des Arbeitsvertrages als Verkäuferin in der 24-Stundenwoche zu einem Bruttoeinkommen von 2.279,04 DM pro Monat bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, bei den von der Klägerin zur Seite geschafften Gegenständen habe es sich zwar um abgesehene Ware gehandelt. Gleichwohl sei die Klägerin nicht berechtigt gewesen, diese eigenmächtig mit nach Hause zu nehmen. Auch unverkäufliche Ware werde, wenn sie noch brauchbar oder genußfähig sei, gemeinnützigen karitativen Einrichtungen zur Verfügung gestellt oder für Betriebsfeste aufgehoben. Die beiden Küchenkrepprollen

hätten auch ohne Weiteres im Betrieb für Säuberungsarbeiten verwandt werden können, zumal sie noch praktisch voll gewesen seien. In jedem Falle habe aber die Klägerin ihre Vorgesetzte vor einer Mitnahme informieren und um Erlaubnis fragen müssen. Da die Klägerin dies nicht getan habe, bleibe es bei dem berechtigten Vorwurf des Diebstahls.

Das Arbeitsgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr nach erneuter Vernehmung einer Zeugin stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet und führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das Verhalten der Klägerin am 11. Januar 2001 sei zwar arbeitsvertragswidrig und daher abmahnungswürdig gewesen. Einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung habe es aber nicht dargestellt. Zwar könne auch der bloße Versuch eines Vermögensdeliktes zu Lasten des Arbeitgebers grundsätzlich geeignet sein, ohne vorherige Abmahnung eine Entlassung zu begründen. Dabei komme unter Umständen auch die unbefugte Aneignung geringwertiger Gegenstände als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung in Betracht. Die Mitnahme der 62 Minifläschchen mit Alkoholika habe jedoch keinen Anlaß gegeben, an der Redlichkeit der Klägerin ernsthaft zu zweifeln. Für die Beklagte als Handelsunternehmen sei es letztlich belanglos gewesen, wie mit dieser nicht mehr verkäuflichen Ware verfahren worden sei. Zur Veräußerung sei die Ware nicht bestimmt gewesen und habe deshalb für die Beklagte keinen wirtschaftlichen Wert dargestellt. Bei Gegenständen von äußerst geringem Wert wie den beiden Küchenrollen seien bei der Interessenabwägung die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Interessenabwägung falle hier eindeutig zugunsten der Klägerin aus. Die Klägerin habe der Berufungskammer den Eindruck vermittelt, daß sie der Diebstahlsvorwurf schwer getroffen und gedemütigt habe. Bei dem ihr zur Last gelegten Vorwurf habe es sich eher um eine Kurzschlußhandlung als um eine bewußte Schädigung der Beklag-

ten gehandelt. Die fristlose Entlassung habe deshalb eine Überreaktion der Beklagten dargestellt.

II. Dem folgt der Senat nicht.

1. Ob das Verhalten der Klägerin am 11. Januar 2001 einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB darstellt, läßt sich noch nicht abschließend beurteilen.

a) Zwar kann die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes (§ 626 Abs. 1 BGB) im Revisionsverfahren allein darauf überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Tatsachen, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (*ständige Senatsrechtsprechung zB 13. September 1995 - 2 AZR 587/94 - BAGE 81, 27, 32; 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - BAGE 92, 184, 191*). Schon auf der Stufe des wichtigen Grundes an sich hält die Berufungsentscheidung allerdings dieser eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand.

b) Im Ansatz zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, vollendete oder auch nur versuchte Eigentums- oder Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers seien grundsätzlich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu stützen und solche Delikte stellen an sich einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Tatbestände des Diebstahls und der Unterschlagung setzen Rechtswidrigkeit sowie Vorsatz voraus und sind strafbewehrt. Dem Arbeitnehmer muß die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens deshalb bewußt sein. Auf Grund der durch den Arbeitsvertrag begründeten Nebenpflicht zur Loyalität hat er auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Diese Verpflichtung beinhaltet zugleich das Verbot, den Arbeitgeber rechtswidrig und vorsätzlich durch eine Straftat zu schädigen. Der Arbeitnehmer bricht durch die Eigentumsverletzung unabhängig vom Wert des Schadens in erheblicher Weise das Vertrauen des Arbeitgebers (*BAG 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - aaO*).

