

Aktenzeichen: 2 AZR 103/08
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 23. Juni 2009
- 2 AZR 103/08 -

I. Arbeitsgericht
Lübeck

Urteil vom 14. Juni 2007
- 2 Ca 245/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 19. Dezember 2007
- 6 Sa 316/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Verhaltensbedingte Kündigung

Gesetze:

BGB § 626 Abs. 1; KSchG § 1

Leitsätze:

keine



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 103/08

6 Sa 316/07

Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Juni 2009

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Löllgen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 19. Dezember 2007 - 6 Sa 316/07 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 14. Juni 2007 - 2 Ca 245/07 - wird zurückgewiesen.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung und einen Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin.

Die 1980 geborene Klägerin war seit 1. September 2000 bei der Beklagten, einem bundesweit tätigen Einzelhandelsunternehmen, als Kauffrau im Einzelhandel beschäftigt. Zuletzt war sie als Verkäuferin mit gelegentlichen Kassiertätigkeiten in der D der Filiale der Beklagten in L eingesetzt. Ihr monatlicher Bruttoverdienst betrug 1.628,00 Euro.

Am 14. Oktober 2004 schloss die Beklagte, seinerzeit firmierend als AG, mit der Gewerkschaft ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft einen Tarifvertrag zur Sanierung und zur Beschäftigungssicherung (*im Folgenden: Sanierungstarifvertrag*), der ua. die Streichung des ehemals zusätzlich gezahlten Weihnachtsgelds vorsah. Außerdem vereinbarten die Tarifvertragsparteien für die Kalenderjahre 2005 bis 2007 den Wegfall des tariflichen



Urlaubsgelds. Im Gegenzug verpflichtete sich die Beklagte, für den genannten Zeitraum jedem „anspruchsberechtigten“ Vollzeitbeschäftigten (*Teilzeitbeschäftigten anteilig*) nach den näheren Regelungen einer Gesamtbetriebsvereinbarung zu Weihnachten einen Sachbezug in Höhe von je 1.000,00 Euro zu gewähren. Die zur Umsetzung dieser Tarifregelung geschlossene Gesamtbetriebsvereinbarung über die Gewährung eines Sachbezugs in den Jahren 2005, 2006, 2007 vom 28. April 2005 (*im Folgenden: Gesamtbetriebsvereinbarung*) lautet - auszugsweise - wie folgt:

„2. Höhe des Sachbezugs

Die Unternehmensleitung gewährt jedem anspruchsberechtigten vollbeschäftigten Mitarbeiter in den Jahren 2005, 2006, 2007 einen Sachbezug als MK-Gutschrift in Höhe von 1.000,-- €.

Anspruchsberechtigte Teilzeitbeschäftigte erhalten den Sachbezug anteilig entsprechend ihrer vertraglichen Arbeitszeit. ...

Anspruchsberechtigte Mitarbeiter, die lediglich im Besitz einer Netto-Personalkaufkarte sind, erhalten den entsprechenden Betrag in Form einer Wunschkarte.

3. Fälligkeit

Der Sachbezug wird als Gutschrift per 15.11. auf dem MK-Konto gebucht.

Der Sachbezug kann nur mit Käufen in der K AG verrechnet werden. Eine Barauszahlung ist in jedem Fall ausgeschlossen.

Käufe, die ab dem Neukauftermin im Dezember erfolgen, werden auf den Rabattfreibetrag des Folgejahres angerechnet. Die MK-Gutschrift bzw. die Wunschkarte ist bis zum 30.09. des Folgejahres zu verbrauchen.

Da es sich steuerlich um einen Sachbezug handelt, wird der steuerrelevante Rabatzzähler in voller Höhe des Sachbezugs zuzüglich der üblichen Personalrabatte in Höhe von 13% bzw. 9% (nach Vorwegabzug von 4 %) belastet. Dies erfolgt allerdings noch nicht mit der Gutschrift des Sachbezugs auf das MK-Konto, sondern erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ware gekauft wird. Bei Aushändigung einer Wunschkarte wird der Rabatzzähler bereits zum Zeitpunkt der



Einbuchung belastet.

4. Anspruchsberechtigung

...

