



LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

A... - Kläger und Berufungskläger-

Prozessbevollmächtigte: ...

gegen

Firma B... - Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: ...

wegen: Feststellung

Die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg **V e t t e r** als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter **Schädel** und **Stechhammer** aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2005

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers hin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg, Kammer Aschaffenburg, vom 14.12.2004, Az. 11 Ca 1129/04 A, abgeändert.

- II. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 16.06.2004 noch durch die Kündigung vom 17.06.2004 beendet worden ist.
- III. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier außerordentlicher Arbeitgeberkündigungen wegen Verdachts auf Diebstahl.

Der am 12.03.1966 geborene, verheiratete Kläger ist seit 02.11.1994 im von der Beklagten geführten Betrieb als Verkäufer im Abholverkauf beschäftigt. Nach dem Arbeitsvertrag vom 31.10.1994, dessen Wortlautes wegen auf die als Anlage K 1 zur Klageschrift vorgelegte Ablichtung Bezug genommen wird, finden auf das Arbeitsverhältnis die Bestimmungen des Manteltarifvertrages der gewerblichen Arbeitnehmer für die Betriebe des Groß- und Außenhandels in Bayern Anwendung. Der Kläger war in der Niederlassung in C..., in der etwa 50 Arbeitnehmer beschäftigt sind, in der Warenausgabe am Abholertor eingesetzt. Nach einer Änderungskündigung arbeitet er als Kommissionierer im Lager in Wechselschicht.

Am Mittwoch, den 02.06.2004 arbeitete der Kläger in Spätschicht, die von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr angesetzt war. Im Lauf des Abends – der genaue Zeitpunkt ist zwischen den Parteien streitig – holte er eine Rolle Trennfolie aus dem Lager und stellte sie zur Mitnahme an die Abholrampe. Am Ende der Schicht nahm er sie mit aus dem Betrieb. Einen Liefer- oder Abholschein oder eine sonstige schriftliche Meldung hierfür erstellte der Kläger nicht. Am Freitag, den 04.06.2004 wurde der Kläger gegen 16.30 Uhr von seinem Vorgesetzten ins Büro gebeten und mit dem Vorwurf konfrontiert, er habe Ware gestohlen. Der Kläger verteidigte sich damit, er habe am 02.06.2004 gegen 20.30 Uhr einen Anruf von seiner Ehefrau erhalten, die ihm erklärt habe, ein Mitarbeiter der Firma D... – einer Stammkundin der Beklagten – aus E... habe bei ihr angerufen und gebeten, der Kläger möge eine Rolle Trennfolie mit nach Hause bringen; diese werde bei der Firma D... dringend benötigt, ein Mitarbeiter werde sie bei ihm zuhause abholen. Er, der Kläger, habe gewusst, dass sein Vater, der ebenfalls bei der Beklagten beschäftigt ist, schon mehrfach Kleinteile mit nach Hause genommen habe, die dann Mitarbeiter der Firma D..., die wie er in F... wohnten, nach Arbeitszeitende abgeholt hätten. Er habe seinem Arbeitskollegen G... Bescheid gesagt, dass er die Ware für die Firma D... mitnehme. Er habe sie in Anwesenheit der Kollegen H.. und I... herausgesucht und bereitgestellt. Die Ware sei jedoch am 03.06.2004 wider Erwarten nicht abgeholt worden.

Am 07.06.2004 brachte der Vater des Klägers die Rolle Trennfolie wieder in den Markt zurück. Am 09.06., am 14.06. und am 16.06. fanden weitere Gespräche über die Angelegenheit statt.

Am 16.06.2004 wurde dem Kläger ein Kündigungsschreiben der Beklagten mit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung übergeben (Anlage K 2 zur Klageschrift, Bl. 10 d.A.). Am 17.06.2004 erhielt er eine weitere fristlose Kündigung mit einem darin enthaltenen Hausverbot (K 3 ebenda, Bl. 9 d.A.).

