

anonymisierte Abschrift
Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg
- Kammern Mannheim -

Aktenzeichen:

13 Sa 59/09

15 Ca 278/08 (ArbG Mannheim)
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 10.02.2010

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

- Beklagte/Berufungsklägerin -

Proz.-Bev.:

gegen

- Kläger/Berufungsbeklagter -

Proz.-Bev.:

hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - - 13. Kammer -
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht
Dr. Schlünder,
den ehrenamtlichen Richter Fritze
und den ehrenamtlichen Richter Seehaus
auf die mündliche Verhandlung vom 10.02.2010

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim vom 30.07.2009 (15 Ca 278/08) wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.**
- 3. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer dem Kläger von der Beklagten außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich ausgesprochenen Kündigung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses sowie einen vom Kläger geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruch.

Der am 00.00.1980 geborene, verheiratete Kläger, der zwei Kindern im Kleinkindalter unterhaltspflichtig ist, arbeitet seit dem 02.05.2000 bei der Beklagten, die ein Abfallentsorgungsunternehmen betreibt und zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigung etwa 60 Arbeitnehmer beschäftigte, als Hofarbeiter zu einer durchschnittlichen monatlichen Vergütung von EUR 2.667,17 brutto. Die Beklagte ist ein zertifiziertes Entsorgungsunternehmen, welches sich hauptsächlich mit Abfalltransporten sowie mit dem Sortieren von Abfällen befasst. Die Tätigkeit des Klägers umfasste insbesondere das Sortieren von Altpapier, das Fahren von Staplern und sonstige Hilfsarbeiten.

Sofern es ihnen von der Geschäftsleitung im Einzelfall gestattet wird, dürfen Mitarbeiter der Beklagten Gegenstände aus dem zu entsorgenden Müll privat mitnehmen. Hierzu müssen die Mitarbeiter einen der Geschäftsführer um Erlaubnis fragen. Soweit keine Gründe einer Mitnahme entgegenstehen, wird die Erlaubnis vom Geschäftsführer erteilt.

Die Beklagte erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 13.07.2007 (vgl. Anlage S+P 4, Akten 1. Instanz Bl. 58 f; I/58) eine Abmahnung weil er am 11.07.2007 "firmeneigene PET-Flaschen gesammelt und diese in [einem] Zwischenlager deponiert" habe. Gleichzeitig wurde dem Kläger eine interne Aktennotiz vom Januar 2007 (vgl. Anlage S+P 3; I/57) überreicht, wonach es nicht erlaubt sei, PET-Pfandflaschen aus der Sammlung "Gelber Sack" mitzunehmen und für den Eigenbedarf zu nutzen. Der damalige Betriebsratsvorsitzende erhielt von der Beklagten eine Kopie des Abmahnungsschreibens zur Kenntnis.

Am 07.12.2007 fand ein Gespräch zwischen dem Geschäftsführer und dem Kläger wegen eines von der Beklagten angenommenen Diebstahls von im Rahmen des Altpapiers zu entsorgenden Toilettenpapiers aus einem Produktionsausschuss statt. Ob dem Kläger in diesem Zusammenhang eine Abmahnung ausgesprochen wurde, ist zwischen den Parteien streitig.

Am 05.12.2008 entnahm der Kläger aus einem Altpapiercontainer, der in einer Halle auf dem Betriebsgrundstück der Beklagten zur Verarbeitung am Zuführband zur Altpapierpresse abgelaufen worden war, einen Karton, in dem sich ein Kinderreisebett befand. Die Halle wird von der Beklagten mit einer Videoanlage überwacht, was den dort Beschäftigten bekannt ist. Das Kinderreisebett hätte als Müll entsorgt werden sollen. Zusammen mit einem von der Beklagten beschäftigten Leiharbeiter baute der Kläger das Kinderreisebett in der Halle auf und begutachtete es. Danach baute der Kläger das Kinderreisebett wieder auseinander und transportierte

es im zusammengeklappten Zustand zu seinem auf dem Mitarbeiterparkplatz stehenden PKW, wo er es offen auf dem Rücksitz abstellte (vgl. Lichtbilder Anlage S+P 5; I/84 ff.). Der Vorgang, jedenfalls in der Halle, wurde von dem Vorgesetzten des Klägers, dem stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden Herrn A., sowie drei Disponenten über die Videoanlage beobachtet. Herr A. folgte dem Kläger zu dessen Pkw und fertigte dort Fotos von dem auf dem Rücksitz abgestellten Kinderreisebett an. Herr A. informierte zunächst ein weiteres Betriebsratsmitglied, Frau G., über seine Beobachtungen und dann einen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten. Nachdem der Kläger von Herrn A. und dem Mitarbeiter L., der den Vorfall ebenfalls beobachtet hatte, darauf angesprochen wurde, dass es ihm nicht erlaubt sei, das Kinderreisebett mitzunehmen, nahm er es wieder aus seinem PKW. Das Kinderreisebett wurde sodann als Müll entsorgt.

