

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 306/05
4 Ca 1814 e/04 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 10.01.2006
gez. ...
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit
pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 10.01.2006 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 02.03.2005, Az. 4 Ca 1814 e/04, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben;
im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand:

Streitgegenständlich ist eine von der Beklagten ausgesprochene außerordentliche - hilfsweise fristgerechte – Kündigung der Beklagten.

Die 46-jährige Klägerin ist bei der Beklagten als Verkäuferin in Teilzeit zu einem derzeitigen Bruttomonatsgehalt von € 1.473,22 beschäftigt. Sie ist seit dem 01.07.2003 der Abteilung Kinderkonfektion (KiKo) zugeteilt. Die Verkäuferinnen – so auch die Klägerin – werden ebenfalls, ungeachtet ihrer Zuteilungen zu den einzelnen Abteilungen, an den einheitlichen Kassen eingesetzt.

Am 19.08.2004 war die Klägerin an der Kasse eingesetzt, als eine Verkäuferin aus der Abteilung Damenoberbekleidung (DOB) an ihrer Kasse einen Personaleinkauf tätigen wollte. Sie legte wortlos der Klägerin zwei Tops à € 9,95 und ein langärmeliges T-Shirt à € 24,95 jeweils der Marke Esprit zum Bezahlen vor. Ohne dass sie hierzu von der Zeugin E... aufgefordert worden war, nahm die Klägerin Preisreduzierungen auf den Etiketten der beiden Tops von € 9,95 auf € 7,-- und des T-Shirts von € 24,95 auf € 20,-- vor. Auf den sich hierdurch ergebenden Gesamtrechnungsbetrag von € 34,-- gewährte sie der Zeugin E... einen Personalrabatt von 15 %.

Am darauf folgenden 20.08.2004 wurden die Klägerin und die Zeugin E... jeweils getrennt in Anwesenheit des Personalreferenten B., des Betriebsorganitors F..., der Abteilungsleiterin DOB A... und des Betriebsratsvorsitzenden L... zu dem Vorwurf der Preismanipulation angehört. Die Klägerin wies die Anschuldigung zurück und bestritt, der Zeugin E... einen Freundschaftspreis gewährt zu haben. Vielmehr sei sie davon ausgegangen, dass es sich um Sommerware gehandelt habe, bei denen die Preisreduzierung vergessen worden sei. Wegen des genauen Inhalts der Anhörung der Klägerin wird auf das Gesprächsprotokoll vom 20.08.2004 verwiesen (Bl. 34-36 d.GA.). Die Anhörung wurde unterbrochen, um die Zeugin E... anzuhören. Die Zeugin E... erklärte auf den Vorhalt, dass es sich eindeutig um neue Ware gehandelt habe, und warum sie trotzdem nichts gesagt habe, dass sie in der Vergangenheit gesehen habe, dass die Klägerin an Waren Preise geändert und dann in die Rücklage gelegt habe, um sie später an der Kasse, wo die Preise nicht mehr geprüft würden, zu kaufen (Bl. 37 f. d. GA.). Danach wurde die Klägerin nochmals hereingerufen und ihr

vorgehalten, sie habe Ware für den Eigenbedarf reduziert, in die Rücklage gelegt und später gekauft, sie die Beklagte, werde schon jemanden finden, der sie, die Klägerin, dabei beobachtet habe. Die Klägerin antwortete, dass sie so etwas noch nie gemacht und auch kein schlechtes Gewissen habe. Im Anschluss an die Anhörung wurde die Klägerin bis zur Urlaubsrückkehr des Geschäftsführers T... freigestellt. Die ebenfalls vernommenen Kolleginnen der Klägerin W... und S... bestätigten den Vorwurf, die Klägerin habe Ware zum Eigenbedarf reduziert und in die Rücklage gebracht, nicht (Bl. 41, 42 d. GA.). Am 24.08.2004 hörte der Geschäftsführer T... sowohl die Klägerin und am 25.08.2004 nochmals die Zeugin E... zum Vorwurf der Preismanipulation an (Bl. 43, 44 f. d. GA.).

