

Auch die rechtswidrige und schuldhaftige Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache von geringem Wert durch den Arbeitnehmer ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben. Ob ein solches Verhalten ausreicht, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, hängt von der unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmenden Interessenabwägung ab (Bestätigung des Senatsurteils vom 24. 3. 1958 - 2 AZR 587/55 - AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung).

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über die Rechtswirksamkeit einer fristlosen Kündigung und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung.

Die zum Zeitpunkt der Klageerhebung 27 Jahre alte und verheiratete Kl. war seit Dezember 1980 bei der Bekl. in deren Warenhaus in Essen als Büffetkraft mit einem Monatslohn von 1705,- DM brutto beschäftigt.

Am 29. 3. 1982 wurde die Kl. von einer Kontrollverkäuferin beobachtet, wie sie ohne Bezahlung ein Stück Bienenstichkuchen aus dem Warenbestand nahm und hinter der Bedienungstheke verzehrte. Nach Anhörung und Zustimmung des Betriebsrates zur fristlosen und hilfsweise zur fristgemäßen Kündigung kündigte die Bekl. wegen dieses Vorfalles das Arbeitsverhältnis am 2. 4. 1982 fristlos.

Mit der vorliegenden Klage wendet sich die Kl. gegen diese Kündigung. Sie hat vorgetragen, sie habe sich an dem fragl. Tage nicht wohlfühlt. Bis zum Nachmittag habe sie deshalb kein Essen zu sich nehmen können. Als es ihr dann besser gegangen sei, habe sie, um ihren größten Hunger zu stillen, ein Stück Bienenstich verzehrt. Dieses Verhalten sei zwar nicht ordnungsgemäß gewesen, gleichwohl halte sie die fristlose Kündigung für nicht gerechtfertigt. Die Kl. hat beantragt,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 2. 4. 1982 aufgelöst ist,
2. die Bekl. zu verurteilen, sie zu unveränderten Bedingungen in ihrem Betrieb weiterzubeschäftigen.

Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, durch das Verhalten der Kl. sei die Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit zerstört worden. Die Kl. habe gegenüber dem Geschäftsführer am 29. 3. 1982 auch eingeräumt, mit der unbezahlten Entnahme von Waren und dem Verzehr hinter der Theke gegen die ihr bekannten Richtlinien für Personalkäufe verstoßen und einen strafbaren Diebstahl begangen zu haben. Es sei ihr bekannt gewesen, daß der Kauf von Ware zum eigenen Verzehr vom Abteilungsleiter hätte abgezeichnet und durch einen Kollegen kassiert werden müssen. Schnell verderbl. Ware werde, sofern sie unverkäuflich geworden sei, vom Abteilungsleiter an die Mitarbeiter zur Mitnahme und zum Verzehr verteilt. Trotz der geringen Schädigung rechtfertige ein solcher einmaliger Vorgang aufgrund der Umstände des Einzelfalles die fristlose Kündigung

Das ArbG hat der Klage stattgegeben.

In der Berufungsinanz hat die Bekl. hilfsweise den Antrag gestellt, nach Umdeutung der fristlosen Kündigung in eine fristgerechte zum 16. 4. 1982 das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Ergänzend hat sie vorgetragen, daß das gegen die Kl. eingeleitete Ermittlungsverfahren nach Zahlung eines Betrages von 60,- DM durch die Kl. von der Staatsanwaltschaft eingestellt worden sei. Erschwerend sei zu Ungunsten der Kl. zu werten, daß sie im Cafeteriabereich an einem Imbißstand gearbeitet habe und zur Entnahme des Bienenstichs in eine andere Abt. zur Kuchentheke hinübergegangen sei.

Die Kl. hat beantragt, den Auflösungsantrag abzuweisen.

Das LAG hat die fristlose in eine fristgerechte Kündigung umgedeutet und das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 1200,- DM zum 16. 4. 1982 aufgelöst. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urt. haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Kl. wendet sich nur noch gegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, während die Bekl. ihr Ziel der Klagabweisung in vollem Umfang weiterverfolgt.

