

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 1 TaBV 31/11

See 3 BV 116 c/08 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 07.02.2012

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 07.02.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den
Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24.04.2009
– See 3 BV 116 c/08 – wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Zustimmung des Antragsgegners zur außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3) zu ersetzen ist.

Die Antragstellerin (Arbeitgeberin) betreibt ein Fährunternehmen auf der Ostsee. Hierbei handelt es sich um ein Landunternehmen. Der Beteiligte zu 3) ist Mitglied des Antragsgegners (Betriebsrat), der der für den Betrieb der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat ist.

Der Beteiligte zu 3) ist am ...1953 geboren, ledig und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist seit dem 15.05.1982 als Hotelmanager-Assistent bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Der Beteiligte zu 3) ist unter anderem zuständig für die Verwaltung des Lagers für unverzollte Ware auf dem von ihm befahrenen Schiff (C.). In der C. verkauft die Arbeitgeberin an zwei Tagen in der Woche Alkoholika und Tabakwaren steuerfrei zum Selbstkostenpreis an ihre Mitarbeiter. Der Verkauf zollfreier Waren an Fahrgäste erfolgt an der Bar und im Duty-Free-Shop. Ausweislich eines Memorandums der Arbeitgeberin vom 17.06.2008, das auch der Beteiligte zu 3) kannte, dürfen zollfreie Waren nur zum Verbrauch an Bord an Reisende abgegeben werden. Ein Aushang, wonach der Einkauf von zollfreien Kantinenwaren nur für den Bordverbrauch gestattet ist, ist seit 2005 an der Tür der C. angebracht (Kopie des Aushangs, Bl. 11 d. A.). Aus zollrechtlichen Gründen darf dieser so genannte "Mundvorrat" mit Ausnahme der in § 14 Abs. 2 der Zollverordnung (Anlage 7, Bl. 34 d. A.) genannten Mengen und unter den in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen nicht von Bord gebracht werden.

Am 13.10.2008 kontrollierte der Zoll nach Verlassen des Schiffs den PKW des Beteiligten zu 3). Im Auto befanden sich 27 Stangen unverzollte Zigaretten sowie fünf Flaschen unverzollter Aquavit. Bei einer sofort durchgeführten Hausdurchsuchung wurden weitere 33 Stangen Zigaretten durch den Zoll gefunden. Auf Nachfrage erklärte der Beteiligte zu 3), er habe in den vergangenen anderthalb Jahren dreimal unverzollte Waren von Bord mitgenommen.

Am 14.10.2008 wurden Vertreter der Arbeitgeberin von Zollfahndern über diesen Sachverhalt informiert. Am 15.10.2008 hörte die Arbeitgeberin den Beteiligten zu 3) hierzu an. Er räumte in dieser Anhörung die ihm angelasteten Zollvergehen ein, wobei Einzelheiten seiner Erklärungen streitig sind.

Am 17.10.2008 beantragte die Arbeitgeberin beim Betriebsrat die Zustimmung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses (Kopie des Schriftsatzes, Bl. 6 f. d. A.), die der Betriebsrat mit Schreiben vom 20.10.2008 ablehnte (Bl. 8 - 10 d. A.). Mit am 22.10.2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Arbeitgeberin die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur beabsichtigten fristlosen Kündigung beim Arbeitsgericht beantragt.