Die Beklagte hörte den bei ihr bestehenden Betriebsrat mit Schreiben vom 08.12.2008 (vgl. Anlage S+P 1; I/55) zu einer beabsichtigten Kündigung des Klägers an und benannte als Kündigungsgrund, der Kläger habe auf dem Betriebsgrundstück einen Diebstahl begangen. Der Betriebsrat teile mit Schreiben vom 09.12.2008 (vgl. I/93) mit, dass er die Kündigung zur Kenntnis nehme. Ob bei der Übergabe des Schreibens des Betriebsrates an die Beklagte noch weitere Mitteilungen erfolgten, ist zwischen den Parteien streitig.

Die Beklagte kündigte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 10.12.2008 (vgl. I/4), welches dem Kläger am selben Tage zugegangen ist, außerordentlich fristlos hilfsweise ordentlich zum 31.03.2009. Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit seiner am 12.12.2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 17.12.2008 zugestellten Klage, mit der er auch einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend macht.

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, Gründe für eine außerordentliche Kündigung oder die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung lägen nicht vor. Er habe keinen Diebstahl zu Lasten der Beklagten begangen, zumal diese nicht Eigentümerin des zu entsorgenden Mülls gewesen sei. Jedenfalls habe er keinen Diebstahlsvorsatz gehabt, was man daran erkenne, dass er das Kinderreisebett für sein neugeborenes Kind offen und ohne Vertuschungsversuch mitgenommen habe. Der Kläger habe nicht angenommen, dass es sich bei dem Kinderreisebett um eine "fremde Sache" im Sinne strafrechtlicher Normen handeln könne. Die Kündigung sei unverhältnismäßig. Ihm sei zu keinem Zeitpunkt mitgeteilt worden, dass die Mitnahme von zur Entsorgung vorgesehenem Abfall nicht erlaubt sei. Jedenfalls im Rahmen der Interessenabwägung überwiege das Interesse des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, da es sich allenfalls um eine geringe Pflichtverletzung gehandelt habe und die Beklagte keinerlei Schaden erlitten habe. Er habe sich nicht in einer besonderen Vertrauensstellung bei der Beklagten gefunden. An eine Betriebsversammlung vom 14.02.2005, auf welche die Beklagte in ihrem Vortrag verweise, könne er sich nicht erinnern. Er habe auch keine PET-Flaschen weggenommen oder zu entsorgendes Toilettenpapier entwendet. Die Abmahnung vom 13.07.2007 betreffe auch keinen Diebstahlsvorwurf, sondern das Anlegen eines Zwischenlagers. Die Be-

triebsratsanhörung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Das Anhörungsschreiben beinhalte nur den Vorwurf eines Diebstahls, ohne Sachverhaltsschilderung. Kenntnisse einzelner Betriebsratsmitglieder seien insoweit ohne Belang. Es sei Sache des Arbeitgebers, dem Betriebsrat die gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe mitzuteilen, und nicht Aufgabe des Betriebsrats, seine Mitglieder nach ihren Kenntnissen zu befragen. Es werde bestritten, dass mit dem Schreiben vom 09.12.2008 eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates vorgelegen habe.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 10.12.2008 nicht zum 10.12.2008 beendet wird.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses als Hofarbeiter weiterzubeschäftigen beziehungsweise zu beschäftigen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich vorgetragen, der Kläger habe durch sein Verhalten nicht nur gegen strafrechtliche Vorschriften, sondern auch gegen bestehende Arbeitsanweisungen verstoßen. Von dem ausdrücklichen Verbot, zu entsorgende Gegenstände mitzunehmen - vorbehaltlich einer Erlaubnis im Einzelfall -, habe der Kläger aufgrund seiner Teilnahme an einer Betriebsversammlung am 14.02.2005, wo dieses Thema angesprochen worden sei, Kenntnis gehabt. Bereits mit der Sammlung von PET-Flaschen am 11.07.2007 in einem "Zwischenlager" habe der Kläger gegen eine Arbeitsanweisung verstoßen. Die diesbezügliche Abmahnung vom 13.07.2007 betreffe auch nicht allein die Bildung eines Zwischenlagers, sondern auch - wegen des Verweises auf die interne Aktennotiz - die Entnahme von PET-Flaschen aus der Sammlung Gelber Sack. Am 07.12.2007 sei der Kläger vom Geschäftsführer abgemahnt worden, weil er größere Mengen zu entsorgendes Toilettenpapier in seinen Pkw eingeladen habe, was als Diebstahl zu bewerten sei. Auch die Wegnahme des Kinderreisebetts und Verbringung in den Pkw des Klägers stelle einen Diebstahl dar, da die zur Entsorgung übergebenen Gegenstände in das Eigentum der Beklagten übergegangen seien. Ein angeblicher Irrtum des Klägers darüber sei eine reine Schutzbehauptung. Der Kläger habe vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht gehandelt. Er sei auch nicht so offen vorgegangen, wie von ihm behauptet, da er nicht den vorgeschriebenen Weg zu den Mitarbeiterparkplätzen am Verwaltungsgebäude vorbei, sondern eine Abkürzung durch die Werkstatt gewählt habe. Unabhängig von der Frage eines Schadens bei der Beklagten sei ausschlaggebend, dass es dem Kläger nicht gestattet gewesen sei, eigenmächtig über das Schicksal des Kinderreisebetts zu entscheiden. Dadurch werde das