5. Sonstiges

Da die Barauszahlung des Sachbezugs bzw. der Wunschkarte steuerrechtlich nicht möglich ist, verfällt ein bei Austritt evtl. noch bestehendes Guthaben bzw. ein Wert auf der Wunschkarte ersatzlos.“

Die Gesamtbetriebsvereinbarung hing am „Schwarzen Brett“ in der L
Filiale der Beklagten aus.

4

Das in der Gesamtbetriebsvereinbarung bezeichnete „MK-Konto“ ist ein
bei der Beklagten für jeden Mitarbeiter - mit Ausnahme der Aushilfen - neben
dem Gehaltskonto geführtes „Mitarbeiter“- bzw. „Monatskonto“, über das Ein-
käufe der Mitarbeiter abgerechnet werden können. Verwendet der Mitarbeiter
bei einem Warenkauf im Unternehmen der Beklagten die auf seinen Namen
ausgestellte sog. „MK-Karte“, wird ihm der entsprechende Personalrabatt
gutgeschrieben. Soweit der Mitarbeiter seinen individuellen jährlichen Rabatt-
freibetrag - im entscheidungserheblichen Zeitraum waren dies 1.080,00 Euro -
nicht überschreitet, fallen für ihn keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge
an. Die Regelung, wonach Mitarbeiter, die lediglich im Besitz einer Netto-
Personalkaufkarte sind, die Zuwendung als sog. „Wunschkarte“ erhalten, beruht
darauf, dass eine derartige Personalkaufkarte keine Zahlungsfunktion besitzt,
sondern nur der Rabattgewährung dient.

5

Bei der Wunschkarte, die seit Ende 2003/Anfang 2004 im Unternehmen
der Beklagten Verwendung findet, handelt es sich der Sache nach um einen
nicht personalisierten Wertgutschein bzw. Geschenkgutschein. Wunschkarten
können sowohl von Mitarbeitern als auch unternehmensfremden Personen
erworben werden. Alle Wunschkarten sind äußerlich einheitlich gestaltet. Auf
ihrer Rückseite ist vermerkt, dass eine Barauszahlung nicht möglich ist. Verfügt
ein Mitarbeiter - wie auch die Klägerin - über eine MK-Karte mit Zahlungs-

6



funktion, kann er eine Wunschkarte auch über das MK-Konto erwerben. Bei der Bezahlung von Ware unter Verwendung einer Wunschkarte ist nicht ersichtlich, ob das betreffende Guthaben mit Gehalt, Bargeld oder einem zuvor auf dem MK-Konto verbuchten Sachbezug „aufgeladen“ wurde. Wunschkarten können durch Abbuchung des Betrags beim Wareneinkauf verwendet, dürfen grundsätzlich aber auch verkauft, bei einer Internetbörse versteigert oder verschenkt werden. Im Fall eines Umtauschs oder einer Rückgabe von Ware, die unter Verwendung einer Wunschkarte bezahlt worden ist, konnte - zumindest im für den Streitfall maßgeblichen Zeitraum - der bei dem Kauf abgebuchte Betrag nicht auf die Wunschkarte zurückgebucht werden. Stattdessen wurde Bargeld ausgezahlt, unabhängig davon, ob es sich um Mitarbeitereinkäufe oder um Einkäufe unternehmensfremder Personen handelte.

Der Klägerin wurde im November 2005 für das Jahr 2005 - wie auch in der betreffenden Gehaltsabrechnung vermerkt - ein Sachbezug in Höhe von 950,74 Euro auf ihrem MK-Konto gutgeschrieben. Über dieses Konto kaufte sie am 9. Januar 2006 um 14:15 Uhr eine Wunschkarte im Wert von 400,00 Euro. Eine Minute später kaufte sie zwei Lederjacken der Größe 46 bzw. 48 - jeweils nicht die Konfektionsgröße der Klägerin - zu je 200,00 Euro. Dabei löste sie die zuvor erworbene Wunschkarte ein, ohne den Personalrabatt in Höhe von 13 % in Anspruch zu nehmen. Nur weitere zwei Minuten später tauschte die Klägerin die beiden Lederjacken an einer Nachbarkasse um und erhielt den Kaufpreis in Höhe von 400,00 Euro in bar ausgezahlt.

Dieses Verhalten der Klägerin wurde, wie auch eine entsprechende Vorgehensweise weiterer fünf Mitarbeiterinnen der Abteilung D, im Rahmen einer am 22. Dezember 2006 durchgeführten Filialrevision festgestellt. Eine Auswertung durch den zuständigen Filialleiter erfolgte am 2. Januar 2007. Am 5. Januar 2007 wurde die Klägerin im Beisein des Betriebsratsvorsitzenden zu dem Vorgang befragt.