Im arbeitsgerichtlichen Verfahren hat der Beteiligte zu 3) mit Schriftsatz seiner damaligen Prozessbevollmächtigten vom 27.01.2009 zu den ihm gegenüber erhobenen Vorwürfen Stellung genommen und zu diesem Schriftsatz verschiedene Anlagen eingereicht (Bl. 39 - 47 d. A.). Im Hinblick auf den Inhalt dieses Schriftsatzes bat die Arbeitgeberin den Beteiligten zu 3) zu einem Gespräch, in dem er zu möglichen neuen Kündigungsgründen angehört werden sollte. Der Beteiligte zu 3) erklärte über seine neue Prozessbevollmächtigte seine Gesprächsbereitschaft, sagte dann aber das für den 11.02.2009 vorgesehene Gespräch wegen Krankheit ab. Die (neue) Prozessbevollmächtigte des Beteiligten zu 3) beantwortete am 16.02.2009 die nunmehr schriftlich von der Arbeitgeberin vorgelegten Fragen schriftlich (Bl. 87 - 89 d. A.). Dabei korrigierte sie den Vortrag aus dem Schriftsatz vom 27.01.2009 in Teilen und führte dessen Inhalt auf Missverständnisse zwischen dem Beteiligten zu 3) und seiner vormaligen Prozessbevollmächtigten zurück. Hinsichtlich der vom Beteiligten zu 3) vorgelegten Belegkopien erklärte sie, diese seien dem Beklagten zu 3) anonym zugesandt worden. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das Schreiben vom 16.02.2009 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 16.02.2009 informierte die Arbeitgeberin den Betriebsrat über die Absicht, im vorliegenden Verfahren Gründe für eine Verdachtskündigung nachzuschreiben (Kopie des Schriftsatzes Bl. 90 - 94 d. A.), da der dringende Verdacht der Urkundenfälschung, des Prozessbetrugs sowie der Entwendung von Inventurunterlagen bestehe. Der Betriebsrat lehnte mit Schreiben vom 19.02.2009 die Zustimmung zur fristlosen Kündigung ab.

Die Arbeitgeberin hat vorgetragen:

Am 14.10.2008 sei sie von den Zollfahndern auch darüber informiert worden, dass beabsichtigt sei, die Arbeitgeberin zukünftig intensiver zu kontrollieren. Am 15.10.2008 habe der Beteiligte zu 3) eingeräumt, die Zigaretten und den Aquavit bezahlt und aus der C. mitgenommen zu haben. Die jetzigen Einlassungen des Beteiligten zu 3), die Waren stammten aus der Bar, seien unglaublich. Der Verstoß gegen die Zollvorschriften und die Ausnutzung seiner Stellung als Hotelmanager-Assistent und der damit verbundenen Verantwortung für das Lager zollfreier Waren rechtfertige die fristlose Kündigung. Auch bestehe die Gefahr, dass die Behörden zukünftig den Verkauf zollfreier Waren verbieten würden. Mit diesen sei im Jahr 2008 auf dem Schiff „N.“ ein Umsatz von EUR 400.000,00 gemacht worden. Ein Verbot hätte daher erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für sie.

Die Kündigung sei auch als Verdachtskündigung gerechtfertigt. Im Schriftsatz vom 27.01.2009 habe der Beteiligte zu 3) an mehreren Stellen falsch vorgetragen: Er habe behauptet, vom 09. bis 19.09.2008 auf der A. gewesen zu sein, was nachweislich nicht stimme; er habe eine Mail ihrer Mitarbeiterin S. eingereicht und dabei wesentliche Teile weggelassen; er habe mit der Anlage B 4 eine Quittung vom 05.08.2008 von Bord der N. eingereicht, obwohl er an diesem Tag gar nicht auf diesem Schiff gewesen sei; er habe reedereinterne Buchungsunterlagen eingereicht, die aus ihren Unterlagen entwendet worden seien. Es bestehe daher der dringende Verdacht des versuchten Prozessbetrugs, der Urkundenfälschung und des Diebstahls zu ihrem Nachteil. Die Einlassungen des Beteiligten zu 3) zu diesen Vorwürfen könnten den Verdacht nicht entkräften.

Der Betriebsrat hat hierzu erwidert:

Der Zollverstoß des Beteiligten zu 3) sei unstrittig, habe aber keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis. Auch die Berechtigung zum Bezug zollfreier Waren könne der Arbeitgeberin nach den einschlägigen Vorschriften nicht entzogen werden. Dieser Umstand sowie die weiteren Einzelheiten der Auswirkungen des Zollverstoßes auf die betrieblichen Abläufe seien auch dem Betriebsrat nicht mitgeteilt worden und könnten deswegen nicht nachgeschoben werden. Unerheblich sei, woher der Beteiligte zu 3) die Waren bezogen habe. Der Aushang in der C. sei mitbestimmungspflichtig nach

§ 87 Abs. 1 Ziffern 1 und 8 BetrVG, er habe diesem nicht zugestimmt. Der Beteiligte zu 3) habe auch nicht seine arbeitsvertragliche Position als Hotelmanager-Assistent missbraucht. Eine Interessenabwägung habe die Arbeitgeberin ausweislich des Schreibens an den Betriebsrat gar nicht vorgenommen. Angesichts des seit dem 15.05.1982 bestehenden, bislang unbelasteten Arbeitsverhältnisses müsse eine Interessenabwägung zu Gunsten der Beteiligten zu 3) ausfallen. Auch habe der Beteiligte zu 3) sein Fehlverhalten eingeräumt und glaubhaft versichert, dass sich dieses nicht wiederhole.

