



§ 626 BGB, § 1 Abs. 2 KSchG

## Fall Emmely – Kündigung wegen unrechtmäßigen Einlösens aufgefundener Leergutbons – Interessenabwägung

BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09

### Fall (Sachverhalt vereinfacht)

Die 1958 geborene K war seit April 1977 bei der B, bei der mehr als zehn Arbeitnehmer tätig sind, als Verkäuferin mit Kassentätigkeit beschäftigt.

In der Filiale, in der K arbeitet, steht für die Rückgabe von Leergut ein Flaschenautomat bereit. Die dort ausgedruckten Pfandbons werden beim Einlösen durch Kunden an der Kasse von der Kassiererin mit der Hand abgezeichnet. Sofern Mitarbeiter Leergut abgeben wollen, müssen sie dieses nach einer Anweisung der B zunächst bei Betreten der Filiale dem Filialverantwortlichen vorzeigen und später den Pfandbon von diesem abzeichnen lassen, bevor sie ihn an der Kasse abgeben. Beim Einlösen an der Kasse werden die Leergutbons der Mitarbeiter von der Kassiererin ein zweites Mal abgezeichnet.

Am 12.01.2008 fand eine Mitarbeiterin zwei nicht abgezeichnete Leergutbons im Wert von 0,48 € und 0,82 €. Sie trugen das Datum des Tages und waren im Abstand von ca. einer Dreiviertelstunde am Automaten erstellt worden. Die Mitarbeiterin legte die Bons dem Filialleiter vor. Dieser reichte sie an K mit der Maßgabe weiter, sie im Kassenbüro aufzubewahren für den Fall, dass sich noch ein Kunde melden und Anspruch darauf erheben würde; andernfalls sollten sie als „Fehlbons“ verbucht werden. K legte die Bons auf eine – für alle Mitarbeiter zugängliche und einsehbare – Ablage im Kassenbüro.

Am 22.01.2008 kaufte die K in der Filiale außerhalb ihrer Arbeitszeit privat ein. An der Kasse überreichte sie ihrer Kollegin zwei nicht abgezeichnete Leergutbons. Laut Kassenjournal wurden diese mit Werten von 0,48 € und 0,82 € registriert. Beim Kassieren war auch die Kassenleiterin und Vorgesetzte der K anwesend.

Zur Klärung der Herkunft der eingereichten Bons führte die B mit der K ab dem 25.01.2008 insgesamt vier Gespräche, an denen jeweils zwei Mitglieder des Betriebsrats teilnahmen. Sie hielt ihr vor, die eingelösten Bons seien nicht abgezeichnet gewesen und stimmten hinsichtlich Wert und Ausgabedatum mit den im Kassenbüro aufbewahrten Bons überein. Es bestehe der dringende Verdacht, dass sie die „Kundenbons“ an sich genommen und zu ihrem Vorteil verwendet habe. K bestritt dies und erklärte, selbst wenn die Bons übereinstimmen, bestehe die Möglichkeit, dass ihr entsprechende Bons durch eine ihrer Töchter oder durch Dritte zugesteckt worden seien. So habe sie am 21. oder 22.01.2008 einer Arbeitskollegin ihre Geldbörse ausgehändigt mit der Bitte, diese in ihren Spind zu legen. B legte der K nahe, zur Untermauerung ihrer Behauptung eine eidesstattliche Erklärung einer Tochter beizubringen. Außerdem befragte sie die benannte Kollegin, die die Angaben der K bestritt. Beim letzten, am 15.02.2008 geführten Gespräch überreichte K eine schriftliche Erklärung, mit der eine ihrer Töchter bestätigte, bei der B hin und wieder für ihre Mutter einzukaufen, dabei auch Leergut einzulösen und „Umgang“ mit der Geldbörse ihrer Mutter „pflegen zu dürfen“.

Mit Schreiben vom 18.02.2008 hörte die B den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung, gestützt auf den Verdacht der Einlösung der Bons, an.

### Leitsätze

1. Rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, können auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat.

2. Das Gesetz kennt auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe. Es bedarf stets einer umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung dahingehend, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung – zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht.

Nach Erhalt der Stellungnahme des Betriebsrats kündigte die B mit Schreiben vom 22.02.2008, der K übergeben am selben Tag, das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 30.09.2008.