In seiner am 06.07.2004 eingegangenen Klage selben Datums hat der Kläger die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen geltend gemacht. Er ist der Auffassung, ein Kündigungsgrund sei nicht gegeben. Er habe in der Zwischenzeit erfolglos versucht herauszufinden, welcher Mitarbeiter der Firma D... bei seiner Ehefrau angerufen und darum gebeten habe, die Folie mitzubringen. Er biete die Mitarbeiter der Firma D... mit Wohnort F... als Zeugen dafür an, dass eine solche Bitte wiederholt vorgekommen sei. Er selbst habe keine Verwendung für die Trennfolie gehabt, eine Spezialfolie, die auf Böden mit Fußbodenheizung verlegt werde. Die Rolle genüge für etwa 70 qm. Er habe die Rolle weder entwendet noch einen Versuch hierzu gemacht. Er habe extra seinen Arbeitskollegen über die Mitnahme Bescheid gegeben. Er habe deswegen keinen Lieferschein erstellt, weil die Ehefrau nicht habe angeben können, zu welcher Kommission die Rolle zugeordnet werden solle.

Der Kläger hat im Verfahren vor dem Arbeitsgericht daher folgenden Antrag gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die mit Schreiben vom 16.06.2004 erklärte Kündigung beendet worden ist.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die mit Schreiben vom 17.06.2004 ausgesprochene Kündigung beendet worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat eingewandt, die Klage sei unbegründet. Die Kündigung sei als außerordentliche Kündigung wirksam. Ein wichtiger Grund sei gegeben. Der Kläger habe am 02.06.2004 gegen 22.00 Uhr das Betriebsgelände mit einer Rolle J...-Folie im Wert von 57,75 € brutto verlassen, ohne die Ware zu zahlen, einen Lieferschein auszustellen oder bei einer hierzu autorisierten Person Meldung zu machen. Der Kläger habe diese Rolle nach Angaben seiner Kollegen K... und I... zwischen 18.00 und 19.00 Uhr aus dem Lager geholt und an der Abholrampe bereitgestellt. Nach dem Gespräch vom 06.07.2004 habe sich der Niederlassungsleiter L... mit der Firma D... in Verbindung gesetzt. Er habe deren In-

haber, Herrn D..., gebeten zu prüfen, ob jemand in seiner Firma eine solche Rolle bei der Ehefrau des Klägers bestellt habe. Dieser habe mitgeteilt, dass die in seinem Haus berechtigten Personen kein solches Produkt bestellt hätten; im Übrigen sei bekannt, dass seine Firma das Produkt J... nicht einbaue. Im Gespräch am 11.06.2004 seien dem Kläger die Verdachtsmomente vorgehalten worden, nämlich dass die Mitarbeiter I... und K... nicht über die Mitnahme informiert worden seien, dass er durchaus eine Lieferscheinerfassung mit Hilfe der EDV hätte durchführen können, dass er beim Niederlassungsleiter L... oder beim Angestellten M... einen Lieferschein hätte beantragen können – beide seien am 04.06. bis etwa 21.00 im Haus gewesen – und dass er auch am Donnerstag und Freitag niemanden über die Mitnahme informiert habe. Darüber hinaus spreche gegen die Version des Klägers, dass die Initiative zur Mitnahme nicht von außen gekommen sei, weil die Firma D... nichts bestellt habe, dass er die Folie schon zwischen 18.00 Uhr und 19.00 Uhr aus dem Lager geholt habe, wo doch der Anruf seiner Ehefrau nach seinen Darstellungen erst gegen 20.30 Uhr erfolgt sei, und dass er die Mitnahme der Ware niemandem mitgeteilt habe. Die Einlassung des Klägers sei damit falsch. Auch die Staatsanwaltschaft habe in ihrer Einstellungsverfügung vom 05.08.2004 nach § 153 Abs. 1 StPO festgestellt, dass zwar ein hinreichender Tatverdacht für Diebstahl bestehe, dass ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung aber wegen geringer Schuld und fehlenden Schadenseintritts nicht gegeben sei (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 25.08.2004, Bl. 23 f. d.A.). Der Kläger habe die Verdachtsmomente nicht entkräften können. Das Vertrauen zu seiner Redlichkeit sei aufgrund seiner Handlung entfallen, so dass die außerordentliche Kündigung berechtigt sei.