Die Revision führten zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

Der Rechtsstreit ist bereits hinsichtl. der Entscheidung über die fristlose Kündigung noch nicht entscheidungsreif.

I. Das Berufungsgericht hat die fristlose Kündigung der Bekl. für rechtsunwirksam angesehen. Zur Begründung hat es sich zunächst die Entscheidungsgründe des arbeitsgerichtl. Urt. zu eigen gemacht. Das ArbG hat ausgeführt, nach dem unstreitigen Sachverhalt habe die Kl. ihre Pflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt. Die Entwendung von Waren, seien sie auch nur von geringem Wert, stelle eine Pflichtverletzung dar, die keinen Bagatelldarakter habe. Jedoch seien auch in einem solchen Fall die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen. Die Kl. habe rechtswidrig gehandelt. Aus den von ihr angeführten Gründen sei der Verzehr des Bienenstichs ohne Bezahlung weder zu rechtfertigen noch zu entschuldigen. Die Bekl. habe auch ein berechtigtes Interesse an der Zuverlässigkeit ihres Verkaufspersonals, dessen lückenlose Überwachung bei der Größenordnung des Betriebes nicht möglich sei. Zu Gunsten der Kl. sei jedoch zu berücksichtigen, daß sie das Kuchenstück nicht heimlich aus dem Betrieb herauszubringen versucht, sondern im Betrieb in aller Öffentlichkeit verzehrt habe. Dies deute darauf hin, daß sie sich ihres Unrechts kaum bewußt gewesen sei. Da es sich um leicht verderbl. Ware gehandelt habe, die erfahrungsgemäß zum Teil als unverkäufl. betrachtet werde, sei es der Kl. möglicherweise vertretbar erschienen, das Kuchenstück zum sofortigen Verzehr an sich zu nehmen. Im Hinblick auf die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit wäre deshalb eine mit einer Kündigungsandrohung verbundene Abmahnung die angemessene Sanktion gewesen.

Das Berufungsgericht hat ergänzend hierzu im wesentl. ausgeführt: Auch wenn die Bekl. die Kl. bei der ersten Anhörung auf die nach ihrer Ansicht gegebene strafrechtl. Relevanz ihres Verhaltens hingewiesen habe, sei den Gesamtumständen zu entnehmen, daß sich die Kl. des Unrechts ihres Handelns "kaum bewußt" gewesen sein möge. Der weitere Vortrag der Bekl.

über die Verteilung schnell verderbl. Ware an das Verkaufspersonal sei möglicherweise geeignet, diese Annahme zu bestätigen. Der einmalige Vorfall und die geringfügige Schädigung der Bekl. führten somit ohne eindringl. Abmahnung für den Wiederholungsfall nicht zu der schwerwiegenden Folge des Arbeitsplatzverlustes.

Entsprechendes gelte für die Umdeutung der fristlosen Kündigung in eine ordentl. Auch für die soziale Rechtfertigung einer ordentl. Kündigung fehle es an der erforderl. eindringlichen Abmahnung.

II. Bereits die Ausführungen des Berufungsgerichtes zur fristlosen Kündigung halten der revisionsrechtl. Nachprüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist der vom Berufungsgericht übernommene Ausgangspunkt des ArbG. Auch die unberechtigte Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache von geringem Wert ist an sich geeignet, aber nicht ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles stets ausreichend, eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen.

a) Zu dieser Frage vertritt insbesondere Schwerdtner (Münch. Komm., § 626 BGB Rz. 86) die Ansicht, bei Diebstählen komme es immer auf die Höhe des Schadens an. Kleinere Verfehlungen rechtfertigten die außerordentl. Kündigung nicht. Ob die konkreten betriebl. Belange von Bedeutung sein könnten (z. B. der Gesamtumfang von Materialdiebstählen in einem Betrieb), sei zweifelhaft. Dies könne nur anerkannt werden, wenn der Arbeitgeber ausreichende organisatorische Vorkehrungen getroffen habe, um einen solchen Materialschwund zu verhindern (ebenso offenbar Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 125 VII Nr. 37, S. 785).