Vertrauen in den Kläger zerstört. Mildere Mittel als der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung seien nicht in Betracht gekommen. Auch eine Interessenabwägung falle nicht zu Gunsten des Klägers aus, zumal er sich in der Vergangenheit uneinsichtig gezeigt habe. Zumindest die hilfsweise ordentliche Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Die Betriebsratsanhörung sei ausweislich des Anhörungsschreibens ordnungsgemäß erfolgt. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende Herr A. habe als Augenzeuge den übrigen Betriebsratsmitgliedern den Vorfall vom 08.12.2008 detailliert mitgeteilt. Auch von den vorhergehenden Vorfällen habe der Betriebsrat Kenntnis gehabt. Bei der Übergabe der Stellungnahme des Betriebsrates vom 09.12.2008 an die Beklagte habe das Betriebsratsmitglied Frau G. mitgeteilt, dass es sich um eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates handele.

Das Arbeitsgericht hat mit einem am 30.07.2009 verkündeten Urteil sowohl die Unwirksamkeit der außerordentlich fristlosen Kündigung als auch der hilfsweise ordentlichen Kündigung festgestellt und dem Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers stattgegeben. Zwar habe der Kläger durch das Verbringen des Kinderreisebetts in seinen Pkw den objektiven Tatbestand des § 242 StGB erfüllt, auch wenn der Beklagten kein materieller Schaden entstanden sei, da das Kinderreisebett unmittelbar der Abfallentsorgung zugeführt werden sollte. Auch ohne finanziellen Schaden liege eine Vertragspflichtverletzung vor, die zur Kündigung an sich berechtige. Ob vor Ausspruch der Kündigung eine Abmahnung erforderlich gewesen sei und eine einschlägige Abmahnung vorliege, könne dahinstehen, da die Kündigung jedenfalls unverhältnismäßig sei. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung überwiege das Bestandsschutzinteresse des Klägers das Beendigungsinteresse der Beklagten. Dabei werde zu Gunsten der Beklagten unterstellt, dass es wie von ihr behauptet zu dem Vorfall betreffend das zu entsorgende Toilettenpapier gekommen und dem Kläger im Dezember 2007 deshalb eine Abmahnung erteilt worden sei. Angesichts der insoweit unterstellten einschlägigen Abmahnung stelle die erneute Entnahme von zur Entsorgung vorgesehenen Gegenständen - dem Kinderreisebett - ein durchaus beharrliches pflichtwidriges Verhalten des Klägers dar. Auch der Wunsch der Beklagten nach einer generalpräventiven Abschreckungswirkung sei zu berücksichtigen. Zu Lasten des Klägers sei auch zu berücksichtigen, dass er jedenfalls nach dem Vortrag der Beklagten im Juli 2007 PET-Flaschen gesammelt und diese in einem Zwischenlager deponiert habe, so dass das Arbeitsverhältnis in der Vergangenheit jedenfalls nicht störungsfrei verlaufen sei. Ferner habe der Kläger bei der Wegnahme des Kinderreisebettes in Ausübung seiner Tätigkeit gehandelt. Gleichwohl sei von einem überwiegenden Interesse des Klägers am Bestand des Arbeitsverhältnisses auszugehen. Es liege ein geringer Grad des Verschuldens des Klägers bei der Tatausübung vor, zumal eine Erlaubnisfähigkeit der Mitnahme von Gegenständen vorliege. Selbst wenn ein Abmahnungsgespräch stattgefunden haben sollte, sei nach den konkreten Umständen des Falls von einem Verbotsirrtum des Klägers auszugehen. Sein mangelndes Unrechtsbewusstsein zeige sich auch darin, dass er nicht heimlich gehandelt habe. Auch auf ausdrückliche Nachfrage im Termin habe die Beklagte nicht mitgeteilt, dass es dem Kläger untersagt worden wäre, das Kinderreisebett mitzunehmen, wenn er vorher gefragt hätte. Die Tat des Klägers stelle sich so gesehen im Wesentlichen als Verstoß gegen die betrieblichen Organisationsnormen dar und nur

im geringen Maße als Verletzung des Eigentums der Beklagten. Diese Einschätzung werde dadurch verstärkt, dass das Kinderreisebett für die Beklagte keinerlei Restwert mehr gehabt habe und ohne weitere Zwischenschritte zur Entsorgung angestanden habe. Der Kläger habe als Hofarbeiter auch keine Vertrauensstellung inne. Zu Gunsten des Klägers sei auch zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis 8 ½ Jahre bestanden habe, von denen jedenfalls 7 Jahre störungsfrei verlaufen seien. Auch die Unterhaltspflichten des Klägers und die schwierige Lage auf dem Arbeitsmarkt seien zu Gunsten des Klägers zu berücksichtigen. Da die außerordentliche und auch die hilfsweise ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses unwirksam seien, sei die Beklagte nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Weiterbeschäftigung des Klägers verpflichtet.

Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde der Beklagten am 05.08.2009 zugestellt. Hiergegen wendet sie sich mit ihrer Berufung, die am 01.09.2009 (Fax) / 03.09.2009 (Original) beim Landesarbeitsgericht eingegangen ist und von ihr innerhalb verlängerter Frist mit einem am 05.11.2009 (Fax) / 09.11.2009 (Original) eingegangenen Schriftsatz begründet wurde.

Die Beklagte wiederholt in weitem Umfang ihren erstinstanzlichen Vortrag. Der Kläger habe einen vorsätzlichen Diebstahl des Kinderreisebetts zu Lasten der Beklagten begangen, weshalb die Kündigung wirksam sei. Die Kündigung sei auch verhältnismäßig. Eine Interessenabwägung müsse zu Gunsten der Beklagten ausfallen. Schon auf der Betriebsversammlung vom 14.02.2005 sei dem Kläger das Verbot der Mitnahme von zu entsorgenden Gegenständen mitgeteilt worden. Auch eine etwaige betriebliche Übung der Erlaubnisfähigkeit der Mitnahme von zu entsorgenden Gegenständen ändere nichts an dem generellen Verbot der Mitnahme und an der - auch mangels Nachfrage des Klägers - fehlenden Erlaubnis im konkreten Fall des Kinderreisebetts. Eine solche Überprüfung eines Mitnahmeverlangens durch den Geschäftsführer sei auch erforderlich, da es beispielsweise Fälle von zu entsorgender Überproduktion gebe, bei denen der Kunde ein Interesse daran habe, dass die Gegenstände nicht im Verkehr blieben. Gleiches gelte bei mit Schadstoffen belasteten Waren, bei denen eine Gefährdung der Bevölkerung durch die Entsorgung der Gegenstände gerade vermieden werden solle. Die Annahme des Arbeitsgerichts, es bestehe keine eindeutige betriebliche Regelung, sei unzutreffend. Es bestehe ein grundsätzliches Mitnahmeverbot, von dem nur in Einzelfällen eine Ausnahme gemacht werde. Der Kläger habe sich nicht in einem Verbotsirrtum befunden, worauf es aber auch nicht ankomme. Jedenfalls wäre ein solcher Irrtum vermeidbar gewesen. Man könne auch nicht annehmen, dass der Kläger kein Unrechtsbewusstsein gehabt habe. Der Kläger habe nur gewusst, dass die Halle videoüberwacht wird, aber nicht vorgetragen, dass er sich darüber bewusst gewesen sei, dass die Vorgänge auch aufgezeichnet würden. Hinzu komme die vom Kläger gewählte Abkürzung zu seinem Pkw. Es gehe nicht allein um die Verletzung einer betrieblichen Ordnungsnorm, sondern um ein Eigentumsdelikt und damit einen Gesetzesverstoß. Der Kläger habe als Hofarbeiter bei der Altpapiersortierung eine Vertrauensstellung, fälschlich ins Altpapier gelangte Gegenstände auszusortieren und diese der für sie zutreffenden Entsorgung zuzuführen. Ein Eigentumsdelikt liege unabhängig vom Wert des Schadens auch bei unmittelbar bevor-

stehender Entsorgung des Gegenstandes vor. Die Beschäftigungsdauer und Unterhaltspflichten des Klägers könnten nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden, zumal das Arbeitsverhältnis nicht störungsfrei verlaufen sei. Hinsichtlich der Lage auf dem Arbeitsmarkt müsse das noch junge Alter des Klägers berücksichtigt werden. Eine Abmahnung als milderes Mittel sei nicht in Betracht gekommen. Zumindest die hilfsweise ordentliche Kündigung sei wirksam. Die Betriebsratsanhörung sei ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird unter Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Mannheim vom 30.07.2009 (Az.: 15 Ca 278/08) abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil. Allerdings liege kein Eigentumsdelikt des Klägers zu Lasten der Beklagten vor, da das Kinderreisebett nicht im Eigentum der Beklagten gestanden habe. Die Kündigung wahre aber jedenfalls - wie vom Arbeitsgericht ausgeführt - nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Kläger habe als Hofarbeiter auch keine besondere Vertrauensstellung innegehabt. Soweit die Beklagte ausführe, hinsichtlich von Überproduktionsbeständen bestehe ein berechtigtes Interesse daran, dass diese nicht in den Verkehr kämen, habe dies nichts mit der vorliegenden Konstellation zu tun, da das gebrauchte Kinderreisebett nicht aus einer Überproduktion stamme, sondern von einer Privatperson in den Müll gegeben worden sei. Die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung bleibe weiterhin bestritten. Es handele sich vorliegend um einen Bagatelverstoß auf den die Beklagte allenfalls mit einer Abmahnung habe reagieren dürfen.

Im Übrigen wird hinsichtlich des Vortrags der Parteien auf die zwischen ihnen in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze mit Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, da sie die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses betrifft, § 64 Abs. 2 Buchstabe c ArbGG. Sie ist auch frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO.

II.

Die Berufung der Beklagten ist aber nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die Unwirksamkeit der gegenüber dem Kläger ausgesprochenen außerordentlich fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung festgestellt und die Beklagte zur Weiterbeschäftigung verurteilt.