Am 12. Januar 2007 hörte die Beklagte den Betriebsrat schriftlich zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung sowohl unter dem Gesichtspunkt einer Tat- wie auch einer Verdachtskündigung



an. Nach erfolgtem Widerspruch des Betriebsrats vom 16. Januar 2007 kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 17. Januar 2007 das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich zum 28. Februar 2007.

Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben und ihre Weiterbeschäftigung begehrt. Sie hat geltend gemacht, der Inhalt der Betriebsvereinbarung im Einzelnen sei ihr nicht bekannt gewesen. Weil sie eine Wunschkarte erworben habe und damit der Sachbezug bereits „abgekauft“ gewesen sei, liege schon objektiv keine verbotene Barauszahlung des Sachbezugs vor. Außerdem sei es nicht unzulässig gewesen, für mittels Wunschkarte gekaufte Ware bei deren Rückgabe ggf. Bargeld entgegenzunehmen. Die Beklagte habe nicht darauf hingewiesen, dass dies im Fall mittels Sachbezugs „bezahlter“ Wunschkarten ausgeschlossen sein sollte. Jedenfalls habe es vor Ausspruch der Kündigung einer Abmahnung bedurft.

10

Die Klägerin hat beantragt

11

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 17. Januar 2007, zugegangen am 17. Januar 2007, mit Ablauf des 17. Januar 2007, noch durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17. Januar 2007, zugegangen am 17. Januar 2007, mit Ablauf des 28. Februar 2007 beendet worden ist sowie die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt, das Verhalten der Klägerin am 9. Januar 2006 habe allein dem Zweck gedient, sich den Sachbezug entgegen bestehender Regelungen bar auszahlen zu lassen, zumindest bestehe ein dahingehender Verdacht. Mit ihrem zielgerichteten „manipulativen“ Vorgehen habe die Klägerin das Vertrauensverhältnis der Parteien nachhaltig zerstört. Ihr könne nicht zugute gehalten werden, eine objektiv bestehende Handlungslücke ausgenutzt zu haben. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, von vornherein sämtliche in Betracht kommenden Umgehungsmöglichkeiten des Barauszahlungsverbots auszu-

12



schließen. Sie dürfe vielmehr von der Vertragstreue ihrer Mitarbeiter ausgehen. Die Klägerin könne sich nicht auf die Möglichkeit einer Veräußerung der Wunschkarte berufen, da eine solche Veräußerung mit dem Ziel, statt des Sachbezugs an Bargeld zu gelangen, ebenfalls rechtswidrig gewesen wäre. Die Barauszahlung an Kunden im Fall eines Umtauschs mittels Wunschkarte bezahlter Ware erfolge im Übrigen ausschließlich aus Kulanz.

Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

13

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet.

14

A. Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin habe gezielt die Regelungen zur Inanspruchnahme des Sachbezugs umgangen, um in den Genuss einer von der Beklagten nicht beabsichtigten Barauszahlung des Zugewendeten zu gelangen. Sie habe auch gewusst, dass der Sachbezug nur mit Käufen im Unternehmen habe verrechnet werden dürfen. Deshalb komme es auf eine genaue Kenntnis der Klägerin vom Inhalt der Gesamtbetriebsvereinbarung nicht an. Mit ihrem Verhalten habe sie ihre vertragliche Nebenpflicht verletzt. Wegen des damit verbundenen schweren Vertrauensbruchs liege an sich ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vor. Einer Abmahnung habe es nicht bedurft. Die Klägerin habe nicht davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte mit ihrem Verhalten einverstanden sei oder dieses dulden werde, nur weil die Umwandlung des Sachbezugs in Bargeld objektiv möglich gewesen sei. Unbeachtlich sei, dass die Beklagte das Vorgehen der Klägerin nicht ausdrücklich untersagt habe. Auf entsprechendes Verhalten anderer Mitarbeiter könne sich die Klägerin nicht berufen, denn es sei weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Beklagte in

15



vergleichbaren Fällen untätig geblieben sei. Die Interessenabwägung falle zu Lasten der Klägerin aus. Der Beklagten sei ein nicht unerheblicher Schaden entstanden. Ihr sei auch nicht zuzumuten, ständig für eine Überwachung der auch als Kassiererin eingesetzten Klägerin hinsichtlich eines redlichen Verhaltens zu sorgen. Vielmehr habe die Beklagte ein Interesse daran, dass sich Mitarbeiter in das Vermögen der Beklagten betreffenden Angelegenheiten jederzeit und auch ohne detaillierte Anweisung korrekt verhielten.