Die nachgeschobenen Verdachtsgründe rechtfertigten die Kündigung nicht. Der Vortrag aus dem Schriftsatz vom 27.01.2009 sei vom Beteiligten zu 3) richtiggestellt worden.

Der Beteiligte zu 3) hat vorgetragen:

Das Steuerstrafverfahren sei mittlerweile abgeschlossen, er habe die Steuerschuld bezahlt. Die Arbeitgeberin habe keinen Schaden oder andere Repressalien zu befürchten. Zu den nunmehr nachgeschobenen Kündigungsgründen habe er sich im Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 16.02.2009 wahrheitsgemäß erklärt.

Das Arbeitsgericht hat den Zustimmungsersetzungsantrag abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Soweit die Arbeitgeberin die Kündigung mit Nachteilen für ihren Betrieb wegen des Zollvergehens des Beteiligten zu 3) begründet habe, habe sie hierzu den Betriebsrat nicht angehört und könne diese Gründe jetzt nicht verwerten. Der Verstoß des Beteiligten zu 3) gegen Arbeitsanweisungen der Arbeitgeberin sei durch eine Abmahnung ausreichend zu sanktionieren, eine fristlose Kündigung sei im Hinblick auf den langjährigen Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht gerechtfertigt. Auch Gründe für eine Verdachtskündigung lägen nicht vor. Der Vortrag aus dem Schriftsatz vom 27.01.2009 sei objektiv nicht geeignet gewesen, das Gericht zu täuschen. Daher könne auch kein Vorsatz unterstellt werden. Auch bestehe kein dringender Diebs-

tahlsverdacht nach den Einlassungen des Beteiligten zu 3). Hier hätte die Arbeitgeberin den Sachverhalt weiter aufklären müssen.

Gegen diesen, ihr am 01.07.2009 zugestellten Beschluss hat die Arbeitgeberin am 23.07.2009 Beschwerde eingelegt und diese am 28.08.2009 begründet:

Sie trägt vor: Der Beteiligte zu 3) habe sich an seinem Arbeitsplatz zollfreie Waren beschafft und sich damit betriebliche Gegebenheiten zunutze gemacht, um strafbare Privatgeschäfte, nämlich Zollvergehen, zu begehen. Dies sei eine von ihr nicht hinzunehmende beachtliche Nebenpflichtverletzung. Erschwerend komme hinzu, dass der Beteiligte zu 3) für die Verwaltung des Lagers für zollfreie Waren zuständig sei. Sie müsse sich darauf verlassen können, dass die von ihr beschäftigten Hotelmanager-Assistenten die Zollvorschriften akribisch einhielten.

Der Beteiligte zu 3) habe auch nicht reinen Tisch machen wollen, indem er seine Vergehen eingestanden habe. Vielmehr sei die Beweislage völlig erdrückend und eindeutig gewesen, sodass weiteres Leugnen zwecklos gewesen wäre. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts reiche der Ausspruch einer Abmahnung zur Ahndung dieses Verstoßes nicht aus. Eine Abmahnung wäre zudem ein falsches Signal gegenüber den übrigen Besatzungsmitgliedern. Es würde dann bei diesen der Eindruck entstehen, dass Zollverstöße bei ihr, Arbeitgeberin, ohne größere arbeitsrechtliche Konsequenzen blieben.

Das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und dem Beteiligten zu 3) sei zusätzlich durch das Verhalten des Beteiligten zu 3) im Zusammenhang mit den nachgeschobenen Kündigungsgründen zerstört worden, die Einlassungen des Beteiligten zu 3), wonach ihm die mit der Anlage B 2 zur Gerichtsakte gereichte Mail sowie die mit der Anlage B 4 eingereichten Belege anonym in den Briefkasten gesteckt worden seien, sei lebensfremd und völlig unglaubwürdig.