Jedenfalls im Rahmen einer abschließenden Interessenabwägung erweist sich die Kündigung - auch die hilfsweise ordentliche Kündigung - als unwirksam. Zur Vermeidung von Wiederholungen bezieht sich das Landesarbeitsgericht auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts in den Entscheidungsgründen des mit der Berufung angegriffenen Urteils zur Interessenabwägung (vgl. 1. b cc) (4), dort Seite 9 bis 14; I/167-172), denen es folgt, § 69 Abs. 2 ArbGG. Im Hinblick auf die Ausführungen der Beklagten im Berufungsrechtszug wird ergänzend nur auf Folgendes hingewiesen:

1. Die von der Beklagten gegenüber dem Kläger ausgesprochene außerordentliche fristlose Kündigung erweist sich mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB als unwirksam.

a) Die Frage des wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB war zu prüfen, da der Kläger innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG Klage erhoben hat (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG).

b) Es liegt kein wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB vor, der die Beklagte zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen würde.

aa) Gemäß § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen der Parteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

(1) Es ist dabei zunächst zu untersuchen, ob durch die Umstände und Verhaltensweisen, auf welche die Kündigung gestützt wird, betriebliche Interessen konkret beeinträchtigt wurden (BAG AP Nr. 58 und 87 zu § 626 BGB; APS-Dörner, 3. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 26) und der danach kündigungrechtlich erhebliche Sachverhalt für sich genommen geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden (vgl. ErfK-Müller-Glöge, 10. Auflage 2010, § 626 BGB Rn. 15 ff.). Bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Wertung ist ein objektiver Maßstab anzulegen (vgl. KR-Fischermeier, 8. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 109). Werden dem Arbeitnehmer Vertragsverletzungen vorgeworfen, dann muss grundsätzlich gegen die Pflichten aus dem Vertrag rechtswidrig und schuldhaft verstoßen worden sein (BAG NZA 1992, S. 212).

(2) Auch zur Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung aus wichtigem Grund ist eine negative Zukunftsprognose erforderlich (BAG AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung, AP Nr. 25, 27, 34 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; ErfK-Müller-Glöge, 10. Auflage 2010, § 626 BGB Rn. 19). Da durch die Kündigung weitere Vertragsverletzungen verhindert werden sollen, sind die Kündigungsgründe zukunftsgerichtet. Auch die verhaltensbedingte Kündigung hat keinen Sanktionscharakter (v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Auflage 2007, § 1 Rn. 274).

(3) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt eine außerordentliche Kündigung nur dann in Betracht, wenn alle anderen möglichen und milderen Mittel erschöpft sind (BAG, Urteil vom 30.05.1978, AP BGB § 626 Nr. 70). Als milderes Mittel ist bei einer Vertragsverletzung zunächst eine Abmahnung zu erwägen (APS-Dörner, 3. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 84, 88 m.w.N.). Insbesondere bei Störungen im Leistungsbereich ist eine Abmahnung aufgrund ihrer Warnfunktion zur Vorbereitung einer Kündigung erforderlich (KR-Fischermeier, 8. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 256 ff.).

(4) Wirksam ist die außerordentliche Kündigung ferner nur dann, wenn das Interesse des Kündigenden an der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Gekündigten an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überwiegt (Interessenabwägung), wie § 626 Abs. 1 BGB in seinem Wortlaut ausdrücklich hervorhebt (vgl. auch APS-Dörner, 3. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 96 ff.).

(5) Darlegungs- und beweispflichtig für die Umstände, aus denen sich der wichtige Grund im Sinne des § 626 BGB ergibt, ist der Kündigende (BAGE 2, 333; BAG AP BGB § 626 Nr. 97). Dies betrifft grundsätzlich auch das Nichtvorliegen von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen (vgl. APS-Dörner, 3. Auflage 2007, § 626 BGB Rn. 175 m.w.N.).

bb) Geht man von diesen Grundsätzen aus, dann erweist sich die umstrittene außerordentliche Kündigung als unwirksam.

(1) Dabei kann - wie im Ergebnis auch vom Arbeitsgericht angenommen - zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass das Herausnehmen des Kinderreisebetts aus dem Müll und das weisungswidrige Behaltenwollen für sich durch den Kläger ohne Erlaubnis durch die Geschäftsführung der Beklagten einen so genannten "Kündigungsgrund an sich" darstellt. Unabhängig von der Frage der Eigentumsverhältnisse im Einzelnen ist die Aneignung einer Sache, die Objekt der vom Kläger arbeitsvertraglich durchzuführenden Tätigkeiten ist, ohne Erlaubnis des Arbeitgebers grundsätzlich geeignet, eine auch außerordentliche Kündigung zu begründen. Dabei kann - ebenfalls zu Gunsten der Beklagten - unterstellt werden, dass das Verbot der Mitnahme zur Entsorgung vorgesehener Gegenstände ohne Erlaubnis der Geschäftsführung aufgrund der Betriebsversammlung vom 14.02.2005 auch dem Kläger bekannt gemacht worden ist. Sein Verhalten verstößt damit gegen die Weisungen der Beklagten, die sie aufgrund ihres Direktions-