Der Kläger hat eingewandt, er habe die Rolle tatsächlich erst nach dem Anruf seiner Frau gegen 20.30 Uhr bereitgestellt. Er bleibe dabei, dass er seinem Kollegen G... Bescheid gesagt habe. Auch die beiden Kollegen H... und I... müssten dies mitbekommen haben, weil sie in der Nähe gewesen seien. Aus der Einstellungsverfügung vom 05.08.2004 ergebe sich, dass der Kollege H... dies auch gegenüber der Staatsanwaltschaft bestätigt habe (Anlage zum Schriftsatz der Klägervertreter vom 05.10.2004, Bl. 37 d.A.). Auch der Kollege N... habe die Mitteilung mitbekommen. Er habe deswegen keinen Lieferschein ausstellen können, weil er hierzu nicht berechtigt gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben zur Frage, ob der Kläger bei Abholung der Folie Bescheid gegeben habe, durch uneidliche Einvernahme des Lageristen G... als Zeugen. Des genauen Wortlautes der Zeugenaussage wegen wird auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 11.11.2004 verwiesen (Bl. 39 f. d.A.).

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Endurteil vom 14.12.2004 abgewiesen. Es hat dies im Wesentlichen damit begründet, schon die Kündigung vom 16.06.2004 habe das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung aufgelöst. Ein wichtiger Grund für die Kündigung sei gegeben. Schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung des Arbeitnehmers rechtfertige die Kündigung. Die Beklagte habe auf objektive Tatsachen gründende starke Verdachtsmomente vorgetragen, die geeignet seien, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen in die Redlichkeit des Klägers zu zerstören. Er habe eine Rolle J...-Folie im Wert von 57,75 € aus dem Betrieb

mitgenommen. Die Einlassung des Klägers, seine Ehefrau sei von einem Mitarbeiter der Firma D... angerufen und um ein Mitbringen der Folie gebeten worden, habe sich nicht verifizieren lassen. Die Vernehmung des Lageristen G... habe ergeben, dass ihn der Kläger nicht über die Mitnahme informiert habe. Selbst wenn der Kläger am 02.06.2004 keinen Lieferschein mehr ausstellen können, hätte er dies spätestens am 03.06.2004 veranlassen müssen. Der Kläger habe mehrfach Gelegenheit gehabt, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Er habe die Verdachtsmomente nicht zu entkräften vermocht. Die notwendige Vertrauensbasis sei hierdurch zerstört. Trotz der etwa zehnjährigen Beschäftigungszeit des Klägers überwiegen die Interessen der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist den Klägervetretern ausweislich ihres Empfangsbekennnisses am 08.04.2005 zugestellt worden (Bl. 68 d.A.). Der Kläger hat mit Schriftsatz seiner Vertreter vom 15.03.2005, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 17.03.2005, Berufung eingelegt. Er hat diese Berufung – nach Verlängerung der Begründungsfrist bis 29.04.2005 – mit am 25.04.2005 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz selben Tages begründet.