B. Dem folgt der Senat nur in Teilen der Begründung, nicht aber im Ergebnis. Das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil war wiederherzustellen. 16

I. Die außerordentliche Kündigung vom 17. Januar 2007 ist unwirksam. 17
Ein wichtiger Grund zur Kündigung liegt nicht vor.

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die erforderliche Überprüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund darstellt, vollzieht sich zweistufig: Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (*st. Rspr., etwa Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - mwN, BAGE 115, 195; KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 84*). 18

2. Da der Begriff des wichtigen Grundes in § 626 Abs. 1 BGB ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, kann seine Anwendung durch die Tatsachengerichte im Revisionsverfahren nur darauf überprüft werden, ob das Berufungs- 19



gericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (*st. Rspr., etwa Senat 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185; 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - BAGE 124, 59*).

3. Auch unter Beachtung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs hält das angefochtene Urteil den Angriffen der Revision nicht in jeder Hinsicht stand. 20

a) Die Klägerin durfte auf der Grundlage des Sanierungstarifvertrags und den diesen ergänzenden Bestimmungen der Gesamtbetriebsvereinbarung die als Sachbezug auf ihrem MK-Konto erfolgte Gutschrift ausschließlich zum Einkauf bei der Beklagten verwenden. Eine Barauszahlung war ausdrücklich ausgeschlossen. Mit diesen Regelungen, deren Anwendbarkeit auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ebenso wie ihre Wirksamkeit nicht zweifelhaft ist, verbanden die Tarifvertragsparteien unstreitig das Ziel, den Arbeitnehmern weiterhin aus Anlass des Weihnachtsfestes eine Vergünstigung zukommen zu lassen, zugleich aber den betrieblichen Umsatzinteressen Rechnung zu tragen. Der ausdrückliche Hinweis auf das Barauszahlungsverbot sollte die sachgerechte Verwendung des Sachbezugs sicherstellen, ersichtlich auch mit Rücksicht auf die damit - soweit nicht der nach § 8 Abs. 3 Satz 2 EStG zu berücksichtigende Freibetrag überschritten wird - verbundenen steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Vorteile (*vgl. zu diesen Vorteilen näher Schaub/Linck ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 68 Rn. 2*). 21

b) Hiervon ausgehend hat das Landesarbeitsgericht zunächst zutreffend angenommen, dass die bewusste Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers gegen die Regelungen zur Inanspruchnahme eines Sachbezugs mit dem Ziel, anstelle von Waren oder Dienstleistungen aus dem Sortiment des Arbeitgebers Bargeld zu erhalten, an sich geeignet sein kann, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSd. § 626 Abs. 1 BGB zu begründen. Dabei liegt ein Verstoß gegen den Verwendungszweck einer Sachzuwendung und das im 22



Entscheidungsfall in der Gesamtbetriebsvereinbarung ausdrücklich geregelte Barauszahlungsverbot nicht nur im Fall einer unmittelbar von dem MK-Konto veranlassten Barauszahlung vor. Nach Inhalt und Zweck dieser Regelungen war dem anspruchsberechtigten Mitarbeiter auch jede andere Disposition über die als Sachbezug zugewendete Gutschrift untersagt, die denselben Erfolg wie eine direkte Barauszahlung herbeiführen sollte. Missbraucht der Arbeitnehmer eine ihm eingeräumte Dispositionsmöglichkeit, indem er unter Inanspruchnahme einer ihm als Sachbezug zugewendeten Geldgutschrift einen Einkauf ausschließlich in der Absicht tätigt, auf dem Weg eines sofortigen Umtauschs der gekauften Ware statt einer Sachzuwendung Bargeld zu erhalten, verletzt er zudem seine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und Interessen seines Vertragspartners. Zu diesen Interessen gehört auch das Interesse des Schuldners, nicht in weitergehendem Umfang in Anspruch genommen zu werden, als die Verpflichtungen aus dem Vertrag reichen (*vgl. BGH 16. Januar 2009 - V ZR 133/08 - BGHZ 179, 238*). Jedenfalls beim Vorliegen einer bewussten und gewollten und damit vorsätzlichen Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers gegen die Verwendungsbestimmungen einer Sachbezugsregelung kann dies, auch wegen des damit verbundenen Vertrauensbruchs, an sich eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Auf die strafrechtliche Würdigung kommt es für die vorzunehmende kündigungsrechtliche Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers nicht entscheidend an (*vgl. dazu etwa Senat 24. November 2005 - 2 AZR 39/05 - AP BGB § 626 Nr. 197 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 12*).