Mit Schreiben vom 23.08.2004 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer fristlosen, hilfsweise fristgemäßen Kündigung der Klägerin unter Beifügung der am 20.08.2004 gefertigten Gesprächsprotokolle an. Nachträglich setzte die Beklagte den Betriebsrat über den Inhalt der am 24. und 25.08.2004 erfolgten Anhörungen der Klägerin und der Zeugin E... in Kenntnis. Der Betriebsrat widersprach am 25.08.2004 der außerordentlichen und stimmte der fristgemäßen Kündigung zu.

Mit Schreiben vom 26.08.2004 sprach die Beklagte gegenüber der Klägerin die streitgegenständliche fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung zum 31.10.2005 aus.

Wegen des weiteren, insbesondere streitigen Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils nebst den dortigen Inbegriffen Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage der Klägerin mit den Anträgen

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 26.08.2004 nicht beendet ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterzubeschäftigen;

in vollem Umfang stattgegeben. Die Kündigung sei weder als Tat- noch als Verdachtskündigung gerechtfertigt.

Die bewusste Preismanipulation sei zwar ohne weiteres an sich geeignet, einen wichtigen Grund i. S. v. § 262 Abs. 1 BGB darzustellen. Zwar habe die Klägerin mit der strittigen Preisreduzierung unstreitig eine Pflichtverletzung begangen. Diese Pflichtverletzung berechtige indessen ohne vorherige Abmahnung weder eine außerordentliche, noch eine fristgerechte Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Erst wenn hinreichende weitere Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die Klägerin tatsächlich der Zeugin E... einen Vermögensvorteil habe verschaffen wollen, könne von einer bewussten, willentlichen Preismanipulation ausgegangen werden. Für eine mit der Zeugin E... vereinbarte, bewusste Vermögensschädigung gebe es jedoch keine Anhaltspunkte.

Auch die Vermutung, die Klägerin habe durch die Preismanipulation sich das Schweigen der Zeugin E... für unzulässige Preisreduzierungen in der Vergangenheit sichern wollen, sei nicht durch konkrete Umstände hinreichend belegt. Die Beklagte habe bewusste Preismanipulationen im Zuge von getätigten Eigenkäufen weder inhaltlich nicht zeitlich zu konkretisieren vermocht. Insoweit stütze die Beklagte ihren Verdacht lediglich auf der Grundlage vager Beobachtungen, die die Zeugin E... im Rahmen ihrer Anhörung kundtat.

Gegen dieses ihr am 06.06.2005 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 04.07.2005 Berufung beim Landesarbeitsgericht eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 05.09.2005 am 01.09.2005 begründet.

Die Beklagte trägt vor,

dass das Arbeitsgericht verkannt habe, dass die Verdachtsmomente vorliegend erheblich seien. Die glaubwürdig aufgetretene Zeugin E... habe die Klägerin in deren Vernehmung stark belastet, ohne sich selbst zu schonen. Sie habe die Klägerin beschuldigt, in der Vergangenheit bei Personaleinkäufen Preise manipuliert zu haben. Zwar habe beim Kassivorgang am 19.08.2004 keine Kommunikation zwischen der Klägerin und der Zeugin E... stattgefunden, dies sei aber auch nicht zwingend nötig, wenn beide Täterinnen wüssten, um was es gehe. Die Klägerin habe die Höhe der gewährten Preisreduzierung auch in keiner Weise erklären können, zumal sie selbst eingeräumt habe, die Preise seien von ihr mithin willkürlich herabgesetzt worden.