Im Gegensatz hierzu hat der Senat in dem Urt. vom 24. 3. 1958 - 2 AZR 587/55 - AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung - den gegenüber einer Kassiererin bestehenden schwerwiegenden Verdacht, einen Betrag in Höhe von 1,- DM weniger gebont und entwendet zu haben, als einen Sachverhalt anerkannt, der, von den Besonderheiten des Einzelfalles abgesehen, geeignet sei, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Dieselbe Ansicht hat insbesondere das LAG Düsseldorf in mehreren Entscheidungen vertreten (DB 1974, 928: Entwendung von 1,- DM aus einem Kunden- Kfz durch einen Auszubildenden; DB 1976, 680: Entnahme von 20,- DM durch eine Kassiererin auch bei glaubhafter Absicht, den Betrag demnächst zurückzuerstatten: Urt. vom 23. 2. 1981 - 20 Sa 1539/80 - [nicht veröffentlicht]: Entwendung von 2 kleinen Sektflaschen zum Preis von je 4,98 DM durch einen Auslieferungsfahrer der Bekl. trotz glaubhafter Einlassung des Arbeitnehmers, er habe die Flaschen für Werbeartikel mit einem Wert von etwa 2,- DM gehalten; ebenso LAG Hamm, Urt. vom 21. 1. 1981 - 14 Sa 1066/80 - [nicht veröffentlicht]: Der "mehr als dringende" Verdacht gegenüber einer Ersten Verkäuferin der Bekl., nach Eintippen eines geringeren als des tatsächl. Verkaufspreises 4,- DM entwendet zu haben).

Das LAG Hamm hat auch in dem von Schwerdtner für seine Auffassung zitierten Urt. vom 17. 3. 1977 (BB 1977, 849 = DB 1977, 2002) die einmalige Entwendung von einigen Zigaretten aus einer für Besucher des Arbeitgebers bestimmten Zigarettdose nicht für absolut ungeeignet gehalten, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Es hat ledigl. ausgeführt, ein solches Verhalten zähle ebenso zu den "Strohhalmaffären" wie die Entwendung eines Radiergummis oder einer Anzahl von Schreibbögen. Sie könne deshalb, solange keine besonderen Umstände hinzuträten, keinen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen. Sie sei nicht mit ei-

nem Personaldiebstahl von Waren zu vergleichen und habe deshalb ein weit geringeres Gewicht.

b) An der dem Senatsurteil vom 24. 3. 1958 (aaO) zugrunde liegenden Ansicht, daß auch die Entwendung von im Eigentum des Arbeitgeber stehenden geringwertigen Sachen an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben, und es somit immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankommt, ob ein solches Verhalten die fristlose Kündigung rechtfertigt, ist festzuhalten.