- c) Soweit das Landesarbeitsgericht danach angenommen hat, das Verhalten der Klägerin vom 9. Januar 2006 bilde an sich einen wichtigen Grund zur Kündigung, unterliegt auch dies keinen revisionsrechtlichen Bedenken. 23
- aa) Nach den von der Revision nicht angegriffenen und somit den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) hat die Klägerin an diesem Tag innerhalb von weniger als fünf Minuten über ihr MK-Konto eine Wunschkarte im Wert von 400,00 Euro erworben, unter deren Verwendung Waren in entsprechendem Wert gekauft und diese Artikel un- 24



mittelbar anschließend gegen die Auszahlung von Bargeld „umgetauscht“. Dass die Klägerin dabei ihre Sachbezugsgutschrift in Anspruch genommen hatte, steht zwischen den Parteien außer Streit.

(1) Einer darin liegenden, objektiven Zuwiderhandlung gegen die Zweckbestimmung des Sachbezugs stehen weder der von der Beklagten ausdrücklich ermöglichte Erwerb einer Wunschkarte von dem MK-Konto, noch die mit der Wunschkarte verbundenen Verwendungsmöglichkeiten entgegen. Selbst wenn bereits mit dem Erwerb der Wunschkarte durch die Klägerin der steuerrechtliche Tatbestand einer Sachzuwendung iSd. § 8 Abs. 3 EStG als erfüllt anzusehen sein sollte (vgl. etwa Kirchhof in Kirchhof EStG 7. Aufl. § 8 Rn. 61; aA Schmidt/Drensek EStG 28. Aufl. § 8 Rn. 30: Versteuerung bei Hingabe des Gutscheins), war die Beklagte bei Vorlage dieses Wertgutscheins - nicht anders als bei Inanspruchnahme der Geldgutschrift auf dem MK-Konto der Klägerin - lediglich verpflichtet, mit dem jeweiligen Inhaber der Wunschkarte einen Vertrag über einen Gegenstand aus ihrem gesamten Waren- oder Leistungssortiment abzuschließen. Auch die Wunschkarte berechtigte die Klägerin, wie sich aus dem auch hierfür geltenden Barauszahlungsverbot ergibt, grundsätzlich nicht zum Bezug von Bargeld aus dem Vermögen der Beklagten. Dieses hat sie sich erst auf dem Umweg des Kaufs der Lederjacken und des unmittelbar darauf getätigten „Umtauschs“ dieser Artikel unter Ausnutzung ihrer internen Kenntnis verschafft, dass in einem solchen Fall eine Rückbuchung des zum Kauf verwendeten Guthabens auf die Karte nicht vorgenommen werden konnte und deshalb eine Auszahlung des Kaufpreises der zurückgegebenen Ware erfolgen würde. Ob das von der Beklagten ausdrücklich gestattete Verschenken einer unter Inanspruchnahme des Sachbezugs erworbenen Wunschkarte mit der Möglichkeit für den Beschenkten, bei einem späteren Umtausch von Ware Bargeld zu erhalten, mit der steuerlichen Behandlung des Sachbezugs vereinbar ist, kann offen bleiben. Selbst wenn dies, wie die Revision meint, nicht der Fall sein sollte, wird dadurch die objektive Pflichtwidrigkeit des Verhaltens der Klägerin nicht in Frage gestellt.