K hat gegen die Kündigungen am 27.02.2008 Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erhoben. Sie behauptet, sie habe jedenfalls nicht bewusst Leergutbons eingelöst, die ihr nicht gehörten. Sollte es sich bei den registrierten Bons tatsächlich um die im Kassenbüro abgelegten Bons gehandelt haben, müsse auch die Möglichkeit eines Austauschs der Bons während des Kassiervorgangs in Betracht gezogen werden. Denkbare Motiv hierfür sei ihre Streikteilnahme vom Herbst 2007, die ohnehin der wahre Grund für die Kündigung sei. Ferner vertritt K die Auffassung, eine Verdachtskündigung sei – insbesondere bei geringwertigen Sachen – wegen der Unschuldsvermutung ohnehin unzulässig. Zumindest sei in ihrem Fall die Kündigung in Anbetracht der Einmaligkeit des Vorfalles und ihrer langen Betriebszugehörigkeit unangemessen, zumal der B kein Schaden entstanden sei.

B beantragt Klageabweisung. Sie macht geltend, es bestehe der dringende Verdacht, dass K die im Kassenbüro hinterlegten Leergutbons für sich verwendet habe. Dafür sprächen die in der Anhörung angeführten Tatsachen sowie der Umstand, dass diese Bons bei einer unmittelbar nach dem Einkauf der K durchgeführten Suche nicht mehr auffindbar gewesen seien. Es sei auch das mehrfach geänderte Verteidigungsvorbringen der K zu berücksichtigen, das sich in keinem Punkt als haltbar erwiesen habe. Damit sei das Vertrauen in die redliche Ausführung der Arbeitsaufgaben durch K unwiederbringlich zerstört.

Erfolgsaussichten der Klage?

## Entscheidung

Die Klage der K hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit der Klage

**I.** K und B streiten über die Wirksamkeit der Kündigungen und somit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Daher ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 b ArbGG eröffnet. Erstinstanzlich zuständig ist das Arbeitsgericht, § 2 Abs. 5 i.V.m. § 8 Abs. 1 ArbGG.

**II.** Die von K erhobene **Kündigungsschutzklage**, § 4 S. 1 KSchG, muss die **statthafte Klageart** sein.

Gemäß § 4 S. 1 KSchG muss ein Arbeitnehmer gegen eine ordentliche sowie gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG i.V.m. § 4 S. 1 KSchG auch gegen eine außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben. Dies gilt seit 01.01.2004 gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG unabhängig von der betrieblichen Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes und wegen des Zweckes dieser Neuregelung, den Vertragsparteien möglichst früh Klarheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu verschaffen, auch unabhängig von der persönlichen Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes.

Die nicht fristgebundene allgemeine Feststellungsklage gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 256 ZPO ist demgegenüber nur ausnahmsweise die statthafte Klageart: Zum einen, wenn der Arbeitnehmer den Zugang bzw. die fehlende Schriftform der Kündigung rügt, da § 4 S. 1 KSchG den Zugang einer schriftlichen Kündigung voraussetzt, zum anderen, wenn der Arbeitnehmer bei einer ordentlichen Kündigung die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist moniert, da er in diesem Fall die Kündigung für wirksam hält (BAG NJW 2006, 3513).

### Kündigungsschutzklage gemäß § 4 S. 1 KSchG

Seit 01.01.2004 muss der Arbeitnehmer grundsätzlich gegen jede Kündigung des Arbeitgebers Kündigungsschutzklage erheben – unabhängig von der persönlichen und betrieblichen Anwendbarkeit des KSchG und unabhängig vom Unwirksamkeitsgrund.

**Ausnahme:** Arbeitnehmer rügt lediglich fehlenden Zugang bzw. fehlende Schriftform oder Nichteinhaltung der Kündigungsfrist – dann ist die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 256 ZPO die statthafte Klageart.



K ist der Auffassung, die Kündigungen seien wegen fehlender Kündigungsgründe unwirksam, sodass die genannten Ausnahmen nicht eingreifen und daher die Kündigungsschutzklage gemäß § 4 S. 1 KSchG (i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG) die statthafte Klageart ist.

**III.** K hat gegen die Kündigungen vom 22.02.2008 am 27.02.2008 Klage erhoben, sodass die Drei-Wochenfrist des § 4 S. 1 KSchG gewahrt ist und folglich dahinstehen kann, ob es sich um eine echte Prozessvoraussetzung oder um eine materielle Ausschlussfrist handelt.