Die Konkretisierung des wichtigen Kündigungsgrundes durch die abgestufte Prüfung in 2 systematisch zu trennende Abschnitte, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben, und ob bei der Berücksichtigung dieses Umstandes und der Interessenabwägung die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist, dient dazu, den Begriff des wichtigen Grundes näher zu klären. Dabei können für die vorrangige Frage, ob ein bestimmter Grund an sich eine außerordentl. Kündigung zu rechtfertigen vermag, allgemeine Grundsätze aufgestellt werden. Diese Abgrenzung dient der Rechtssicherheit, weil sie die Anwendung des Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes überschaubarer macht (vgl. KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz. 58 bis 64; m. w. N.). Dem widerspricht es, vorsätzl. und widerrechtl. Verletzungen des Eigentums oder des Vermögens des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer allein wegen einer als geringfügig anzusehenden Schädigung des Arbeitgebers von vornherein die Eignung für eine außerordentl. Kündigung abzusprechen. Ob ein Schaden als geringfügig zu betrachten ist, ist bereits eine Wertungsfrage. Es davon abhängig zu machen, ob das Verhalten des Arbeitnehmers einen wichtigen Kündigungsgrund abgeben kann, würde dem Zweck des abgestuften Prüfungsmaßstabs widersprechen. Wie auch die angeführten Instanzentscheidungen zeigen, kann der Umfang des dem Arbeitgeber zugefügten Schadens insbesondere nach der Stellung des Arbeitnehmers, der Art der entwendeten Ware und den besonderen Verhältnissen des Betriebes ein unterschiedl. Gewicht für die Beurteilung der Schwere der Pflichtverletzung haben. So ist etwa die Entwendung einer Zigarette aus einer Besucherschattulle des Arbeitgebers durch einen Arbeitnehmer anders zu beurteilen als die Entwendung einer gleichwertigen Ware durch einen Arbeitnehmer, dem sie - als Verkäufer, Lagerist oder Auslieferungsfahrer - gerade auch zur Obhut anvertraut ist. Objektive Kriterien für eine allein am Wert des entwendeten Gegenstandes ausgerichtete Abgrenzung in ein für eine außerordentl. Kündigung grundsätzl. geeignetes nicht geeignetes Verhalten lassen sich nicht aufstellen.

2. Gegen die weitere Würdigung des Berufungsgerichtes, das Verhalten der Kl. rechtfertige unter Berücksichtigung der Fallumstände die fristlose Kündigung nicht, wendet sich die Revision der Bekl. jedoch mit Erfolg.

a) Die außerordentl. Kündigung aus einem verhaltensbedingten Grund erfordert in der Regel, daß der Gekündigte die Pflichtverletzung auch rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Eine vorwerfbare Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund unverschuldeten Rechtsirrtums sein Tun für berechtigt gehalten hat (vgl. BAG, Urt. vom 12. 4. 1973 - 2 AZR 291/72 - AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht; KR-Hillebrecht, aaO, Rz. 107, 108; m. w. N.).

b) Das ArbG und das LAG sind zutreffend davon ausgegangen, daß die Kl. durch den Verzehr des Kuchenstücks ohne Bezahlung rechtswidrig das Eigentum der Bekl. verletzt hat. Insoweit erhebt auch die Kl. mit ihrer Revision keine Rügen.

c) Mit der Würdigung, die Kl. möge sich subjektiv des Unrechts ihres Verhaltens kaum bewußt gewesen sein, will das Berufungsgericht offenbar zum Ausdruck bringen, der Kl. könne nicht widerlegt werden, sich in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden zu haben. Diese Feststellung beruht jedoch auf Verfahrensfehlern, die die Bekl. ordnungsgemäß gerügt hat.

Die Bekl. hat in der Berufungsbegründung unter Beweisanspruch vorgetragen, die Kl. habe dem Geschäftsführer auf Befragen zugestanden, darüber unterrichtet gewesen zu sein, daß sie hinter dem Ladentisch keine Eßware verzehren dürfe und bei einem Kauf zum eigenen Verzehr den Kaufpreis durch einen Kollegen kassieren sowie vom Abteilungsleiter abzeichnen lassen müsse. Sie habe ferner die ausdrükl. an sie gerichtete Frage bejaht, ob ihr bewußt gewesen sei, daß die Entnahme von Ware ohne Bezahlung einen strafbaren Diebstahl darstelle. Hierzu hat das Berufungsgericht ledigl. ausgeführt, der bei der Anhörung durch die Bekl. gegebene Hinweis auf die nach Ansicht der Bekl. gegebene "strafrechtl. Relevanz" des Verhaltens der Kl. ändere nichts daran, daß die Gesamtumstände des Falles auf fehlendes Unrechtsbewußtsein der Kl. schließen ließen. Damit hat das Berufungsgericht den Sachvortrag der Bekl. in einem entscheidenden Punkt übergangen. Es hat die für die subjektive Tatseite der Kl. wesentl. Behauptung der Bekl. unberücksichtigt gelassen, die Kl. habe sowohl ihre Kenntnis von den Anordnungen der Bekl. bei Personalkäufen zugestanden als auch selbst eingeräumt, sich strafbar gemacht zu haben.