Belastend komme hinzu, dass die Klägerin selbst eingeräumt habe, sich in der DOB-Abteilung nicht auszukennen. Zudem habe die Klägerin nach dem Vorfall am 19.08.2004 nachts telefonisch Kontakt zur Zeugin E... aufgenommen, um eine gemeinsame „Sprachregelung“ mit ihr abzusprechen. Die Summe der Ungereimtheiten und Verdachtsmomente sprächen für eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Klägerin die Beklagte schädigen wollte. Es sei mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer bewussten Preismanipulation auszugehen. Es sei der Beklagten infolgedessen nicht zuzumuten, die Klägerin auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 02.03.2005, Geschäftszeichen 4 Ca 1814 e/04 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt

das angefochtene Urteil. Die Klägerin bleibt dabei, dass sie bei dem strittigen Kassivorgang am 19.08.2004 sicher davon ausgegangen sei, dass es sich um Ware handelte, die im Rahmen des Sommerschlussverkaufs hätten reduziert werden müssen. Für eine entsprechende Nachfrage habe sie mithin keine Veranlassung gesehen. Sie sei auch grundsätzlich befugt gewesen, Waren im Rahmen von Rabattaktionen zu reduzieren. Sie bestreitet insbesondere, in der Vergangenheit bei Eigenkäufen Preismanipulationen vorgenommen zu haben. Die Beklagte habe diesbezüglich auch unstreitig Nachforschungen angestellt und unstreitig keine Unregelmäßigkeiten feststellen können. Auch ihre Kolleginnen W... und S... hätten den Vorwurf der Zeugin E... nicht bestätigt. Schließlich habe sie am 19.08.2004 die Zeugin E... nur deshalb angerufen, weil sie zunächst versucht habe, mit einem Betriebsratsmitglied Kontakt aufzunehmen. Dies sei ihr erst am Abend gelungen. Nachdem diese ihr jedoch gesagt habe, dass sie am nächsten Tag nicht im Betrieb sei, habe sie versucht, eine weitere Betriebsrätin anzurufen. Erst als ihr dies nicht gelungen sei, habe sie die

Zeugin E... angerufen, weil auch diese dem Vorwurf eines abgesprochenen Freundschaftsdienstes ausgesetzt gewesen sei. Der Telefonanruf habe mitnichten einer Absprache gedient. Schließlich rügt die Klägerin auch die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats. Insbesondere sei dem Betriebsrat nicht mitgeteilt worden, ob die Beklagte die Kündigung auf eine begangene Tat oder auf einen dringenden Tatverdacht stützen wollte.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze sowie den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 10.01.2006 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig.

Die Berufung hat indessen keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu Recht stattgegeben. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann insoweit auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen werden. Lediglich ergänzend und auf den Sachvortrag der Parteien in der Berufungsinstanz eingehend sei auf Folgendes hingewiesen: Die streitgegenständliche Kündigung hat das Arbeitsverhältnis weder fristlos gemäß § 626 Abs. 1 BGB (I.) noch fristgerecht als verhaltensbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG (II.) zu beenden vermocht. Ungeachtet dessen ist die außerordentliche Kündigung auch wegen mangelhafter Betriebsratsanhörung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam (III.). Deshalb hat die Klägerin auch einen Weiterbeschäftigungsanspruch (IV.).

I. Eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB ist berechtigt, wenn sie aufgrund eines wichtigen Grundes ausgesprochen wird, aufgrund dessen es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der geltenden Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen. Im Rahmen der außerordentlichen

Kündigung ist mithin zunächst in einer ersten Stufe zu prüfen, ob ein arbeitsvertraglicher Pflichtverstoß bzw. der Kündigungssachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abzugeben. In der zweiten Prüfungsstufe ist sodann zu klären, ob es dem Arbeitgeber im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles und der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist, den Arbeitnehmer auch nur für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen (BAG, Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 -, AP Nr. 179 zu § 626 BGB; BAG, Urt. v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02 -, AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 ‚Überwachung‘; BAG, Urt. v. 20.01.1994 – 2 AZR 521/93 -, AP Nr. 115 zu § 626 BGB; LAG Düsseldorf, Urt. v. 11.05.2005 – 12 (11) Sa 115/05 -, zit. n. Juris).