rechtes (vgl. § 106 Satz 2 GewO) gerade auch auf die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb beziehen durfte. Eine solche Weisung widerspricht auch nicht grundsätzlich billigem Ermessen, da die Beklagte durchaus ein berechtigtes Interesse daran haben kann, dass zu entsorgende Gegenstände auch tatsächlich entsorgt und nicht weiter genutzt werden, sei es - wie von ihr geschildert - im Interesse industrieller Kunden, um zur Entlastung des Marktes eine Überproduktion abzuschöpfen, oder im Interesse der Allgemeinheit, um Gefahren durch gefährliche Gegenstände auszuschließen. Ferner ist die unerlaubte Aneignung einer Sache - wobei ein (Übergangs-) Eigentum der Beklagten an dem Kinderreisebett ebenfalls zu ihren Gunsten unterstellt werden kann - ohne Rücksicht auf deren materiellen Wert grundsätzlich dazu geeignet, eine auch außerordentliche Kündigung "an sich" zu rechtfertigen.

(2) Schließlich kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass der Kläger wegen unrechtmäßiger Mitnahme von zu entsorgendem Toilettenpapier im Dezember 2007 abgemahnt worden ist. Allerdings ist - wie auch das Arbeitsgericht bereits ausgeführt hat - darauf hinzuweisen, dass die Abmahnung vom 13.07.2007 nur die Sammlung von PET-Flaschen und deren Depositionierung in einem "Zwischenlager" betrifft. Die bloße Beifügung der internen Aktennotiz vom 05.01.2007, wonach es nicht erlaubt ist, PET-Flaschen mitzunehmen und für den Eigenbedarf zu nutzen, macht dies noch nicht zu einem konkreten Vorwurf der Beklagten gegenüber dem Kläger. Was dem Kläger von der Beklagten vorgeworfen wird, ist im Abmahnschreiben vom 13.07.2007 formuliert. Der Verweis auf die interne Aktennotiz stellt darüber hinaus auch noch klar, was im Übrigen vom Kläger erwartet wird. Unabhängig davon ist aber insgesamt zu Gunsten der Beklagten zu unterstellen, dass dem Grundsatz des Vorrangs einer Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung Genüge getan wurde und die Wirksamkeit der Kündigung nicht am Fehlen einer Warn- und Hinweiskfunktion durch eine solche Erklärung scheitert.

(3) Die außerordentliche Kündigung erweist sich aber als unverhältnismäßig im engeren Sinne, wie aus einer abschließenden Interessenabwägung folgt. Dabei ist wie bereits geschehen, auf die zutreffenden Ausführungen in dem mit der Berufung angegriffenen Urteil des Arbeitsgerichts Bezug zu nehmen. Die Ausführungen der Beklagten hierzu im Berufungsrechtszug rechtfertigen keine andere Bewertung.

(aa) Auch wenn es, wie von der Beklagten behauptet, eine mündliche Abmahnung gegenüber dem Kläger im Dezember 2007 gegeben haben sollte, schließt dies den vom Kläger behaupteten Irrtum über das fehlende Verbot der Mitnahme des Kinderreisebetts nicht aus. Zwar hat die Beklagte nach ihren Angaben bei der Betriebsversammlung im Februar 2005 - also fast vier Jahre vor dem streitgegenständlichen Vorfall - mitgeteilt, dass grundsätzlich keine zu entsorgenden Gegenstände mitgenommen werden dürfen. Allerdings bezogen sich die Vorgänge betreffend die PET-Flaschen und das Toilettenpapier auf Gegenstände, die einem Recycling zugeführt werden, also einen wenn auch geringen Restwert haben, während das Kinderreisebett ausschließlich entsorgt werden sollte. Angesichts dessen ist der Vortrag des Klägers, er habe subjektiv angenommen, dass es keine Einwendungen gegen eine Mitnahme des Kinderreisebetts

gebe, jedenfalls nicht unplausibel. Für ein mangelndes subjektives Unrechtsbewusstsein des Klägers spricht auch der offene Umgang mit der Sache, die entgegen der Ansicht der Beklagten gerade nicht auf Verheimlichung angelegt war. Der Kläger hat das Kinderreisebett nach Entnahme aus dem Müll vor einem anwesenden Arbeitskollegen und vor den ihm bekannten Videokameras - an denen mindestens vier weitere Mitarbeiter das Geschehen verfolgten - aufgebaut und dann abtransportiert, wobei er es in seinem auf den Betriebsgrundstück der Beklagten stehenden Pkw offen auf dem Rücksitz abstellte. Dass der Kläger einen möglichst kurzen Weg zu seinem Pkw wählte, hat nach Auffassung der Kammer keinen erkennbaren Bezug zu einem auf Heimlichkeit angelegten Verhalten, sondern ist dem praktischen Bedürfnis geschuldet, den nicht ganz handlichen Gegenstand schnell und einfach zu transportieren; anders beispielsweise, als wenn der Kläger statt eines üblichen, beobachteten Weges einen längeren, umständlicheren Weg ohne Beobachtungsmöglichkeit gewählt hätte. Angesichts dieser Umstände spricht die Mitnahme des Kinderreisebetts durch den Kläger, ohne vorher um Erlaubnis zu fragen, eher für eine Gedankenlosigkeit des Klägers oder auch für einen Rechtsirrtum, der durchaus nicht unverschuldet gewesen sein muss. Im Rahmen der Interessenabwägung ist aber zu berücksichtigen, dass keine rechtsfeindliche Gesinnung des Klägers erkennbar ist, mit welcher er Interessen der Beklagten bewusst hätte zuwider handeln wollen.