**IV.** K begehrt mit ihrer Klage die Feststellung, dass das bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung der B vom 22.02.2008 beendet worden ist. Fraglich ist, wie dieses Feststellungsbegehren der K zu verstehen ist.

Kündigt der Arbeitgeber außerordentlich und hilfsweise ordentlich, erklärt er damit zwei voneinander zu unterscheidende Kündigungen. Folglich enthält das Feststellungsbegehren der K **zwei Kündigungsschutzanträge**: zum einen bezogen auf die außerordentliche Kündigung und zum anderen – für den Fall, dass sie mit ihrem Antrag, der die außerordentliche Kündigung betrifft, obsiegt – bezogen auf die hilfsweise ordentliche Kündigung.

Somit begehrt K eine Entscheidung über ihren zweiten Kündigungsschutzantrag – betreffend die ordentliche Kündigung – nur für den Fall, dass sie mit ihrem ersten Kündigungsschutzbegehren bzgl. der außerordentlichen Kündigung Erfolg hat. Dabei handelt es sich um einen sog. **unechten Hilfsantrag**, der gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 495, 260 ZPO zulässig ist.

Somit ist die Klage der K zulässig.

## B. Begründetheit der Klage

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis der K durch die Kündigungen der B vom 22.02.2008 nicht aufgelöst worden ist. Das ist der Fall, wenn diese Kündigungen unwirksam sind.

### I. Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der B vom 22.02.2008

**1.** K ist seit April 1977 bei B beschäftigt, sodass zwischen K und B ursprünglich ein wirksamer Arbeitsvertrag vorgelegen hat.

**2.** B hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22.02.2008 fristlos gekündigt, sodass eine wirksame, insbesondere auch schriftliche Kündigungserklärung gemäß § 623 BGB vorliegt.

**3.** Die B hat den Betriebsrat mit Schreiben vom 18.02.2008 zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung, gestützt auf den Verdacht der Einlösung der Bons, angehört. **Fraglich ist, ob diese Anhörung, die ausschließlich zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung, aber nicht zu einer Tatkündigung erfolgte, den Anforderungen des § 102 BetrVG genügt.**

„[24] bb) Der Umstand, dass der Betriebsrat ausschließlich zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung gehört wurde, steht dem nicht entgegen. Die gerichtliche Berücksichtigung des Geschehens als erwiesene Tat setzt voraus, dass dem Betriebsrat – ggf. im Rahmen zulässigen ‚Nachschiebens‘ – diejenigen Umstände mitgeteilt worden sind, welche nicht nur den Tatverdacht, sondern zur Überzeugung des Gerichts auch den Tatvorwurf begründen (...). Bei dieser Sachlage ist dem Normzweck des § 102 Abs. 1 BetrVG auch durch eine Anhörung nur zur Verdachtskündigung genüge getan. Dem Betriebsrat wird dadurch nichts vorenthalten. **Die Mitteilung des Arbeitgebers, einem Arbeitnehmer solle schon und allein wegen des Verdachts einer pflichtwidrigen Handlung gekündigt werden, gibt ihm sogar weit stärkeren Anlass für ein umfassendes Tätigwerden**

### Rechtsnatur der Drei-Wochenfrist des § 4 S. 1 KSchG

- Nach einer Meinung handelt es sich wegen der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist (Brox/Rüthers/Henssler ArbR, 18. Aufl. 2010, Rdnr. 521 m.w.N.).
- Nach der Rspr. (BAGE 52, 263) handelt es sich um eine prozessuale Klageerhebungsfrist, deren Versäumung jedoch gemäß § 7 KSchG materiell-rechtliche Wirkungen hat.
- Nach a.A. (Herschel-Steimann, KSchG, 6. Aufl. 1984, § 3 KSchG Rdnr. 12) ist die Fristwahrung wegen des Wortlauts des § 5 KSchG („nachträglich zuzulassen“) eine echte Prozessvoraussetzung.

**Echter Hilfsantrag:** Der Kläger begehrt eine Entscheidung über den Hilfsantrag nur für den Fall, dass dem Hauptantrag nicht entsprochen wird.

**Unechter Hilfsantrag:** Der Kläger begehrt eine Entscheidung über den Hilfsantrag für den Fall, dass Hauptantrag Erfolg hat.