25

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- (2) Im Übrigen gesteht die Revision (*auf Seite 5 der Revisionsbegründung*) 26
ausdrücklich zu, dass die Klägerin „die Verfahrensweise gewählt hat, um den Betrag in bar zu erhalten“. Danach war aber der Erwerb der Wunschkarte und anschließende Kauf der Lederjacken durch die Klägerin, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, nur ein Zwischenschritt auf dem Weg zu der von der Klägerin eigentlich erstrebten, dem Zweck der Sachzuwendung entgegenstehenden Auszahlung von Bargeld.
- bb) Unter Berücksichtigung dieser Umstände hat das Landesarbeitsgericht 27
auch rechtsfehlerfrei angenommen, die Klägerin habe bewusst und gewollt die Regelungen zur Inanspruchnahme des Sachbezugs unterlaufen. Diese, die subjektive Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung betreffende Würdigung des Landesarbeitsgerichts, hält sich im Rahmen des ihm bei der Feststellung sog. innerer Tatsachen wie Kenntnis, Wille oder Vorsatz, die im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt, zukommenden Beurteilungsspielraums (*zu Letzterem vgl. etwa BAG 18. Januar 2007 - 8 AZR 250/06 - AP BGB § 254 Nr. 15 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerhaftung Nr. 2*).
- (1) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Annahme des Landes- 28
arbeitsgerichts, der Klägerin sei bekannt gewesen, dass die als Sachbezug bezeichnete Gutschrift nur mit Käufen im Unternehmen verrechnet werden durfte und eine Barauszahlung nicht vorgesehen war, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zu Recht verweist das Landesarbeitsgericht darauf, schon der Bezeichnung der Geldgutschrift als Sachbezug, und der entsprechenden Kennzeichnung in der Gehaltsabrechnung der Klägerin für den Monat November 2005, sei zu entnehmen, dass Sachen und nicht Geld zugewendet werden sollten. Nach allgemeinem Sprachgebrauch sind „Sachbezüge“ „Bezüge in Form von Naturalien“ (*Duden Das große Wörterbuch der deutschen Sprache 3. Aufl. Stichwort „Sachbezüge“*) bzw. „Bezüge, Entgelte, die nicht in Bargeld bestehen“ (*Wahrig Deutsches Wörterbuch 8. Aufl. Stichwort „Sachbezüge“*). Ersichtlich hat die Klägerin die Zuwendung auch in diesem Sinne verstanden. Nach den von der Klägerin nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat sie bei ihrer Anhörung vom 5. Januar 2007 auf die Frage, ob



ihr bekannt sei, dass der Sachbezug nur „abgekauft“ bzw. mit Käufen bei der Beklagten verrechnet werden dürfe, geantwortet, „sie gehe zumindest davon aus, weil er ansonsten ja wahrscheinlich wie Gehalt ausgezahlt werden würde“. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dies sei als Bestätigung des Wissens um das Barauszahlungsverbot zu verstehen, erscheint naheliegend. Die Revision macht auch nicht deutlich, wie die Äußerung der Klägerin anders zu verstehen sein soll. Zu Unrecht meint die Revision, das Landesarbeitsgericht habe der Klägerin damit eine Kenntnis von den Einzelheiten des Sanierungstarifvertrags und der Gesamtbetriebsvereinbarung unterstellt. Eine solche Kenntnis war nach der eindeutigen Zweckbestimmung einer Sachzuwendung nicht erforderlich, um der Klägerin die Pflichtwidrigkeit ihres Handelns vor Augen zu führen, zumal die Beklagte ihren Mitarbeitern nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bereits in den Jahren vor 2005 Sachbezüge zugewendet hatte, wobei stets eine Barauszahlung ausgeschlossen war.

(2) Der Einwand der Revision, das Landesarbeitsgericht habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass sich die Klägerin nicht vorgestellt habe, ein verbotenes Verfahren gewählt zu haben, vermag nicht zu überzeugen. Gerade wenn es zutrifft, dass die Möglichkeit, über das MK-Konto eine Wunschkarte zu erwerben, erst im Jahr 2005 eingeführt wurde, hätte dies für die Klägerin Anlass genug sein müssen, sich der Vereinbarkeit ihres Verhaltens mit der Zweckbestimmung der Zuwendung als Sachbezug besonders zu vergewissern. Im Übrigen spricht auch das vom Landesarbeitsgericht gewürdigte Kaufverhalten der Klägerin vom 9. Januar 2006 für die Annahme, dass sie den Verstoß gegen die Verwendungsbestimmungen der Geldgutschrift in ihren Willen aufgenommen hatte und sich auch der Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens bewusst war. Insbesondere der Umstand, dass die Klägerin den Kauf der Wunschkarte und der hiermit „bezahlten“ Lederjacken einerseits und den Warenumtausch gegen Bargeld andererseits an unterschiedlichen Kassen abgewickelt hat, lässt sich nachvollziehbar damit erklären, dass sie die Fragwürdigkeit der „Wunsch-

29



kartenverwendung“ erkannt hat und nicht, wie die Revision geltend macht, vollkommen gedankenlos vorgegangen ist.