Hieran gemessen liegt bereits kein wichtiger Grund für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung vor. Die Tatsachenfeststellungen rechtfertigen weder eine Tat Kündigung (1.) noch eine Verdachtskündigung (2.).

1. Bei der der Klägerin zur Last gelegten Tat handelt es sich um eine Beeinträchtigung im Leistungsbereich.

a) Die Klägerin hat am 19.08.2004 im Zuge der Preisreduzierung unstreitig gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Dies räumt sie selbst auch in ihren Anhörungen ein. Sie hat sich gerade nicht vergewissert, dass die Tops und das T-Shirt – wie sie glaubte – zu den Artikeln der Sommerschlussverkaufsaktion und damit im Preis zu reduzierende Ware zählten. Sie kann sich diesbezüglich auch nicht darauf berufen, dass sie sicher davon ausgegangen sei, dass es sich um Sommerware gehandelt habe, die sie bereits zuvor zu reduzierten Preisen verkauft habe. Im Berufungstermin hat sie behauptet, dass sie sicher meinte, einige Tage zuvor diese T-Shirts zu reduzierten Preisen verkauft zu haben. Allein der Umstand, dass die Etiketten der T-Shirts gerade nicht im Preis korrigiert waren, hätte sie veranlassen müssen, nachzufragen. Es ist gerichtsbekannt, dass es auch in ...-Warenhäusern grundsätzlich nicht üblich ist, Aktionsware erst an der Kasse zu reduzieren. Anders mag es sein, wenn – wie vorliegend unstreitig nicht der Fall – verschmutzte oder leicht beschädigte Ware reduziert wird. Auch haben die Verkäuferinnen W... und S... in den Anhörungen vom 20.08.2004 übereinstimmend – und von der Klägerin nicht bestrit-

ten – ausgesagt, dass sie in die Abteilung zurückgingen und guckten, ob noch ein reduzierter Artikel da sei oder aber eine Kollegin fragten oder in den PC guckten. All dies hat die Klägerin vorliegend nicht getan, sondern sich allein auf ihre Erinnerung verlassen. Dies war aber höchst fahrlässig, angesichts des zeitlichen Abstands zwischen dem erinnerten Verkauf und dem strittigen Vorfall vom 19.08.2004. In Anbetracht der Vielzahl und Ähnlichkeit der Artikel hätte sie sich vor der strittigen Preisreduzierung durch Nachfrage oder Abgleichen in der Abteilung Gewissheit verschaffen müssen. Dies gilt umso mehr, in Anbetracht der Tatsache, dass die Klägerin die von ihr vorgenommene Reduzierung von 9,95 auf € 7,-- bzw. von € 24,95 auf € 20,-- nicht plausibel erläutern konnte. Hinzu kommt, dass sich die Klägerin nach eigenen Angaben in der DOB-Abteilung nicht gut auskannte, da sie seit Jahren in der KiKo-Abteilung eingesetzt war. Die strittigen T-Shirts entstammten der DOB-Abteilung und nicht der KiKo-Abteilung.

Die Klägerin war unstreitig befugt, Preisreduzierungen vorzunehmen. Sie hat indes gegen bestehende Verhaltenspflichten im Rahmen von Preisreduzierungen verstoßen. Die der Klägerin durch die eigenmächtige Preisreduzierung zur Last gelegte Pflichtverletzung ist mithin im Leistungsbereich angesiedelt. Die Klägerin hat insoweit auch schuldhaft gehandelt.