**Prüfungsschema für eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber**

- I. Ursprünglich wirksamer Arbeitsvertrag
- II. Ordnungsgemäße – insbesondere schriftliche – Kündigungserklärung, § 623 BGB
- III. Vorherige Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG
- IV. Kein besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 9 MuSchG
- V. Voraussetzungen des § 626 BGB
  1. Wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB
    - An sich wichtiger Grund  
= Tatsachen, die generell geeignet sind, einen wichtigen Grund abzugeben
    - Auch im konkreten Fall  
= Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen
  2. Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB
- VI. Evtl. Heilung der Unwirksamkeit gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 7 KSchG

Eine Verdachtskündigung ist zulässig, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, diese Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (vgl. st.Rspr. des BAG, z.B. Ur. v. 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809).

**als eine Anhörung wegen einer als erwiesen behaupteten Tat (...).** Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. ...“

Somit ist eine ordnungsgemäße Anhörung gemäß § 102 BetrVG erfolgt.

**4.** Besonderer Kündigungsschutz greift zugunsten der K nicht ein.

**5.** Ferner müssen die **Voraussetzungen des § 626 BGB** gegeben sein.

**a)** Erforderlich ist das **Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB.**

„[16] I. ... 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 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 (st. Rspr., ...).“

**aa)** Nach dieser vom BAG entwickelten zweistufigen Prüfung des wichtigen Grundes müssen also zunächst Umstände gegeben sein, die an sich, d.h. ohne Berücksichtigung der besonderen Einzelfallumstände, geeignet sind, einen wichtigen Grund abzugeben. Das ist der Fall, wenn objektiv Tatsachen vorliegen, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den anderen Teil bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen (Dütz, ArbR, 14. Aufl. 2009, Rdnr. 388).

B hat die K wegen des dringenden Verdachts eines pflichtwidrigen Verhaltens – unrechtmäßige Einlösung der Leergutbons – fristlos entlassen. Angesichts der vorliegenden Tatsachen könnte man jedoch auch von einer tatsächlich begangenen Pflichtverletzung seitens der K ausgehen.

**Fraglich ist, ob das Arbeitsgericht die ausgesprochene Kündigung als Tat Kündigung würdigen darf, wenn der Arbeitgeber selbst nur eine Verdachtskündigung ausgesprochen hat.**

„[22] c) Einer Würdigung des Geschehens unter der Annahme, die Klägerin habe sich nachweislich pflichtwidrig verhalten, steht nicht entgegen, dass die Beklagte sich zur Rechtfertigung der Kündigung nur auf einen entsprechenden Verdacht berufen und den Betriebsrat auch nur zu einer Verdachtskündigung angehört hat.

[23] aa) ... Der Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens stellt zwar gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (st. Rspr., ...). Beide Gründe stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Wird die Kündigung mit dem Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens begründet, steht indessen zur Überzeugung des Gerichts die Pflichtwidrigkeit tatsächlich fest, lässt dies die materiellrechtliche Wirksamkeit der Kündigung unberührt. Maßgebend ist allein der objektive Sachverhalt, wie er sich dem Gericht nach Parteivorbringen und ggf. Beweisaufnahme darstellt. Ergibt sich daraus nach tatrichterlicher Würdigung das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit, ist das Gericht nicht gehindert, dies seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Es ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber sich während des Prozesses darauf berufen hat, er stütze die Kündigung auch auf die erwiesene Tat (...).“

Infolgedessen kann das Arbeitsgericht die als Verdachtskündigung ausgesprochene Kündigung auch als Tat Kündigung würdigen, wenn nach seiner Überzeugung eine von K begangene Pflichtverletzung vorliegt.

Da die der K vom Filialleiter übergebenen Leergutbons dieselben Beträge aufwiesen wie diejenigen, die sie am 22.01.2008 bei ihrem privaten Einkauf eingelöst hat, und die ihr anvertrauten Bons nach diesem Einkauf auch nicht



mehr aufzufinden waren, ist davon auszugehen, dass K bei ihrem Einkauf die ihr anvertrauten Bons verwendet hat. Die Behauptung der K, dass ihr diese Bons von einer Mitarbeiterin oder einer ihrer Töchter „untergeschoben“ oder diese beim Kassiervorgang ausgetauscht worden sind, konnte die K nicht durch Tatsachen näher substantiieren. Insbesondere die von ihr vorgelegte Erklärung einer ihrer Töchter belegt in keiner Weise, dass ihre Tochter ihr die Bons in das Portemonnaie gesteckt hat. Folglich erscheinen die im Laufe der verschiedenen Anhörungen von K auch mehrfach geänderten Behauptungen nicht überzeugend, sodass davon auszugehen ist, dass K die ihr vom Filialleiter anvertrauten Leergutbons bewusst unrechtmäßig bei ihrem privaten Einkauf – also vorsätzlich pflichtwidrig – verwendet hat.