Auch habe der Beteiligte zu 3) beim Gericht Unterlagen in Kopie als Anlagen vorgelegt und hiermit den Eindruck erweckt, er sei im Besitz der Originalunterlagen, was ebenfalls nicht der Fall sei. Die vom Arbeitsgericht für erforderlich gehaltene weitere

Sachverhaltsaufklärung sei nicht erforderlich. Der Beteiligte zu 3) habe beim Versuch der ersten Anhörung seine Erkrankung offensichtlich nur vorgeschoben. Auch hierdurch werde deutlich, dass er in keiner Weise dazu beigetragen habe, den gegen ihn bestehenden Verdacht auszuräumen. Schließlich müsse sich der Beteiligte zu 3) auch das Verhalten seiner ersten Prozessbevollmächtigten nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24. April 2009, Geschäftszeichen 3 BV 116 c/08, abzuändern und die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Hotelmanager-Assistenten M. zu ersetzen.

Der Betriebsrat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält die Beschwerde bereits für unzulässig.

Der Beteiligte zu 3) habe keine Räumlichkeiten der Arbeitgeberin zur Begehung von Straftaten benutzt. Die von der Gegenseite herangezogene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei daher nicht vergleichbar. Die Bewertung des Arbeitsgerichts sei zutreffend. Es sei auch nicht erkennbar, dass der Beteiligte zu 3) die Position des Crew-Managers ausgenutzt habe. Jedes andere Besatzungsmitglied könne Waren bei der Arbeitgeberin kaufen und diese von Bord schmuggeln.

Die nachgeschobenen Kündigungsgründe seien zur Begründung einer fristlosen Kündigung ebenfalls nicht geeignet. Den Ausführungen des Arbeitsgerichts zur mangelnden Täuschungseignung des Schriftsatzes der vormaligen Prozessbevollmächtigten des Beteiligten zu 3) sei nichts hinzuzufügen.

Der Beteiligte zu 3) schließt sich den Ausführungen des Betriebsrats an.

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat durch Beschluss vom 24.11.2009 die Entscheidung des Arbeitsgerichts Lübeck abgeändert und die begehrte Zustimmung des Betriebsrats ersetzt. Dieser Beschluss des Landesarbeitsgerichts ist durch Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 09.06.2011 (2 ABR 35/10) wegen nicht ordnungsgemäßer Besetzung des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und an dieses zurückverwiesen worden. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Akte verwiesen.

B.

Die Beschwerde der Arbeitgeberin ist zulässig, aber nicht begründet.

I. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats ist die Beschwerde der Arbeitgeberin zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Die Beschwerdebegründung wahrt entgegen der Auffassung des Betriebsrats auch die Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift, die für das Beschwerdeverfahren entsprechend gilt, muss die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt.

Diesen Anforderungen genügt die Beschwerdebegründung der Arbeitgeberin. Diese setzt sich zum einen ausgiebig mit der Bewertung des Zollvergehens des Beteiligten zu 3) durch das Arbeitsgericht auseinander und greift diese an. Schon deswegen ist die Beschwerde zulässig, weil aufgrund dieses Angriffs eine abweichende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den Zustimmungsersetzungsantrag möglich ist.

Darüber hinaus setzt sich die Beschwerdebegründung auch mit den Feststellungen des Arbeitsgerichts zur Verdachtskündigung auseinander und führt nicht nur, wie der Betriebsrat meint, einen völlig neuen Sachvortrag ein. Auf Seite 4 unten und 5 der Beschwerdebegründung (Bl. 182 f. d. A.) rügt die Beschwerde die Auffassung des

Arbeitsgerichts, die Beteiligte zu 1) habe nicht alles Erforderliche unternommen, um die Verdachtsmomente umfassend aufzuklären.

II. Die Beschwerde ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat den Sachverhalt zutreffend entschieden. Die Kammer schließt sich in jeder Hinsicht den Bewertungen des Arbeitsgerichts in seiner Entscheidung an und nimmt auf diese Bezug. Im Hinblick auf die Angriffe in der Beschwerde und ergänzend ist noch Folgendes auszuführen.

Gemäß § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats der Zustimmung des Betriebsrats. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, ist sie durch das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers zu ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist, § 103 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Gerechtfertigt ist sie, wenn Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG. Erforderlich ist damit das Vorliegen eines Kündigungsgrundes iSd. § 626 Abs. 1 BGB.

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 (ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG vom 23.10.2008 – 2 AZR 483/07 – JURIS, Rn. 25).