c) Dies gilt auch für den Diebstahl bzw. die Unterschlagung geringwertiger Sachen aus dem Eigentum des Arbeitgebers. Die rechtswidrige und vorsätzliche Verletzung des Eigentums oder Vermögens des Arbeitgebers ist stets, auch wenn die Sa-

chen nur geringen Wert besitzen, als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung an sich geeignet (Prüfung auf der ersten Stufe des § 626 Abs. 1 BGB). Erst die Würdigung, ob dem Arbeitgeber deshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. der vertragsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile unzumutbar ist (Prüfung auf der zweiten Stufe des § 626 Abs. 1 BGB), kann zu der Feststellung der Nichtberechtigung der außerordentlichen Kündigung führen (*BAG 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - aaO*).

Damit verstößt die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die unbefugte Aneignung geringwertiger Gegenstände komme nur „unter Umständen“ als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung in Betracht und solche Umstände lägen hier nicht vor, gegen § 626 Abs. 1 BGB. Wie die Revision zutreffend rügt, verläßt das Landesarbeitsgericht damit die der Rechtssicherheit dienende systematische Zweiteilung des § 626 Abs. 1 BGB in den wichtigen Grund an sich und die nachfolgende Zumutbarkeitsprüfung, indem es Umstände, die erst der Interessenabwägung zuzuordnen sind und eine Wertung voraussetzen (geringer Wert, unverkäuflich, wirtschaftlicher Wert), bereits für geeignet hält, den wichtigen Grund an sich auszuschließen.

d) Die Revision rügt auch zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe bei der von ihm vorgenommenen Interessenabwägung wesentliche Umstände des Sachverhalts nicht einbezogen bzw. falsch gewichtet.

aa) Die Wegnahme von immerhin 62 Minifläschchen mit Alkoholika durfte das Landesarbeitsgericht, wie die Revision zutreffend geltend macht, nicht mit der Begründung unberücksichtigt lassen, diese Waren seien nicht mehr zur Veräußerung bestimmt gewesen und hätten daher für die Beklagte keinen wirtschaftlichen Wert mehr dargestellt; für die Beklagte als Handelsunternehmen sei es letztlich belanglos gewesen, wie mit dieser nicht mehr verkäuflichen Ware verfahren worden sei. Der wirtschaftliche Wert einer Sache hängt nicht allein von dessen Verkaufsfähigkeit ab. Selbst wenn die Beklagte nicht mehr vor hatte, derartige Minifläschchen im normalen Geschäftsbetrieb, etwa auf einem Wühltisch zu reduziertem Preis, zu veräußern, hatte sie immer noch die naheliegende Möglichkeit, diese Fläschchen etwa bei Betriebsfesten zu verwenden oder einfach zu verschenken. Der Inhalt der Fläschchen stellte eine erhebliche Menge an hochprozentigem Alkohol dar. Legt man den Preis zugrunde, den ein Dritter für derartige Alkoholika in einem anderen Geschäft hätte zahlen müssen (ca. 20,00 Euro), so ist es ausgeschlossen, dieser Ware - wie das Landesarbeitsgericht

meint - jeden wirtschaftlichen Wert abzusprechen. Nur die Beklagte als Eigentümerin hatte das Recht, über diese Waren zu verfügen. Die Klägerin war demgegenüber nicht befugt, sich daran selbst zu bedienen.

bb) Bei den zwei Rollen Küchenkrepp trifft es zwar zu, daß die beiden angebrochenen Rollen von äußerst geringem Wert waren. Auch hier rügt die Revision allerdings zutreffend, daß das Landesarbeitsgericht nicht erkennbar der Frage nachgegangen ist, ob die beiden Küchenrollen lediglich als Tarnung oben auf den Minifläschchen lagen, wie es der Betriebsratsvorsitzende nach seiner Aussage vor dem Arbeitsgericht nach dem äußeren Erscheinungsbild der von der Klägerin gepackten Plastiktüte angenommen hat.

cc) Die Revision rügt weiter zutreffend, daß bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen war, wie es sich in einem Einzelhandelsbetrieb wie dem der Beklagten auf das Verhalten anderer Arbeitnehmer auswirken mußte, wenn die Beklagte derartige Versuche von Eigentumsdelikten in ihrem Betrieb ohne größere Sanktionen zuließ. In einem Handelsunternehmen, dessen Waren den Arbeitnehmern anvertraut sind, kann es allein aus Gründen der Abschreckung der anderen Arbeitnehmer erforderlich sein, in Diebstahlsfällen hart durchzugreifen.