(1) Eine rechtswidrige und vorsätzliche Handlung des Arbeitnehmers, die unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtet ist, stellt eine schwerwiegende Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB dar und ist daher an sich geeignet, einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB zu bilden.

(2) Die von K eingelösten Leergutbons hatten jedoch nur einen Wert von insgesamt 1,30 €. Fraglich ist daher, ob auch solche Pflichtverletzungen, die lediglich **Sachen von geringem Wert** betreffen, einen an sich wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darstellen.

„[26] a) ... Ein solches Verhalten kann auch dann einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat (...).

[27] b) ... Ein Arbeitnehmer, der die Integrität von Eigentum und Vermögen seines Arbeitgebers vorsätzlich und rechtswidrig verletzt, zeigt ein Verhalten, das geeignet ist, die Zumutbarkeit seiner Weiterbeschäftigung in Frage zu stellen. Die durch ein solches Verhalten ausgelöste **„Erschütterung“ der für die Vertragsbeziehung notwendigen Vertrauensgrundlage** tritt unabhängig davon ein, welche konkreten wirtschaftlichen Schäden mit ihm verbunden sind. Aus diesem Grund ist die Festlegung einer nach dem Wert bestimmten Relevanzschwelle mit dem offen gestalteten Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB nicht zu vereinbaren. Sie würde im Übrigen mannigfache Folgeprobleme auf – etwa das einer exakten Wertberechnung, das der Folgen mehrfacher, für sich betrachtet, irrelevanter Verstöße sowie das der Behandlung nur marginaler Grenzüberschreitungen – und vermöchte schon deshalb einem angemessenen Interessenausgleich schwerlich zu dienen. ...

[30] e) Das Landesarbeitsgericht hat das Verhalten der Klägerin als ‚Vermögensdelikt‘ zulasten der Beklagten gewürdigt, hat aber offen gelassen, welchen straf- und/oder zivilrechtlichen Deliktstatbestand es als erfüllt ansieht. Das ist im Ergebnis unschädlich. **Das Verhalten der Klägerin kommt auch dann als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn es** – wie die Revision im Anschluss an Äußerungen in der Literatur (Hüpers Jura 2010, 52 ff.; ...) meint – **nicht strafbar sein sollte**, jedenfalls nicht im Sinne eines Vermögensdelikts zum Nachteil der Beklagten. Für die kündigungsrechtliche Beurteilung ist weder die strafrechtliche noch die sachenrechtliche Bewertung maßgebend. **Entscheidend ist der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch** (...). Auch eine nicht strafbare, gleichwohl erhebliche Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten kann deshalb ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB sein. ...

[31] f) Danach liegt eine erhebliche, die Schwelle zum wichtigen Grund überschreitende Pflichtverletzung vor. Die Klägerin hat sich mit dem Einlösen der Leergutbons gegenüber der Beklagten einen Vermögensvorteil verschafft, der ihr nicht zustand. Ihr Verhalten wiegt umso schwerer, als sie eine konkrete Anordnung des Marktleiters zum Umgang mit den Bons missachtet hat. ...“

Das LAG Berlin-Brandenburg ist in seiner Entscheidung von einer erwiesenen Tat ausgegangen (Urt. v. 24.02.2009 – 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188).

Nach a.A. sind Pflichtverletzungen im Vermögensbereich bei Geringfügigkeit bereits aus dem Anwendungsbereich des § 626 Abs. 1 BGB herauszunehmen (Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rdnr. 1128).

Das BAG ist der Ansicht, dass es sich mit dieser Rspr. auch nicht in Widerspruch zu der in § 248 a StGB getroffenen Wertung setze, da dieser Bestimmung eine Einschätzung des Gesetzgebers darüber zugrundeliege, ab welcher Grenze staatliche Sanktionen für Rechtsverstöße in diesem Bereich zwingend geboten seien, ein solcher Ansatz dem Schuldrecht, bei dem es um störungsfreien Leistungsaustausch gehe, fremd sei (BAG, Urt. v. 20.06.2010 – 2 AZR 541/09 – Rdnr. 28).