1. Als wichtiger Grund an sich kommt zunächst die Mitnahme von 27 Stangen unversteuerter Zigaretten sowie fünf Flaschen unversteuerten Jubiläumsaquavits durch den Beteiligten zu 3) von Bord des Schiffes N. am 13.02.2008 in Betracht sowie die Begehung dreier weiterer Zollvergehen in den anderthalb Jahren vor diesem Zeitpunkt.

a) Dieses Verhalten ist als wichtiger Grund an sich geeignet. Durch die Mitnahme unversteuerter Ware von Bord des Schiffes verletzt der Kläger seine vertragliche Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB). Zu diesem Pflichtenkreis gehört auch die Pflicht des Arbeitnehmers, keine Straftaten zu begehen, die sich im betrieblichen Bereich auswirken und dort zu Störungen führen.

Grundsätzlich steht allerdings das Verhalten eines Arbeitnehmers im privaten Lebensbereich außerhalb der Einflussphäre des Arbeitgebers. Nur in den Fällen, in denen sich das private Verhalten auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt, kann eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung ausnahmsweise vorliegen. Generell setzt die Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung durch außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Berührt hingegen das außerdienstliche Verhalten den arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis nicht, so ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, die ihm bekannt gewordenen Umstände aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers durch den Ausspruch einer Kündigung zu missbilligen (BAG vom 23.10.2008, aaO., Rn. 58).

Zwar wird ein Zollvergehen typischerweise keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen, etwa wenn ein Arbeitnehmer im Urlaub beim Grenzübertritt Waren schmuggeln. Vorliegend liegt der Sachverhalt aber anders. Der Beteiligte zu 3) hat nämlich Waren geschmuggelt, die er zuvor bei seiner Arbeitgeberin bezogen hat und die der Arbeitgeberin nur mit ganz bestimmten Maßgaben (§ 14 Zollverordnung) überlassen worden sind. Es liegt auf der Hand, dass die Zollbehörden, wenn sie einen Verstoß durch Arbeitnehmer der Arbeitgeberin gegen Zollvorschriften feststellen, dies zum Anlass nehmen, die Einhaltung der Abgabevorschriften für unverzollte Waren an Bord zu überprüfen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dies der Arbeitgeberin durch

die Mitarbeiter der Zollfahndung am 14.10.2008 so ausdrücklich mitgeteilt worden ist. Dass die Zollbehörden entsprechend vorgehen werden, liegt auf der Hand, weil es zu den Pflichten des Zolls gehört, die Einhaltung der Vorschriften zu überwachen und bei Verstoß gegen diese Vorschriften einzuschreiten. Da dieser Sachverhalt allgemein bekannt ist, musste die Arbeitgeberin hierüber auch nicht extra den Betriebsrat informieren und kann ihn im vorliegenden Verfahren nachschieben.

Demgegenüber kann der von der Arbeitgeberin angeführte zu erwartende eventuelle drohende wirtschaftliche Schaden aufgrund eines möglicherweise vorübergehenden Verlusts der Bezugsberechtigung für zollfreie Waren im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.

Allerdings können, anders als im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG, im Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 BetrVG bei Einleitung des Verfahrens durch den Arbeitgeber vorliegende Tatsachen ohne Rücksicht darauf nachgeschoben werden, ob sie dem Arbeitgeber bekannt waren oder nicht. Da aber das gerichtliche Verfahren grundsätzlich nur im Falle der Zustimmungsverweigerung einzuleiten ist, mithin dem betrieblichen Zustimmungsverfahren nachgeordnet ist, muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat zuvor Gelegenheit geben, seine Stellungnahme hinsichtlich der neuen Tatsachen zu überprüfen. Die Behandlung neuer Gründe durch den Betriebsrat wird nicht dadurch ersetzt, dass der Vorsitzende des Betriebsrats durch Teilnahme am Beschlussverfahren davon erfährt (BAG, Beschluss vom 23.04.08 – ABR 71/07 – JURIS, Rn. 25).

Danach ist die Arbeitsgeberin mit ihrem Vortrag zu den zu erwartenden wirtschaftlichen Schäden infolge des Zollvergehens des Beteiligten zu 3) ausgeschlossen. Sie hat den Betriebsrat über diesen Vorwurf nicht, auch nicht im Verlaufe des Verfahrens, informiert. Der bloße Vortrag dieses Sachverhalts im Prozess, reicht nach der gerade dargestellten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht aus für die ordnungsgemäße Information des Betriebsrats.