(bb) Das Interesse der Beklagten an einer generellen Durchsetzung ihrer nicht ermessenfehlerhaften Anweisungen in Bezug auf den Umgang mit zu entsorgenden Gegenständen war bei der Abwägung durchaus zu ihren Gunsten zu berücksichtigen. Allerdings war dabei im konkreten Einzelfall auch zu beachten, dass es sich gerade nicht um eine Konstellation wie bei dem zu recycelnden Toilettenpapier handelt, in dem Kundeninteressen beeinträchtigt sein können, da das Kinderreisebett unmittelbar zur Entsorgung anstand. Zu einer Gefährdung der Allgemeinheit durch die Mitnahme des Kinderreisebetts hat die Beklagte nichts vorgetragen. Dies scheint aufgrund der vom Kläger beabsichtigten Eigennutzung für sein neugeborenes Kind auch fernliegend. Insoweit hat der Verstoß des Klägers gegen das generelle Verbot der Mitnahme von zu entsorgenden Gegenständen ohne Erlaubnis der Geschäftsführung durchaus Einfluss auf betriebliche Interessen der Beklagten, weil sie ihre Weisungen - für die es abstrakt gute Gründe geben kann - nicht durch eigenmächtiges Handeln der Arbeitnehmer untergraben sehen will. Im Rahmen des dem Kläger vorgeworfenen Verstoßes betreffend das Kinderreisebett spielen aber die Aspekte des Interesses der Kunden oder der Allgemeinheit keine konkrete Rolle, wozu auch die Beklagte nichts vorgetragen hat.

(cc) Das eher junge Lebensalter des Klägers wirkt sich im Rahmen der Interessenabwägung nicht zu seinen Gunsten aus. Ebenso sah die Kammer keine Veranlassung, den Unterhaltspflichten des Klägers eine ausschlaggebende Bedeutung einzuräumen. Anders als von der Beklagten angenommen, kann aber nicht zu ihren Gunsten und zu Lasten des Klägers bei der Interessenabwägung angenommen werden, dem pflichtwidrigen Verhalten des Klägers komme deshalb besonderes Gewicht zu, weil er eine "Vertrauensstellung" bekleide. Solches mag insbesondere bei Arbeitnehmern angenommen werden, die unmittelbar mit der Einnahme, der Ab-

rechnung und dem Verwalten von Geld betraut sind, oder denen der Arbeitgeber in besonderer Weise Zugriff auf bedeutende Werte oder die Einflussnahme auf die Geschicke des Unternehmens eröffnet, oder die ohne weitere Kontrollmöglichkeiten durch den Arbeitgeber verhältnismäßig frei und selbständig ihre Arbeitsleistung ausführen und dabei die Vermögensinteressen des Arbeitgebers zu wahren haben. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Kläger wird von der Beklagten als Hofarbeiter bei der Altpapierentsorgung und mit Hilfsarbeiten unter deren ständiger Beobachtung und Kontrolle beschäftigt. Eine Vertrauensstellung, der bei der Interessenabwägung besonderes Gewicht zukommen könnte, erschien der Kammer vor diesem Hintergrund fernliegend.

(dd) Von besonderem Gewicht bei der Interessenabwägung waren für die Kammer folgende Umstände. Zum einen hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits über 8 ½ Jahre bestanden, von denen auch nach Angaben der Beklagten über 7 Jahre störungsfrei verlaufen sind. Ferner geht es um die - wenn auch weisungswidrige - Aneignung einer Sache durch den Kläger, die für die Beklagte nicht einmal einen minimalen, sondern überhaupt keinen wirtschaftlichen Wert hatte, die zur unmittelbaren Entsorgung anstand und im Anschluss an den Vorfall auch tatsächlich vernichtet wurde. Dabei sind auch - über die Durchsetzung der von ihr vorgegebenen Betriebsordnung hinaus - keine weiteren nicht-vermögensrechtlichen Interessen der Beklagten im konkreten Fall zu erkennen, die in irgendeiner Form eine Außenwirkung gehabt hätten. Auch eine Unterhöhlung der betrieblichen Disziplin durch die Mitnahme eines bereits im Müll befindlichen Kinderreisebetts, welches schließlich dort auch wieder landete, hat die Beklagte weder vorgetragen, noch wäre diese ersichtlich.

(ee) Angesichts dessen sah die Kammer bei der Interessenabwägung ein überwiegendes Gewicht des Bestandsschutzinteresses des Klägers gegenüber dem Beendigungsinteresse der Beklagten. Zwar sind durch den Vorfall Interessen der Beklagten berührt, doch nur in einem geringen Maße und ohne wirtschaftliche Nachteile (vgl. zur Interessenabwägung bei der unerlaubten Mitnahme von zu entsorgenden Gegenständen auch BAG vom 16. Dezember 2004 - 2 ABR 7/04 - AP § 626 BGB Nr. 191). Demgegenüber ist das Arbeitsverhältnis langjährig ohne Störung verlaufen und auch die jetzige Störung wurzelt nicht in einer Absicht des Klägers, die Beklagte zu schädigen oder ihr Nachteile zuzufügen.