Umstände, die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind:

- Aufseiten des AG:  
z.B. Gewicht und Intensität der Vertragsverletzung, Grad des Verschuldens, Wiederholungsgefahr, Störung des Betriebsfriedens
- Aufseiten des AN:  
z.B. Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf, Alter des AN und seine soziale Lage

Die Erforderlichkeit der Abmahnung, die von der h.M. aus dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** und dem Rechtsgedanken des § 323 Abs. 1 BGB hergeleitet wird, hat durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung gefunden; sie trägt aber auch dem **Prognoseprinzip** bei verhaltensbedingten Kündigungen Rechnung, nach welchem zukünftige Vertragspflichtverletzungen zu besorgen sein müssen oder die Vertragsstörung so schwerwiegend sein muss, dass deswegen zukünftig eine vertrauensvolle Fortführung des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen erscheint.

Somit bestand wegen der rechtswidrigen und vorsätzlichen Pflichtverletzung der K ein an sich wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB.

**bb)** Fraglich ist, ob auch **im konkreten Fall** – nach einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände – ein **wichtiger Grund** gegeben ist. Das ist nur dann der Fall, wenn die außerordentliche Kündigung die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigungsberechtigten gewesen ist, also alle in Betracht kommenden mildereren Mittel (Abmahnung, Versetzung, ordentliche Kündigung) unzumutbar waren.

B hat das Arbeitsverhältnis mit der K **ohne eine vorherige Abmahnung** fristlos gekündigt. Dies ist unverhältnismäßig, wenn es der B zumutbar war, auf das Fehlverhalten der K mit einer Abmahnung zu reagieren.

Nach der Rspr. des BAG setzt eine (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung, die auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers basiert und das der Arbeitnehmer zukünftig beseitigen kann, grundsätzlich eine vorherige Abmahnung voraus. Einer Abmahnung bedarf es demgegenüber ausnahmsweise nicht, wenn eine zukünftige Verhaltensänderung des Arbeitnehmers auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten ist oder die Pflichtverletzung derart schwerwiegend ist, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (Schaub/Linck, Arbeitsrechtshandbuch, 13. Aufl. 2009, § 132 Rdnr. 22, 25 m.w.N.).

„[38] cc) **Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch Straftaten gegen Vermögen oder Eigentum des Arbeitgebers (...). Auch in diesem Bereich gibt es keine ‚absoluten‘ Kündigungsgründe. Stets ist konkret zu prüfen, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sich jedenfalls nach einer Abmahnung künftig wieder vertragstreu verhalten (...).** ...“

(1) Nach Auffassung des BAG war demnach im vorliegenden Fall eine Abmahnung nicht grundsätzlich entbehrlich. Zwar habe die K eine objektiv schwerwiegende, das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erheblich belastende Pflichtverletzung begangen und sie habe angesichts der klaren Weisung ihres Filialleiters auch nicht davon ausgehen dürfen, dass B mit der eigennützigen Verwendung der Bons einverstanden war, jedoch sei wegen der Besonderheiten des Einzelfalls die Vertrauensbeziehung zwischen K und B nicht unwiederbringlich erschüttert:

„[45] (1) ... Die Klägerin hat an der Kasse in unmittelbarer Anwesenheit ihrer Vorgesetzten bei einer nicht befreundeten Kollegin unabgezeichnete Leergutbons eingelöst. Dass sie mangels Abzeichnung nach den betrieblichen Regelungen keinen Anspruch auf eine Gutschrift hatte, war für die Kassenmitarbeiterin und die Vorgesetzte offenkundig und nicht zu übersehen. Das wusste auch die Klägerin, die deshalb aus ihrer Sicht unweigerlich würde Aufmerksamkeit erregen und Nachfragen auslösen müssen. Das zeigt, dass sie ihr Verhalten – fälschlich – als notfalls tolerabel oder jedenfalls korrigierbar eingeschätzt haben mag und sich eines gravierenden Unrechts offenbar nicht bewusst war. **Für den Grad des Verschuldens und die Möglichkeit einer Wiederherstellung des Vertrauens macht es objektiv einen Unterschied, ob es sich bei einer Pflichtverletzung um ein Verhalten handelt, das insgesamt – wie etwa der vermeintlich unbeobachtete Griff in die Kasse – auf Heimlichkeit angelegt ist oder nicht.** ...“

[47] (a) Für die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung kann es von erheblicher Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer bereits geraume Zeit in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne vergleichbare Pflichtverletzungen begangen zu haben. Das gilt auch bei Pflichtverstößen im unmittelbaren Vermögensbereich (...). **Eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertrags-**



**partner wird nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört.** Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. ...