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt indessen, dass eine außerordentliche Kündigung nur zulässig ist, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen des konkreten Einzelfalles möglichen und angemessenen mildereren Mittel, die geeignet sind, das in der bisherigen Form nicht mehr tragbare Arbeitsverhältnis fortzusetzen, erschöpft sind. Dem ultima-ratio-Prinzip entsprechend muss der Arbeitgeber bei Pflichtverletzungen im Leistungs- und Verhaltensbereich den Arbeitnehmer vor Ausspruch einer außerordentlichen, aber auch verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung grundsätzlich zuvor abmahnen (stdg. Rspr., vgl. nur: BAG, Urt. v. 17.02.1994 – 2 AZR 616/93 -, AP Nr. 116 zu § 626 BGB).

c) Vorliegend war auch nicht aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles eine vorherige Abmahnung entbehrlich. Einer Abmahnung bedarf es nur dann in aller Regel nicht, wenn die Pflichtverletzung maßgeblich und damit vornehmlich dem Vertrauensbereich zuzuordnen ist, wie z.B. bei Tätlichkeiten, Beleidigungen oder Ver-

mögensdelikten zulasten des Arbeitgebers (BAG, Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 -, AP Nr. 179 zu § 626 BGB). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier unstreitig nicht vor. Unstreitig hat sich die Klägerin selbst keinen Vermögensvorteil durch Diebstahl oder Untreue verschafft. Auch hat die insoweit darlegungspflichtige Beklagte nicht den Nachweis erbracht, dass sie der Zeugin E... bewusst unbefugt einen Vermögensvorteil gewähren wollte.

aa) Indessen tangiert die Verletzung arbeitsvertraglicher Verhaltenspflichten (eigenmächtige Preisreduzierung) vorliegend auch das Vertrauensverhältnis. Bei Preisreduzierungen verfügen die Verkäuferinnen in gewissem Umfang über das Vermögen des Arbeitgebers, sodass in diesem Bereich ein gesteigertes Vertrauen in die Redlichkeit und Korrektheit der Verkäuferinnen gesetzt wird. Anders als beim reinen Kassiervorgang (Einnahme und Verwahrung von Geldern) verfügen die Verkäuferinnen hierbei zulasten des Arbeitgebers über dessen Vermögen. Gerade in diesen Fällen muss und darf der Arbeitgeber besonders hohe Anforderungen an die Einhaltung der diesbezüglichen Vorschriften stellen. Er hat es andererseits aber auch selbst in der Hand, Kontrollmechanismen zu setzen. Er könnte anordnen, dass Preisreduzierungen nur zulässig sind, wenn diese zuvor im PC vermerkt oder von Abteilungsleitern angeordnet und gegengezeichnet wurden. Auch könnte er ein Vier-Augen-Prinzip einführen.

bb) Deshalb berechtigt ein arbeitsvertraglicher Pflichtverstoß, der auch den Vertrauensbereich tangiert, nicht von vornherein ohne vorherige Abmahnung zum Ausspruch einer Kündigung. Nach dem ultima-ratio-Prinzip ist vielmehr auch in solchen Fällen eine vorherige Abmahnung erforderlich, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Verhalten angesehen (BAG, Urt. v. 07.10.1993 - 2 AZR 226/93 -, AP Nr. 114 zu § 626 BGB). Mithin ist auch bei Störungen im Vertrauensbereich das Abmahnungserfordernis stets zu prüfen und eine Abmahnung jedenfalls dann vor Ausspruch der Kündigung erforderlich, wenn ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers in Rede steht und erwartet werden kann, dass das Vertrauen wiederhergestellt wird (BAG, Urt. v. 04.06.1997 - 2 AZR 526/96 - BAGE 86, 95, 102). Bei dem Abmahnungserfordernis hat die Differenzierung nach verschiedenen Störberei-

chen mithin nur noch eine untergeordnete Bedeutung (BAG, Urt. v. 21. Juni 2001 - 2 AZR 30/00 -, ZTR 2002, 45 f.). Nur besonders schwere Verstöße bedürfen keiner früheren Abmahnung, weil hier der Arbeitnehmer von vornherein nicht mit einer Billigung seines Verhaltens rechnen kann und er sich bewusst sein muss, dass er seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt.