2. Auch die von der Beklagten ausgesprochene hilfsweise ordentliche Kündigung zum 31.03.2009 ist unwirksam, da sozial nicht gerechtfertigt. Die Frage der sozialen Rechtfertigung der Kündigung war zu prüfen, da die Beklagte mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG), das Arbeitsverhältnis der Parteien über ein halbes Jahr andauert (§ 1 Abs. 1 KSchG) und der Kläger innerhalb der Frist des § 4 KSchG Klage erhoben hat.

a) Eine Kündigung ist durch verhaltensbedingte Gründe sozial gerechtfertigt, wenn solche Umstände im Verhalten des Arbeitnehmers vorliegen, die bei verständiger Würdigung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenswert erscheinen lassen

(BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Ein verhaltensbedingter Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses liegt insbesondere dann vor, wenn ein Arbeitnehmer in einer solchen Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten verstoßen hat, dass einer dauerhaften Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die Basis entzogen worden ist. Dies ist der Fall, wenn das vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers so schwerwiegend ist, dass unter Berücksichtigung der Belange des Arbeitgebers die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unumgänglich ist. Hierzu ist eine negative Zukunftsprognose dahingehend erforderlich, der Arbeitnehmer werde sich auch in Zukunft nicht vertragstreu verhalten (vgl. ErfK-Oetker, 10. Auflage 2010, § 1 KSchG Rn. 196 ff. m.w.N.). Die bereits erfolgte Störung ist dabei der maßgebende Anknüpfungspunkt. Der Arbeitnehmer soll allerdings durch die Kündigung nicht „bestraft“ werden. Auch die verhaltensbedingte Kündigung hat keinen Sanktionscharakter für die Vergangenheit, sondern bietet nur die Möglichkeit, sich künftig von einem Dauerschuldverhältnis zu lösen (BAG 07.12.1988 AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 26; BAG 17.01.1991 AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 25). Auch bei weniger schwerwiegenden Vertragsverletzungen ist eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit befürchten muss, der Arbeitnehmer werde sich auch in Zukunft nicht vertragstreu verhalten (vgl. dazu KR-Griebeling, 8. Auflage 2007, § 1 KSchG, Rn. 405).

Voraussetzung für eine derartige Kündigung ist grundsätzlich ferner, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit einer vorangegangenen Abmahnung die Gelegenheit gegeben hat, sein Verhalten zu korrigieren (BAG AP Nr. 3,12,17,18 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; vgl. auch ErfK-Oetker, 10. Auflage 2010, § 1 KSchG Rn. 199 m.w.N.). Auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist eine abschließende umfassende Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderlich (vgl. APS-Dörner, 3. Auflage 2007, § 1 KSchG Rn. 274; KR-Griebeling, 8. Auflage 2007, § 1 KSchG, Rn. 409 ff.).

Dem Arbeitgeber obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die verhaltensbedingten Kündigungsgründe, § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG.

b) Nach diesem Maßstab erweist sich die von der Beklagten gegenüber dem Kläger ausgesprochene hilfsweise ordentliche Kündigung als unwirksam. Auch hier kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass ein "Kündigungsgrund an sich" für eine verhaltensbedingte Kündigung vorliegt und die Beklagte dem Erfordernis vorhergehender Abmahnungen Genüge getan hat. Allerdings erweist sich auch hier die Kündigung im Rahmen einer abschließenden Interessenabwägung als unwirksam. Insoweit wird auf die Ausführungen oben unter 1. b) bb) (3) Bezug genommen. Dies gilt auch, soweit man angesichts einer ordentlichen Kündigung das Bestandsschutzinteresse des Klägers grundsätzlich niedriger und das Beendigungsinteresse der Beklagten grundsätzlich höher einschätzen wollte, als bei einer außerordentlich fristlosen Kündigung. Nach Auffassung der Kammer überwiegt das oben geschilderte Bestandsschutzinteresse des Klägers das Beendigungsinteresse der Beklagten in einem solchen Maße, dass auch bei einem

in Bezug auf eine ordentliche Kündigung abgesenkten Prüfungsmaßstab im konkreten Einzelfall die hilfsweise ordentliche Kündigung unwirksam ist. Die Wegnahme von Müll durch den Kläger, ohne dass ein Schaden der Beklagten eingetreten ist, beeinträchtigt im konkreten Einzelfall deren Interessen - auch unter Berücksichtigung der aufrechtzuerhaltenden Betriebsordnung - so wenig, dass sich auch eine ordentliche Kündigung als unwirksam erweist.

3. Dem Kläger steht ein Weiterbeschäftigungsanspruch über den Ablauf des Kündigungstermins hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses aus dem vertraglichen Beschäftigungsanspruch zu, § 611 BGB. Dem steht kein überwiegendes schutzwertes Interesse der Beklagten entgegen. Wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen (vgl. BAG GS AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).

III.

Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht erfüllt sind.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.

Dr. Schlünder

Fritze

Seehaus