Mit dem Arbeitsgericht ist die Kammer auch der Auffassung, dass die betrieblichen Störungen nicht deswegen besonders intensiv sind, weil der Beteiligte zu 3) seine

Position als Hotelmanager-Assistent und Leiter des Lagers für unverzollte Waren ausgenutzt hat. Das ist, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, nicht erkennbar. Die vom Beteiligten zu 3) geschmuggelten Waren hätten auch andere Arbeitnehmer der Arbeitsgeberin erwerben können. Dass der Beteiligte zu 3) die Waren bezahlt hat, ist zu keinem Zeitpunkt in Abrede gestellt worden. Angesichts des Aushangs an der Tür der C. (Bl. 11 d. A.) war der Beteiligte zu 3) auch nicht als Leiter des Lagers für unverzollte Waren in besonderer Weise – herausgehoben gegenüber den anderen Mitarbeitern – für die Einhaltung der Zollvorschriften verantwortlich. Aufgrund des Aushangs waren alle Arbeitnehmer an Bord des Schiffes in gleicher Weise auf die Einhaltung der maßgeblichen Zollvorschriften hingewiesen worden.

Auch die Behauptung der Arbeitgeberin, durch das Verhalten des Beteiligten zu 3) sei dessen Vorbildfunktion als Vorgesetzter beeinträchtigt, vermag die Kammer nicht nachzuvollziehen. Tatsächlich ist dazu nichts vorgetragen worden. Die Begehung einer Steuerstraftat führt nicht von vornherein dazu, dass der betroffene Mitarbeiter von anderen Arbeitnehmern für ungeeignet als Vorgesetzter angesehen wird.

Auch eine Nachahmungsgefahr durch andere Arbeitnehmer vermag das Gericht nicht zu erkennen. Diese Nachahmungsgefahr hat das Landesarbeitsgericht in der vom BAG aufgehobenen Entscheidung berücksichtigt (Seite 12 der Entscheidungsgründe, letzter Absatz). Hierauf hat sich jedenfalls im Anhörungstermin vor der jetzt entscheidenden Kammer auch die Arbeitgeberin bezogen. Das Gericht ist jedoch der Auffassung, dass allein aufgrund des Umstandes, dass ein anderer Arbeitnehmer, auch wenn es sich um einen Vorgesetzten handelt, eine Straftat begeht, nicht eine Gefahr erwächst, dass weitere Arbeitnehmer diese Straftat ebenfalls begehen können. Diese Möglichkeit besteht unabhängig davon, ob weitere Arbeitnehmer unverzollte Ware schmuggeln oder nicht.

Durch das Schmuggeln unverzollter Ware hat der Beteiligte zu 3) daneben auch gegen seine vertragliche Pflicht zur Einhaltung der Zollvorschriften während seiner Anwesenheit auf dem Schiff der Arbeitgeberin verstoßen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Aushang der Arbeitgeberin (Bl. 11 d. A.), wonach der Einkauf von zollfreien Kantinen-Waren nur für den Bordverbrauch gestattet ist, mitbestimmungspflichtig

ist oder nicht. Unabhängig von dieser Weisung im Einzelfall besteht eine vertragliche, sich aus § 241 BGB ergebende Pflicht, zur Rücksichtnahme darauf, dass die Bordmitglieder der Arbeitsgeberin die steuerrechtlichen Vorgaben einhalten. Anderenfalls droht, wie bereits oben ausgeführt, die Gefahr zeitaufwendiger Kontrollen durch die Zollbehörden und damit die Behinderung des Geschäftsbetriebs der Arbeitgeberin.

Mit dem Verstoß gegen zollrechtliche Vorschriften hat daher der Beteiligte zu 3) nicht nur ein privates Verhalten begangen, das sich auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt, sondern auch eine Vertragspflicht verletzt.

b) Diese Pflichtverletzung des Beteiligten zu 3) rechtfertigt bei der gebotenen Interessenabwägung aber noch nicht die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Zu berücksichtigen sind regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung – etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlustes und ihre wirtschaftlichen Folgen –, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderer Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Als mildere Reaktionen sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung anzusehen. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck – die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen – zu erreichen (BAG vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – JURIS, Rn. 34).