Der Kläger hat sich in der Berufung darauf gestützt, das Arbeitsgericht habe es versäumt, auf seinen Sachvortrag und seine Beweisangebote einzugehen. Es sei ein durchaus nicht ungewöhnliches Procedere gewesen, dass Mitarbeiter auf Bestellung Ware mit nach Hause genommen hätten, wobei zunächst kein Lieferschein ausgestellt worden sei. Seine Ehefrau könne bestätigen, dass tatsächlich ein Mann angerufen, sich als Mitarbeiter der Firma D... ausgegeben und gebeten habe, eine Rolle J...-Folie mitzubringen. Die Kollegen N... und H... würden angeben, dass er über die Rolle Mitteilung gemacht habe. Dies ergebe sich auch aus der Aussage dieser Zeugen bei der polizeilichen Vernehmung (Anlagen K 5 und K 6 zur Berufungsbegründung, Bl. 101 f. und 103 f. d.A.). Er könne naturgemäß nicht sagen, wer wirklich bei seiner Ehefrau angerufen habe. Es gehe nicht zu seinen Lasten, dass bei der Firma D... eine entsprechende Aufklärung nicht möglich gewesen sei. Es sei durchaus vorgekommen, dass Kunden Ware zur Probe ohne Lieferschein mitgenommen hätten. Er habe nichts verheimlicht. Er habe davon ausgehen können, dass die Sache aufgeklärt sei; der Verkaufsleiter M... habe nach dem Gespräch am 04.06.2004 gesagt, er – der Kläger – solle dies halt so jetzt nicht mehr machen.

Der Kläger stellt als Berufungskläger daher in der Berufungsinstanz folgende Anträge:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg, Kammer Aschaffenburg, Az. 11 Ca 1129/04 A, wird aufgehoben.
- II. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die mit Schreiben vom 16.06.2004 erklärte Kündigung beendet worden ist.
- III. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die mit Schreiben vom 17.06.2004 ausgesprochene Kündigung beendet worden ist.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts für zutreffend. Sie führt aus, es handele sich um eine außerordentliche Kündigung wegen des Verdachts einer Straftat zu Lasten des Arbeitgebers. Ausreichend sei, dass die Tatsachen, die diese Kündigung rechtfertigen sollten, zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorgelegen haben müssten. Nach den durchgeführten Recherchen hätten erhebliche Verdachtsmomente für eine Straftat gesprochen. Die Initiative zur Mitnahme der Ware sei nicht von außen gekommen; die Firma D... habe nichts bestellt. Der Kläger habe die Folie bereits zwischen 18.00 Uhr und 19.00 Uhr aus dem Lager geholt und bereitgestellt; der von ihm genannte Anruf seiner Ehefrau sei jedoch erst um 20.30 Uhr erfolgt. Seine Darstellung müsse also unwahr sein. Der Kläger habe die Mitnahme der Ware weder jemandem mitgeteilt noch, etwa mit Hilfe eines Lieferscheines, verbucht. Weder die Ehefrau noch die Kollegen N... und H... hätten hierzu relevante Erkenntnisse beitragen können. Entscheidend sei, dass der Kläger keinen Lieferschein ausgestellt und auch die Ausstellung in den nächsten Tagen nicht veranlasst habe. Beiläufige Bemerkungen über die Mitnahme einer Ware ersetzen den Lieferschein nicht. Es sei falsch, dass Ware ohne Lieferschein ausgegeben werden dürfe. Selbst wenn der Kläger seine Kollegen informiert habe, stehe dies einem Verdacht nicht entgegen. Auch die Staatsanwaltschaft habe trotz diesbezüglicher Aussagen hinreichenden Tatverdacht gesehen.