- cc) Gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Beklagten sei durch die Vorgehensweise der Klägerin im Vergleich zu einem rechtmäßigen Alternativverhalten ein Schaden in Höhe der Differenz zwischen dem Wareneinsatz beim Kauf von Artikeln im Wert von 400,00 Euro und dem ausgezahlten Barbetrag entstanden, wendet sich die Revision nicht. Unabhängig davon sind die Vermögensinteressen der Beklagten schon allein dadurch berührt, dass die Beklagte Bargeld aufwenden musste, statt Waren aus ihrem Bestand zu veräußern und dadurch auch ihren Umsatz zu steigern. 30
- d) Zu Recht rügt die Revision aber, aufgrund der besonderen Umstände des Falls habe vor Ausspruch der Kündigung nicht auf eine Abmahnung verzichtet werden können. 31
- aa) Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt das sog. Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht Sanktion für die Vertragspflichtverletzung, sondern dient der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend auswirken (*Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68*). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Deshalb setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose (*Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - mwN, aaO*). 32
- bb) Die Abmahnung ist zugleich aber auch Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere 33



geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Dieser Aspekt, der durch die Regelung des § 314 Abs. 2 BGB eine gesetzgeberische Bestätigung erfahren hat, ist auch bei Störungen des Vertrauensbereichs zu beachten. Eine vorherige Abmahnung ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann (*vgl. Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - mwN, AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7*) oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (*Senat 15. November 2001 - 2 AZR 605/00 - BAGE 99, 331, 336; 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - BAGE 91, 30, 38*). Selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch Eigentums- und Vermögensdelikte kann es danach Fälle geben, in denen eine Abmahnung nicht ohne Weiteres entbehrlich erscheint (*vgl. KR/Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 264 mwN; Schaub NZA 1997, 1185, 1186*). Dies gilt etwa, wenn dem Arbeitnehmer zwar die Verbotswidrigkeit seines Verhaltens hinreichend klar ist, er aber Grund zu der Annahme haben durfte, der Arbeitgeber würde dieses nicht als ein so erhebliches Fehlverhalten werten, dass dadurch der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel stünde (*vgl. Schlachter NZA 2005, 433, 436*).

cc) Gemessen hieran hat das Landesarbeitsgericht zwar zutreffend hervor-
gehoben, dass der Arbeitgeber auf die Vertragstreue seiner Arbeitnehmer
vertrauen darf und grundsätzlich nicht verpflichtet ist, alle denkbaren Um-
gehungen eines Verbots als Pflichtwidrigkeit zu umschreiben. Sonst müsste
eine erste Verletzung des Vertrauensbereichs durch das hier zu beanstandende
Fehlverhalten aus kündigungsrechtlicher Sicht stets sanktionslos bleiben. Auch
die Würdigung, die Klägerin habe aus der vergleichbaren Vorgehensweise
anderer Mitarbeiter/innen mangels Untätigkeit der Beklagten nach Kenntnis-
nahme von den Pflichtverletzungen nicht von einem Einverständnis der Be-
klagten in das gezeigte Verhalten ausgehen dürfen, ist nicht zu beanstanden

34

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch bei seiner Entscheidung zum Abmahnungserfordernis nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Beklagte ihre mit der Sachzuwendung verknüpfte Erwartung, den Umsatz im eigenen Unternehmen zu halten, nicht durchgängig verfolgt hat. Sie hat in Fällen der - unstreitig erlaubten - Weitergabe von Wunschkarten an Dritte im Fall eines späteren Umtauschs damit erworbener Waren eine Bargeldauszahlung selbst dann hingenommen, wenn beim Kauf der Wunschkarte eine Sachbezugsgutschrift in Anspruch genommen wurde, mag dies auch dem Interesse einer Kundenbindung geschuldet gewesen sein. Im Übrigen ist nach den im Tatbestand des Berufungsurteils getroffenen, von der Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts davon auszugehen, dass auch bei Mitarbeitereinkäufen, die mittels einer Wunschkarte getätigt wurden, bei einer späteren Warenrückgabe Bargeld ausgezahlt wurde, weil das für den Kauf verbrauchte Guthaben nicht auf die Wunschkarte zurückgebucht werden konnte. Der Klägerin kann nicht abgesprochen werden, dass hierdurch der Eindruck entstehen konnte, der Beklagten komme es jedenfalls nicht „in jedem Fall“ auf eine konsequente Durchsetzung bestehender Barauszahlungsverbote an.