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Die ordentliche wie die außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose. Ist der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er dennoch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG vom 10.06.2010, JURIS Rn. 36 f.).

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 Vertragspartner 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 (BAG, Urteil vom 10.06.2010, JURIS Rn. 47).

Nach den vorstehenden Grundsätzen hält das Gericht eine Weiterbeschäftigung des Beteiligten zu 3) jedenfalls bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist des Beteiligten zu 3) (vgl. BAG vom 17.01.2008 – 2 AZR 821/06 – JURIS, Rn. 17 f.), die für den Beteiligten zu 3) nach dem übereinstimmenden Vortrag im Beschwerdetermin sieben Monate zum Monatsende beträgt, für zumutbar. Bereits durch eine Abmahnung wäre

dem Interesse der Arbeitgeberin an einer zukünftigen ungestörten Durchführung des Arbeitsvertrags mit dem Beteiligten zu 3) genüge getan.

Richtig ist, dass der Beteiligte zu 3) als Verwalter des Lagers für unverzollte Waren mit diesen täglich umgeht und für ihren Bestand verantwortlich ist. Allein dieser Umstand rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, dass durch die begangenen Zollvergehen das Vertrauen in die korrekte Ausübung dieser Vertragspflicht eingeschränkt wird. Der Beteiligte zu 3) hat die von ihm geschmuggelte Ware erworben, ohne dass erkennbar ist, dass er hierdurch seine arbeitsvertragliche Position ausgenutzt hat. Die Straftat richtet sich nicht gegen die Arbeitgeberin oder Vertragspartner der Arbeitgeberin, sondern ausschließlich gegen den Staat. Die Vorwürfe sind vom Beteiligten zu 3) sofort eingeräumt worden. Er hat erklärt, sich zukünftig im Hinblick auf den Umgang mit unverzollter Ware vertragstreu zu verhalten. Dass dies eine reine Schutzbehauptung im Hinblick auf die nicht mehr zu leugnende Straftat ist, ist zwar möglich, steht aber nicht zur Überzeugung des Gerichts fest. Der Beteiligte zu 3) ist seit langen Jahren bei der Arbeitgeberin beschäftigt, im Oktober 2008 waren dies mehr als 26 Jahre. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beteiligte zu 3) mehrere Zollvergehen in den letzten anderthalb Jahren eingeräumt hat. Wirtschaftliche Folgen können von der Arbeitgeberin in diesem Verfahren nicht vorgetragen werden. Es ist nicht erkennbar, dass er nach einer Abmahnung sein Verhalten in der Zukunft nicht ändern wird. Die – allerdings vorsätzliche – Pflichtverletzung des Beklagten zu 3) wiegt aus den gerade dargestellten Gründen auch nicht so schwer, dass ihre Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist. Die langjährige Betriebszugehörigkeit verbunden mit der fehlenden Abmahnung lässt den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses auch für die Arbeitgeberin als zumutbar bewerten.

2. Auch die im Laufe des Verfahrens nachgeschobenen Kündigungsgründe, nämlich der Verdacht des versuchten Prozessbetrugs, der Urkundenfälschung und des versuchten Diebstahls, vermögen die außerordentliche Kündigung des Beteiligten zu 3) nicht zu rechtfertigen.

Grundsätzlich kann auch der dringende Verdacht einer erheblichen Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen. Eine Verdachtskündigung kommt aber nur in Betracht, wenn gewichtige, auf objektive Tatsachen gestützte Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören. Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. Ein dringender Verdacht liegt nur vor, wenn bei kritischer Prüfung eine auf Beweistatsachen (Indizien) gestützte große Wahrscheinlichkeit für eine erhebliche Pflichtverletzung gerade dieses Arbeitnehmers besteht (BAG, Urteil vom 12.05.2010 – 2 AZR 587/08 – JURIS, Rn. 27).