Der Kläger wendet ein, es wäre ein Leichtes gewesen, auch seine Ehefrau dazu zu vernehmen, ob es einen solchen Anruf der Firma D... gegeben habe. Er bleibe dabei, dass er den Lagerleiter I... nach dem Lichtschalter gefragt habe mit der Begründung, er müsse für einen Kunden die Folie abholen. Auch der zuständige Sachbearbeiter K... habe gesehen, dass er die Rolle mitgenommen habe, ohne dass dieser – Sachbearbeiter K... – einen Lieferschein ausgestellt habe. Er hätte daher sofort Verdacht schöpfen müssen, wäre der Sachvortrag der Beklagten richtig, die Mitnahme ohne Lieferschein sei grundsätzlich ausgeschlossen.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Einvernahme der Ehefrau des Klägers sei entbehrlich gewesen, da der Mitarbeiter K... bestätigt habe, dass die Rolle bereits zwischen 18.00 und 19.00 Uhr bereitgestellt worden sei. Es habe keine Veranlassung bestanden, an den Aussagen dieses Mitarbeiters zu zweifeln. Der Kläger sei mehrfach auf diesen Widerspruch angesprochen worden. Er sei bei seiner Darstellung geblieben und habe diesen Widerspruch nicht aufzuklären vermocht.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 14.12.2004 (Bl. 52 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündlichen Verhandlungen vor dem Landesarbeitsgericht vom 30.08.2005 und vom 28.11.2005 (Bl. 126 ff. und Bl. 160 f. d.A.) und die zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Angesichts dessen, dass es sich um zwei Feststellungsanträge über die Auflösung bzw. Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses handelt, ist ein Beschwerdewert nicht erforderlich (§ 64 Abs. 2 c) ArbGG). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1, S. 2 ArbGG).

II.

Die Berufung ist auch begründet. Das Arbeitsverhältnis ist durch die ausgesprochenen Kündigungen nicht beendet worden. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB ist nicht gegeben. Auch eine ordentliche Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt.

1. Die Beklagte beruft sich vorliegend auf das Vorliegen eines dringenden Tatverdachtes, aufgrund dessen sie das Vertrauen zum Kläger verloren habe. Das Arbeitsgericht hat hierbei zutreffend und umfassend ausgeführt, dass nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung des Arbeitnehmers, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers darstellen kann. Eine solche Verdachtskündigung liegt dann vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines – nicht notwendigerweise erwiesenen – strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. § 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 (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. zuletzt BAG vom 06.11.2003, 2 AZR 631/02, EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 2; BAG vom 10.02.2005, 2 AZR 189/04, EzA § 1 KSchG Verdachtskündigung Nr. 3). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Tat nachgewiesen ist oder nicht; entscheidend ist, ob die den Verdacht begründenden Indizien zutreffen und ob sie den Verdacht rechtfertigen. Dabei reichen bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen nicht aus. Der Verdacht muss sich aus Umständen ergeben, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muss zudem dringend sein; es muss für ihn eine große Wahrscheinlichkeit bestehen (eingehend BAG vom 10.02.2005, a.a.O.).

2. Vorliegend beruft sich die Beklagte zur Begründung ihres Verdachts auf folgende Indizien: Erstens habe der Kläger eine Rolle der Folie aus dem Lager geholt, bereitgestellt und nach seinem Dienstende mit nach Hause genommen, ohne hierfür zu bezahlen oder einen Lieferschein auszustellen. Zweitens sei die Initiative zur Mitnahme nicht von außen gekommen, da die Firma D... nichts bestellt habe. Drittens habe der Kläger die Ware schon zwischen 18.00 Uhr und 19.00 Uhr aus dem Lager geholt, der von ihm behauptete Anruf seiner Ehefrau sei erst um 20.30 Uhr erfolgt. Viertens habe der Kläger die Mitnahme der Ware weder jemandem mitgeteilt noch diese verbucht. Und fünftens habe der Kläger auch in den nächsten Tagen keinen Lieferschein ausgefüllt oder diese Ausfüllung veranlasst.