cc) Ein derartig krasser Fall liegt hier indessen ersichtlich nicht vor. Die Klägerin hat fahrlässig gegen die Regeln bei Preisreduzierungen verstoßen und damit die Beklagte geschädigt. Die Beklagte hat indessen nicht den Nachweis erbracht, dass die Klägerin sie bewusst und willentlich schädigen wollte (etwa durch Gewährung eines „Schweigegeldes“ zur Vertuschung eigener Betrugshandlungen). Vielmehr war die Klägerin an der Kasse – soweit ersichtlich – allein eingesetzt. Es hatte sich – von der Klägerin unbestritten vorgetragen – bereits eine Kundenschlange gebildet. Vor diesem Hintergrund ist es – wenn auch fahrlässig – so zumindest verständlich, dass die Klägerin nicht in die DOB-Abteilung gegangen ist, um gleiche, ebenfalls herabgesetzte Artikel zu suchen, sondern sich auf ihr Erinnerungsvermögen verlassen hat. Die Klägerin hat sich durch die Preisreduzierung auch keinen eigenen (nachweisbaren) Vorteil verschafft. Die Beklagte wäre mithin vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung verpflichtet gewesen, die Klägerin zunächst abzumahnern. Durch die von der Abmahnung ausgehende Hinweis- und Warnfunktion war unter den gegebenen Umständen auch zu erwarten, dass sich die Klägerin zukünftig an die Verhaltensanweisungen bei Preisreduzierungen halten würde. Die Klägerin hat gerade nicht beharrlich gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen, sondern – soweit ersichtlich – erstmals.

Demzufolge kann die Beklagte die außerordentliche Kündigung nicht mit der am 19.08.2004 begangenen Pflichtverletzung rechtfertigen.

2. Die außerordentliche Kündigung ist aber auch nicht wegen des dringenden Verdachts einer strafbaren Handlung (Untreue, Betrug) gerechtfertigt.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG, der sich die Kammer uneingeschränkt anschließt, kann nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen

Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigten Arbeitnehmer darstellen. Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in dem Tatvorwurf nicht enthalten ist. § 626 Abs. 1 BGB lässt eine Verdachtskündigung dann zu, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (stdg. Rspr. d. BAG, Urt. v. 06.11.2003 – 2 AZR 631/02 -, AP Nr. 39 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘; Urt. v. 26.09.2002 - 2 AZR 424/01 -, AP Nr. 37 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘; Urt. v. 06.12.2001 - 2 AZR 496/00 -, AP Nr. 36 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘).

b) Der Tatverdacht muss dringend sein. Das Dringlichkeitserfordernis muss sich sowohl auf die Tat als auch auf die Verdachtsmomente beziehen.

aa) Die Beklagte verdächtigt die Klägerin, in der Vergangenheit rechtswidrig Preise für den Eigenkauf herabgesetzt und sich so in betrügerischer Weise rechtswidrig einen Vermögensvorteil zu ihren, der Beklagten, Lasten verschafft zu haben. Der Zeugin E... habe sie am 19.08.2004 deshalb ein „Schweigegehd“ gezahlt, damit diese sie nicht verrät. Die Tat, wegen derer die Beklagte die Klägerin verdächtigt, ist schwerwiegend und damit dringend i. S. der Rechtsprechung zur Verdachtskündigung. Die Beklagte wirft der Klägerin hiermit nicht „nur“ eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung, sondern eine gegen sie gerichtete Straftat vor. Eigentums- und Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers sind schwerwiegend und rechtfertigen bei Vorliegen dringender Verdachtsmomente grundsätzlich eine Verdachtskündigung (BAG, Urt. v. 06.07.2000 – 2 AZR 454/99 -, zit. N. Juris).

bb) Indessen ist die Verdachtskündigung nur dann gerechtfertigt, wenn der Verdacht ebenfalls dringend ist. Der Arbeitgeber muss mithin alle zumutbaren Anstrengungen zur Sachverhaltsaufklärung unternommen haben. Er ist insbesondere verpflichtet, den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung anzuhören, um ihm somit Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Anhörung des Arbeitnehmers ist Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung.

Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Klägerin in diesem Sinne ordnungsgemäß angehört hat. Hieran könnten deshalb Zweifel bestehen, weil die Beklagte ausweislich der Gesprächsprotokolle der Klägerin nicht hinreichend deutlich gemacht hat, dass der Vorfall vom 19.08.2004 (konkrete Preissenkung) aus ihrer Sicht nur zur Verdeckung eigener Betrugshandlungen (Preismanipulationen bei eigenen Personalkäufen) diene. Damit war der Klägerin aber gar nicht der Umfang und der Bedeutungsgehalt der ihr zur Last gelegten Vertragsverletzungen bewusst. Die Klägerin konnte aus der eigenen Anhörung nicht entnehmen, dass die Beklagte ihr auch vorwirft, der Zeugin E... ein Schweigegeld gezahlt zu haben. Dies ist indessen für ihre Einlassung von Bedeutung. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass an die Anhörung des Arbeitnehmers bei einer beabsichtigten Verdachtskündigung nicht die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie im Rahmen der Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG.

Dies kann aber letztlich dahin gestellt bleiben, weil der Verdacht ungeachtet der möglicherweise fehlerhaften Anhörung nicht dringend war. Der Verdacht fußt allein auf der vagen Aussage der Zeugin E.... Letztere hat ihre vermeintlichen Beobachtungen weder zeitlich noch in Bezug auf konkrete Artikel hinreichend bestimmt. Auch wenn sie Beobachtungen der geschilderten Art gemacht haben sollte, ist gerade nicht auszuschließen, dass die Klägerin in diesen Fällen völlig korrekt im Rahmen von Rabatt- oder sonstigen Sonderaktionen oder aufgrund von Verschmutzungen oder Beschädigungen die Preise der betreffenden Artikel vor ihren eigenen Personaleinkäufen reduziert hat. Auch hat die Zeugin E... gerade nicht ausgesagt, dass die Klägerin bei den behaupteten betrügerischen Eigenkäufen jemals bemerkt habe, von ihr, der Zeugin, beobachtet worden zu sein. Aber nur das würde die These der Beklagten stützen, die Klägerin habe der Zeugin E... am 19.08.2004 ein Schweigegeld gewährt. Zudem hat die Beklagte im Rahmen einer Überprüfung auch keine Unre-

gelmäßigkeiten feststellen können. Die von der Beklagten ins Feld gezogenen Verdachtsmomente sind mithin nicht dringend. Die außerordentliche Verdachtskündigung ist unbegründet.

II. Ungeachtet dessen ist die Kündigung aber wegen mangelhafter Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG rechtswidrig. Der Betriebsrat ist nicht ordnungsgemäß zur Verdachtskündigung angehört worden.

1. Nach § 102 BetrVG ist die Kündigung nicht erst unwirksam, wenn eine Unterrichtung ganz unterblieben ist, sondern schon dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachgekommen ist. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat neben Personalien, der Beschäftigungsdauer, die beabsichtigte Kündigungsart als auch die aus seiner Sicht tragenden Kündigungsgründe mitzuteilen. Das Anhörungsverfahren hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, seine eigenen Überlegungen zu der Kündigungsabsicht dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen und somit mit Sachargumenten noch Einfluss auf den Entscheidungsprozess des Arbeitgebers nehmen und ggf. den Ausspruch der Kündigung sachgerecht verhindern zu können. Nach dem Sinn und Zweck der Betriebsratsanhörung muss der Arbeitgeber den Betriebsrat so umfassend über den für ihn maßgeblichen Kündigungssachverhalt informieren, dass dieser sich ohne eigene Nachforschungen ein eigenes Bild vom Kündigungssachverhalt machen und die Kündigungsgründe auf deren Stichhaltigkeit hin überprüfen kann. Es gilt an dieser Stelle indessen der Grundsatz der subjektiven Determination, nachdem der Betriebsrat immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Kündigungsgründe mitgeteilt hat (stdg. Rspr., vgl. nur: BAG, Urt. V. 26.09.2002 – 2 AZR 424/01 –, AP Nr. 37 zu § 626 BGB ‚Verdachtskündigung‘). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der dringende Tatverdacht gegenüber einer erwiesenen Tat einen eigenständigen Kündigungsgrund darstellt. Bei einer Verdachtskündigung muss es gerade der Verdacht sein, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört.