[48] (b) Die Klägerin hat durch eine beanstandungsfreie Tätigkeit als Verkäuferin und Kassiererin über dreißig Jahre hinweg Loyalität zur Beklagten gezeigt. ...

[50] (bb) **Das in dieser Beschäftigungszeit von der Klägerin erworbene Maß an Vertrauen in die Korrektheit ihrer Aufgabenerfüllung und in die Achtung der Vermögensinteressen der Beklagten schlägt hoch zu Buche.** Angesichts des Umstands, dass nach zehn Tagen Wartezeit mit einer Nachfrage der in Wahrheit berechtigten Kunden nach dem Verbleib von Leergutbons über Cent-Beträge aller Erfahrung nach nicht mehr zu rechnen war, und der wirtschaftlichen Geringfügigkeit eines der Beklagten entstandenen Nachteils ist es höher zu bewerten als deren Wunsch, nur eine solche Mitarbeiterin weiterzubeschäftigen, die in jeder Hinsicht und ausnahmslos ohne Fehl und Tadel ist. Dieser als solcher berechtigte Wunsch macht der Beklagten die Weiterbeschäftigung der Klägerin trotz ihres Pflichtenverstößes mit Blick auf die bisherige Zusammenarbeit nicht unzumutbar. Objektiv ist das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Klägerin nicht derart erschüttert, dass dessen vollständige Wiederherstellung und ein künftig erneut störungsfreies Miteinander der Parteien nicht in Frage käme.“

Folglich war es der B wegen der besonderen Einzelfallumstände grundsätzlich zumutbar, auf deren Fehlverhalten mit einer Abmahnung zu reagieren.

(2) Fraglich ist, ob das prozessuale Verteidigungsverhalten der K (Bestreiten des Tatvorwurfs mit mehrfach wechselnder Begründung, die sich jeweils als nicht haltbar erwies) eine andere Beurteilung rechtfertigt. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung – einschließlich des Kündigungsgrundes und der Interessenabwägung – grundsätzlich nach den Umständen im Zeitpunkt ihres Zugangs zu erfolgen hat.

„[53] (b) **Nachträglich eingetretene Umstände können nach der Rechtsprechung des Senats für die gerichtliche Beurteilung allerdings insoweit von Bedeutung sein, wie sie die Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben, in einem neuen Licht erscheinen lassen** (...). ...

[54] (c) Danach kommt dem Prozessverhalten der Klägerin keine ihre Pflichtverletzung verstärkende Bedeutung zu. Es ist nicht geeignet, den Kündigungssachverhalt als solchen zu erhellen. Der besteht darin, dass die Klägerin unberechtigterweise ihr nicht gehörende Leergutbons zweier Kunden zum eigenen Vorteil eingelöst hat.

[55] (aa) Dieser Vorgang erscheint insbesondere im Hinblick auf eine Wiederholungsgefahr nicht dadurch in einem anderen, für die Klägerin ungünstigeren Licht, dass diese zunächst die Identität der von ihr eingelösten und der im Kassenbüro aufbewahrten Bons bestritten hat. Das Gleiche gilt im Hinblick darauf, dass die Klägerin auch noch im Prozessverlauf die Möglichkeit bestimmter Geschehensabläufe ins Spiel gebracht hat, die erklären könnten, weshalb sie – wie sie stets behauptet hat – selbst bei Identität der Bons nicht wusste, dass sie ihr nicht gehörende Bons einlöste. Die von der Klägerin aufgezeigten Möglichkeiten einschließlich der einer gegen sie geführten Intrige mögen sich wegen der erforderlich gewordenen Befragungen der betroffenen Arbeitnehmer nachteilig auf den Betriebsfrieden ausgewirkt haben. Dies war aber nicht Kündigungsgrund. Unabhängig davon zielte das Verteidigungsvorbringen der Klägerin erkennbar nicht darauf, Dritte einer konkreten Pflichtverletzung zu bezichtigen. Der Kündigungsgrund wird auch nicht dadurch klarer, dass die Klägerin die Rechtsauffassung vertreten hat, erstmalige Vermögensdelikte zulasten des Arbeitgebers könnten bei geringem

Nach dem BAG kommt es bzgl. der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an. Entscheidend sei ein objektiver Maßstab. Maßgeblich sei nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch habe. Maßgeblich sei, ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters haben müsste. Im Arbeitsverhältnis gehe es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen in die moralischen Qualitäten der je anderen Vertragspartei. Es gehe allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen sei (BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – Rdnr. 47 a.E.).