Diese Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung liegen nicht vor. Der gegenüber dem Beteiligten zu 3) bestehe Verdacht ist nicht dringend im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

a) Gegen den Verdacht eines versuchten Prozessbetrugs durch den Beteiligten zu 3) spricht insbesondere, wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, die fehlende Eignung der vom Beteiligten zu 3) eingereichten Unterlagen zur Täuschung des Gerichts und/oder Gegners. Diese sind so offensichtlich nicht geeignet, die im Schriftsatz gegen die Arbeitgeberin erhobenen Vorwürfe zu belegen oder den Beteiligten zu 3) zu entlasten, dass nicht der dringende Verdacht entsteht, der Beteiligte zu 3) versuche über seine Prozessbevollmächtigte Gericht und Gegenseite zu täuschen, sondern der, dass es zwischen den Beteiligten zu 3) und seiner Prozessbevollmächtigten zu erheblichen Missverständnissen gekommen ist.

So wird in der mit dem Schriftsatz eingereichten Anlage B 2 (Bl. 44 d. A.), nicht nur der Inhalt der E-Mail im Schriftsatz teilweise falsch zitiert („aggressiv“ statt „aktiv“, wie es in der E-Mail heißt); es wird auch aus der eingereichten Anlage B 2 deutlich, dass auf eine Anfrage von Herrn M. Frau S. für die Arbeitgeberin antwortet und diese nicht etwa an alle weiteren Arbeitskollegen, unter anderen den Beteiligten zu 3), gerichtet war. Die Anlage B 3 zu diesem Schriftsatz (Bl. 45 d. A.) ist ebenfalls offensichtlich zur

Täuschung nicht geeignet, da der Empfänger der Bordrechnung ausdrücklich ausgewiesen ist und es sich gerade nicht um den Beteiligten zu 3) handelt, auch wenn dies im Schriftsatz so vorgetragen ist. Schließlich sind die eingereichten Belege (Anlage B 4, Bl. 46 d. A.) erkennbar Inventurbelege. Auf Seite 2 der Anlage B 4 (Bl. 47 d. A.) ist ausdrücklich vermerkt worden, dass diese Belege dazu dienen sollen, nachzuweisen, "dass stangenweise verkauft wurde", nicht also, wie im Schriftsatz behauptet, dass der Beteiligte zu 3) diese Waren erworben habe. Eine Täuschung des Gerichts konnte durch diese Unterlagen so offensichtlich nicht erreicht werden, dass der dringende Tatverdacht eines Prozessbetrugs nicht besteht. Damit besteht auch nicht der dringende Verdacht, dass der Beteiligte zu 3) durch Einreichung der Anlage B 2 unter Weglassen der Empfängerbezeichnung eine Urkundenfälschung begangen hat.

Auch soweit mit der Beschwerde neu vorgetragen worden ist, durch die Einreichung von Unterlagen in Kopie sei darüber getäuscht worden, dass der Beteiligte zu 3) nicht im Besitz der Originale gewesen sei, vermag einen dringenden Verdacht des Prozessbetrugs nicht zu begründen. Durch das Einreichen von Anlagen in Kopie wird regelmäßig nicht behauptet, im Besitz der Originale zu sein, sondern nur, dass es Originale zu den Kopien gibt.

Schließlich besteht auch nicht der dringende Verdacht eines Diebstahls durch den Beteiligten zu 3). Anhaltspunkte dafür, dass der Beteiligte zu 3) die Inventurbelege, die er zur Gerichtsakte gereicht hat, aus den Unterlagen der Arbeitgeberin entfernt hat, bestehen nicht. Richtig ist, dass der Beteiligte zu 3) ein Motiv dafür hätte, dies zu tun. Das widerlegt aber nicht seine Einlassung, die Unterlagen seien ihm anonym zugespielt worden. Letztlich ist die Darstellung der Arbeitgeberin ebenso möglich wie die des Beteiligten zu 3). Das macht den Verdacht gegenüber dem Beteiligten zu 3) nicht dringend. Die Behauptung des Beteiligten zu 3), er habe nach seiner Suspension die N. nicht mehr betreten und deswegen keine Gelegenheit gehabt, die Inventurbelege zu entfernen, hat die Arbeitgeberin nicht entkräften können.

Ein Verschulden der Prozessbevollmächtigten des Beteiligten zu 3) ist nicht als Kündigungsgrund geeignet. Eine Verschuldenszurechnung findet im Rahmen der Prü-

fung, ob ein Kündigungsgrund nach § 626 I BGB vorliegt, nicht statt. § 85 II ZPO ist nicht anwendbar.

3. Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. In der vorliegenden Entscheidung wird die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf einen Einzelfall angewandt. Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung stellen sich nicht.

gez. ...

gez. ...

gez. ...