4. Da das Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung nicht alle für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Abmahnung maßgeblichen Fallumstände berücksichtigt hat, ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Dies zwingt den Senat allerdings nicht zu einer Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Denn die Entscheidung ist aufzuheben wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB auf das festgestellte Sachverhältnis und die Sache ist nach Letzterem zur Entscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Das Fehlverhalten der Klägerin vom 9. Januar 2006 lässt keine eindeutige Negativprognose zu. Auch wenn der Klägerin die grundsätzliche Unvereinbarkeit ihrer Vorgehensweise mit den Sachbezugsregelungen bewusst war, musste sie doch wegen der bei Verwendung der Wunschkarte von der Beklagten unter den beschriebenen Umständen zugelassenen Bargeldaus-



zahlung nicht zwingend damit rechnen, ihr Fehlverhalten werde von der Beklagten als so schwerwiegend angesehen, dass es ohne Weiteres eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen würde. Einer dahingehenden Fehlvorstellung hätte die Beklagte leicht durch entsprechende, klarstellende Hinweise zu einer gewollten Differenzierung zwischen Mitarbeitern und externen Kunden beim Umtausch mittels Wunschkarte erworbener Artikel entgegen wirken können. Das unstreitige Auftreten vergleichbarer Fälle in anderen Filialen der Beklagten macht - auch wenn es nicht im Sinne einer Einwilligung der Beklagten beachtlich ist - doch deutlich, dass offenbar der Unrechtsgehalt einer Umgehung der Vorgaben der Sachbezugsregelung über die Verwendung einer Wunschkarte nicht nur von der Klägerin und ihren Kolleginnen, sondern auch von anderen Arbeitnehmern falsch eingeschätzt wurde. Sogar der Betriebsrat der Beklagten hat noch in seiner Stellungnahme zur Kündigung die Auffassung vertreten, wegen des „zwischengeschalteten“ Erwerbs der Wunschkarte sei das Verhalten der Klägerin nicht zu beanstanden. Darüber hinaus ergeben sich aus dem Vortrag der Beklagten keine Anhaltspunkte dafür, dass es ihr nicht möglich wäre, durch geeignete Vorkehrungen für die Zukunft vergleichbare Pflichtverletzungen ihrer Mitarbeiter auszuschließen. Unter diesen Umständen bietet das Fehlverhalten der Klägerin keine ausreichende Grundlage für die Prognose, selbst im Falle einer Abmahnung sei eine Rückkehr der Klägerin zu vertragsgrechtem Verhalten nicht zu erwarten oder eine Wiederherstellung des Vertrauens in die Redlichkeit der Klägerin ausgeschlossen. Dies gilt auch in Anbetracht des gelegentlichen Einsatzes der Klägerin als Kassiererin, zumal das beanstandete Fehlverhalten der Klägerin hierzu keinen unmittelbaren Bezug aufweist.

II. Ist danach die außerordentliche Kündigung vom 17. Januar 2007 unwirksam, kommt die hilfsweise zum 28. Februar 2007 erklärte ordentliche Kündigung zum Tragen. Über deren Wirksamkeit kann der Senat selbst entscheiden. Die ordentliche Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, weil sie nicht durch Gründe in dem Verhalten der Klägerin iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist. Auch insoweit fehlt es, wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend entschieden

37



hat, an der erforderlichen Abmahnung. Damit war die erstinstanzliche Entscheidung, die auch hinsichtlich des Ausspruchs zur Weiterbeschäftigung Bestand hat, wiederherzustellen.

C. Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen, § 91 Abs. 1 ZPO, sowie nach § 97 Abs. 1 ZPO auch die Kosten der Berufung. 38

Fischermeier

Schmitz-Scholemann

Berger

Söller

F. Löllgen