Die pauschale Wertung, die Gesamtumstände sprächen gegen ein Unrechtsbewußtsein bei der Kl., steht zudem in Widerspruch zu der sich aus § 286 Abs. 1 ZPO ergebenden Pflicht des Tatrichters, alle für die Beweiswürdigung wesentl. Umstände auch im Urteil darzustellen. Gleiches gilt für die Würdigung, der Vortrag der Bekl. über die Verteilung schnell verderbl. Ware bestätige "möglicherweise" die Annahme eines fehlenden Unrechtsbewußtseins. Hat die Kl. eingeräumt, sich eines strafbaren Diebstahls schuldig gemacht zu haben, so spricht dies gegen die Annahme, sie habe sich im Hinblick auf diese betriebl. Übung zum Verzehr des Bienenstichs für berechtigt gehalten.

III. 1. Bereits diese Verfahrensfehler machen die Aufhebung des angefochtenen Urt. und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erforderl., weil die für die Würdigung des Verhaltens der Kl. als wichtiger Kündigungsgrund wesentl. Frage des Verschuldens noch nicht abschließend geklärt ist. Hat die Kl. vorsätzl. und schuldhaft gehandelt, kann das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, wegen fehlender Abmahnung der Kl. verneint werden. Da es sich vorliegend um eine Störung im Vertrauensbereich handelt, ist eine vorherige Abmahnung als Teil des Kündigungsgrundes nur dann erforderl., wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen, etwa aufgrund einer unklaren Regelung oder Anweisung, annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebl., den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen (vgl. Senatsurt. vom 30. 6. 1983 - 2 AZR 524/81 - AP Nr. 15 zu Art. 140 GG [zu A IV 1 der Gründe]; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz. 90a; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz. 100). Diese Voraussetzungen sind aber nicht erfüllt, wenn die Kl. sich selbst des Unrechts ihrer Tat bewußt gewesen ist. Die Rechtswirksamkeit der außerordentl. Kündigung hängt dann von dem Ergebnis der Interessenabwägung ab. Die Entscheidung hierüber ist vorgreifl. dafür, ob die soziale Rechtfertigung der Kündigung als umgedeutete ordentl. geprüft werden muß. Deshalb ist das angefochtene Urt. auch in diesem Punkt aufzuheben.

2. Das gilt auch für die Entscheidung über den Auflösungsantrag der Bekl., den sie nur als Hilfsantrag für den Fall ihres Unterliegens mit ihrem Antrag auf Abweisung der Kündigungsschutzklage gestellt hat.

3. Sollte das Berufungsgericht im zurückverwiesenen Verfahren wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die Kündigung der Bekl. als fristlose wie als ordentl. unwirksam ist, wird es erneut über den Auflösungsantrag der Bekl. zu befinden haben. Entgegen der Ansicht der Kl. ist dieser Antrag zulässig, weil er, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang des Vorbringens der Bekl. eindeutig ergibt, im Hinblick auf die umgedeutete ordentl. Kündigung gestellt worden ist (vgl. dazu BAG, Urt. vom 26. 10. 1979 - 7 AZR 752/77 - AP Nr. 5 zu § 9 KSchG 1969 [zu A II 1 der Gründe]).

(F) RdA 84, 321 = Betrieb 84, 2702 = NJW 85, 284 = NZA 85, 91 = AR-Blattei Kündigung IX, Entsch. 62 = SAE 84, 356 = AuR 84, 346 = EzA § 626 n. F. BGB Nr. 40 = BlfSt. 85, 23 = ARST 85, 61 = EzBAT § 54 BAT Strafbare Handlung Nr. 8