dd) Das Landesarbeitsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, daß die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten vor allem dadurch verletzt hat, daß sie nicht die Genehmigung ihrer Vorgesetzten eingeholt hat, bevor sie die Ware mitnahm. Diese Pflichtverletzung kann jedoch nicht mit dem Landesarbeitsgericht lediglich als eine gewisse Eigenmächtigkeit ohne ernsthafte Auswirkung auf die Vertrauenswürdigkeit der Klägerin angesehen werden. Schon die Betriebsdisziplin wird durch ein solches eigenmächtiges Hinweggehen über die Person des Vorgesetzten, der die Eigentumsrechte des Arbeitgebers zu vertreten hat, gefährdet. Selbst wenn die Klägerin - wovon das Landesarbeitsgericht offenbar ausgeht - mit der heimlichen Wegnahme der Fläschchen lediglich erreichen wollte, daß diese nicht auf alle Kolleginnen verteilt wurden, stellt dies ein unredliches Verhalten gegenüber ihren Kolleginnen dar.

e) Auch die materiell-rechtliche Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe nicht hinreichend geprüft, ob eine Abmahnung zur Ahndung des Verhaltens der Klägerin wirklich ausgereicht hätte, greift durch. Nach der ständigen Senatsrechtsprechung ist bei schweren Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers eine Abmahnung nur dann nicht entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen

konnte, sein Verhalten werde nicht als erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Verhalten angesehen (*Senat 21. Juni 2001 - 2 AZR 325/00 - AP BAT § 54 Nr. 5*). Ein Arbeitnehmer in einem Warenhausbetrieb muß normalerweise davon ausgehen, daß er mit einem Diebstahl oder einer Unterschlagung auch geringwertiger Sachen im Betrieb seines Arbeitgebers seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt. Es hätte deshalb einer eingehenderen Begründung bedurft, weshalb im vorliegenden Fall nach den Gesamtumständen eine Abmahnung zur Ahndung des erheblichen Fehlverhaltens der Klägerin als ausreichend anzusehen ist. Der bloße Hinweis auf den guten Eindruck, den die Klägerin in der mündlichen Verhandlung gemacht hat, kann als entscheidender Gesichtspunkt hierzu nicht ausreichen.

f) Ohne Eingriff in den Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz kann der Senat den Fall nicht abschließend entscheiden. Der Rechtsstreit ist deshalb an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, damit dieses unter Zugrundelegung des richtigen Prüfungsmaßstabs eine fehlerfreie Interessenabwägung nachholen kann.

2. Sollte das Landesarbeitsgericht erneut zu dem Ergebnis gelangen, daß kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorlag, so wird zu prüfen sein, ob die Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzudeuten ist und ein verhaltensbedingter Grund zur ordentlichen Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG vorlag. Da das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil nur von „Entlassung“ spricht und auch das Arbeitsgericht nur die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB geprüft hat, ist nicht eindeutig erkennbar, ob die Voraussetzungen einer Umdeutung und einer fristgerechten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG überhaupt geprüft worden sind. Immerhin spricht nach dem bisherigen Parteivorbringen alles dafür, daß sich die Beklagte in jedem Fall von der Klägerin trennen und deshalb für den Fall der Unwirksamkeit ihrer fristlosen Kündigung eine ordentliche Kündigung aussprechen wollte. Dies entspricht auch der Betriebsratsanhörung. Die Klägerin hat außerdem ausdrücklich die Feststellung beantragt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten auch nicht ordentlich aufgelöst worden ist. Wenn ein Diebstahlsversuch schon stets geeignet ist, einen wichtigen Grund an sich für eine außerordentliche Kündigung darzustellen, so kommt er erst recht als verhaltensbedingter Kündigungsgrund iSv. § 1 Abs. 2 KSchG in Betracht. Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab, da nicht einmal feststeht, ob es auf diese Prüfung nach der Zurückverweisung überhaupt noch ankommt.



3. Die Zurückverweisung umfaßt auch den von der Klägerin gestellten Weiterbeschäftigungsantrag.

Rost      Brühl      Schmitz-Scholemann

Baerbaum      Sieg