Nach BAG müssen zwischen den neuen Vorgängen und den alten Gründen so enge innere Beziehungen bestehen, dass jene nicht außer Acht gelassen werden können, ohne dass ein einheitlicher Lebensvorgang zerrissen würde.

**Beachte:** Im Fall eines bewusst wahrheitswidrigen Vorbringens seitens des AN besteht die Möglichkeit, eine weitere Kündigung auszusprechen oder einen Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG anzubringen.

**Beachte:** Bei der hilfswesen Kündigung für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung handelt es sich um eine unbedingte Kündigung, die ohne Weiteres zulässig ist (Schaub/Linck a.a.O., § 123 Rdnr. 7).

wirtschaftlichem Schaden eine außerordentliche Kündigung ohne vorausgegangene Abmahnung nicht rechtfertigen. Damit hat sie lediglich in einer rechtlich umstrittenen Frage einen für sie günstigen Standpunkt eingenommen. Daraus kann nicht abgeleitet werden, sie werde sich künftig bei Gelegenheit in gleicher Weise vertragswidrig verhalten.

[56] (bb) Das Prozessverhalten der Klägerin mindert ebenso wenig das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigende Maß des verbliebenen Vertrauens. ... **Ihr wechselnder Vortrag und beharrliches Leugnen einer vorsätzlichen Pflichtwidrigkeit lassen keine Rückschlüsse auf ihre künftige Zuverlässigkeit als Kassiererin zu. ...**

Daher ist eine Abmahnung auch nicht wegen des prozessualen Verteidigungsvorbringens der K entbehrlich, sodass die ohne vorherige Abmahnung ausgesprochene Kündigung unverhältnismäßig ist. Folglich ist im konkreten Fall kein wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB gegeben und die außerordentliche Kündigung der B vom 22.02.2008 daher unwirksam.

**6.** Eine Heilung der Unwirksamkeit über die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG scheidet wegen der fristgerechten Klageerhebung der K aus.

Demnach ist das Arbeitsverhältnis zwischen K und B nicht durch die außerordentliche Kündigung der B vom 22.02.2008 beendet worden.

## II. Wirksamkeit der hilfswesen ordentlichen Kündigung vom 22.02.2008

**1.** Zwischen K und B bestand ursprünglich ein wirksamer Arbeitsvertrag (s.o.).

**2.** B hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22.02.2008 hilfswese ordentlich gekündigt, sodass eine schriftliche Kündigungserklärung der B gemäß § 623 BGB vorliegt.

**3.** Die gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG erforderliche vorherige Anhörung des Betriebsrats ist erfolgt und besonderer Kündigungsschutz greift nicht ein.

**4.** Die Kündigung könnte jedoch **gemäß § 1 Abs. 1 KSchG wegen Sozialwidrigkeit unwirksam** sein (**allgemeiner Kündigungsschutz**).

**1.** K ist seit über 30 Jahren im Betrieb der B, die mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, tätig, sodass das Kündigungsschutzgesetz in persönlicher und in betrieblicher Hinsicht anwendbar ist, §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 2 KSchG

**2.** Gemäß **§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG** ist die Kündigung sozialwidrig, es sei denn, sie ist aus Gründen, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder aus dringenden betrieblichen Gründen gerechtfertigt.

„[58] B. Die hilfswese erklärte ordentliche Kündigung ... ist nicht durch Gründe im Verhalten der Klägerin iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. Sie ist auf denselben Lebenssachverhalt gestützt wie die außerordentliche Kündigung. **Der Beklagten war es aus den dargelegten Gründen zuzumuten, auf das mildere Mittel der Abmahnung zurückzugreifen.**“

Daher ist ordentliche Kündigung der B gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sozialwidrig und somit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam.

**5.** Eine Heilung der Unwirksamkeit über die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG scheidet wegen der fristgerechten Klageerhebung der K aus.

Folglich ist das Arbeitsverhältnis zwischen K und B auch nicht durch die hilfswese ordentliche Kündigung der B vom 22.02.2008 beendet worden, sodass die Kündigungsschutzklage der K begründet ist.

**Claudia Haack**