2. Hieran gemessen hat die Beklagte den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung angehört. Es kann dahingestellt bleiben,

ob der Arbeitgeber dem Betriebsrat ausdrücklich mitteilen muss, ob er eine Tatkündigung oder aufgrund des gleichen Sachverhalts zumindest eine Verdachtskündigung auszusprechen gedenkt. Denn die Beklagte stützt die fristlose Tatkündigung und Verdachtskündigung im vorliegenden Rechtsstreit nicht auf einen einheitlichen Kündigungssachverhalt, sondern auf zwei unterschiedliche Sachverhaltselemente. Die Tatkündigung wird allein auf die der Klägerin am 19.08.2004 vorgeworfene Pflichtverletzung (Preisreduzierung an zwei Tops und einem T-Shirt) gestützt, während die Beklagte die Verdachtskündigung aus der Verknüpfung von dem Vorfall vom 19.08.2004 (Gewährung von Schweigegeld) und den pauschalen Aussagen der Zeugin E... (Preismanipulationen bei Eigenkäufen der Klägerin) heraus begründet. Die Beklagte hat indessen nicht dargelegt, dass sie dem Betriebsrat diese aus ihrer Sicht für einen dringenden Tatverdacht erhebliche Verknüpfung beider Sachverhalte verdeutlicht hat. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat mithin eindeutig mitzuteilen, auf welchen konkreten kündigungsrelevanten Sachverhalt, ggf. auf welche alternativen oder kumulativen Sachverhalte er die beabsichtigte Kündigung stützen will. Es widerspricht einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung, wenn dem Betriebsrat lediglich Fakten (hier: diverse Gesprächsprotokolle) mitgeteilt werden, aus denen sich der Betriebsrat sozusagen selbst einen kündigungsrelevanten Sachverhalt herausuchen kann.

III. Die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung ist auch nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Trotz der pflichtwidrigen Preisreduzierung vom 19.08.2004 verstößt die ordentliche Kündigung gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein die Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers rechtfertigender Grund liegt vor, wenn das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten eine Vertragspflicht verletzt, das Arbeitsverhältnis dadurch konkret beeinträchtigt wird, keine zumutbare Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Parteien billigenswert und angemessen erscheint. Entscheidend ist, ob das Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Einzelfall geeignet ist, einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung zu bestimmen (BAG, Urt. v. 16.09.2004 - 2 AZR 406/03 -, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 ‚Verhaltensbedingte Kündigung‘). Nach dem ultima-ratio-Grundsatz ist der Arbeitgeber bei einem steuerbaren Verhalten verpflichtet, vor Ausspruch der ordentlichen Kündigung eine Abmahnung auszu-

sprechen. Dass eine Abmahnung vorliegend keinen Erfolg versprochen hätte oder die Pflichtverletzungen der Klägerin vom 19.08.2004 so schwer wögen, dass ihre Hinnahme durch die Beklagte von vornherein als ausgeschlossen hätte erscheinen müssen, ist – wie oben dargelegt – nicht erkennbar. Der Ausspruch einer Abmahnung wäre vorliegend eine angemessene und ausreichende Reaktion der Beklagten auf die Pflichtverletzung vom 19.08.2004 gewesen. Die Kündigung war überzogen und unangemessen.

IV. Da das Arbeitsverhältnis fortbesteht, hat die Klägerin auch einen vertraglichen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung.

V. Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Vorliegend handelte es sich um eine reine Einzelfallentscheidung ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung, die nicht in Divergenz zu obergerichtlichen Entscheidungen steht, sodass die Revision nicht zuzulassen war.

gez. Otten-Ewer

gez. Hörnschemeyer

gez. Jördens