Die erste dieser Indiztatsachen – und damit die Grundlage für den Anfangsverdacht – steht unstrittig fest: Der Kläger hat in der Tat die Folie aus dem Lager geholt, bereitgestellt und nach Dienstende mit nach Hause genommen. Das zweite Indiz – die Initiative sei nicht von außen gekommen – steht demgegenüber nicht eindeutig fest. Unstrittig liegt zwar die Mitteilung des Firmeninhabers D... vor, von den berechtigten Mitarbeitern habe keiner eine solche Folie bestellt. Dies schließt die Bestellung durch einen anderen, nicht berechtigten Mitarbeiter der Firma D... ebenso wie die Bestellung durch eine andere Person außerhalb der Firma D... aber nicht aus. Wann der Kläger die Ware aus dem Lager geholt hat, steht zumindest nicht fest. Den von der Beklagten angebotenen Beweismitteln – Vernehmung der Kollegen K... und I... – ist das Arbeitsgericht nicht nachgegangen. Der Kläger bestreitet, dass dies bereits zwischen 18.00 und 19.00 gewesen sein soll. Ob der Kläger die Mitnahme den Kollegen mitgeteilt hat, ist zwischen den Parteien streitig. Für die Darlegung des Klägers sprechen die von der Beklagten nicht bestrittenen Aussagen der Zeugen H... und N... vor den ermittelnden Polizeibeamten. Der Zeuge N... hat dort erklärt, der Kläger habe ihm gegenüber gesagt, dass er die Rolle für den Kunden nicht vergessen dürfe (K 5, a.a.O., Bl. 102 d.A.). Der Zeuge H... hat angegeben, der Kläger sei mit einer Rolle ins Büro gekommen und habe ihm gesagt, dass er die Rolle für einen Kunden mitnehmen müsse (K 6, a.a.O., Bl. 104 d.A.). Der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe die Mitnahme der Ware niemandem mitgeteilt, steht damit nicht fest. Die für das Vorliegen der die Kündigung begründenden Tatsachen beweispflichtige Beklagte hat Beweis dafür, dass eine solche Mitteilung an die beiden – nicht zuständigen – Kollegen nicht erfolgt sei, nicht angeboten. Damit ist zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass er den Kollegen gegenüber diese Angaben gemacht hat. Zutreffend ist die fünfte Indiztatsache, dass der Kläger nämlich keinen Lieferschein ausgefüllt und dies am nächsten Arbeitstag und zu Beginn des übernächsten Arbeitstages auch nicht veranlasst hat.

3. Die Kammer hat unter Berücksichtigung der feststehenden Indizien zu prüfen, ob ein verständiger und gerecht abwägender Arbeitgeber sich durch die Tatsachen, dass ein Arbeitnehmer eine Rolle im Wert von knapp 60,- € brutto mit nach Hause nimmt, ohne einen Lieferschein auszustellen, dies den anwesenden Kollegen eher beiläufig und ohne besonderen Vermerk hierauf mitteilt – dies muss nach alldem zugunsten des Klägers unterstellt werden – und auch am nächsten und zu Beginn des übernächsten Tages keine Mitteilung hierüber macht, veranlasst sehen konnte, das Vertrauen in

die Redlichkeit des Arbeitnehmers zu verlieren, weil ein dringender Verdacht eines Vermögensdeliktes bestand. Die Kammer hat gerade deswegen, weil unterstellt werden muss, dass der Kläger die anderen Mitarbeiter auf die Mitnahme aufmerksam gemacht hat, hieran erhebliche Zweifel. Gerade wenn der Arbeitnehmer die Kollegen darauf hinweist, dass er dabei sei, einen bestimmten Gegenstand mitzunehmen, liegt es nahe, dass sein Vorgehen nicht geheim bleiben kann. Dann erscheint es doch als wahrscheinlich, dass der Vorgang aufgeklärt werden kann. Dies gilt umso mehr, wenn der Vortrag des Klägers zutreffen sollte, er habe dem Kollegen auch den Namen des Kunden genannt. Dies wollte der Mitarbeiter H... in seiner polizeilichen Vernehmung aber nicht ausschließen. Letztlich kann diese Bewertung aber dahinstehen.

4. Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, entspricht es den Besonderheiten der Verdachtskündigung, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch einer auf diesen Verdacht gestützten Kündigung verpflichtet ist, alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um den Sachverhalt, der ihn zum Verdacht bestimmt hat, aufzuklären (vgl. etwa BAG vom 26.09.2002, 2 AZR 424/01, EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 1). Hierzu gehört in jedem Fall, zunächst den Arbeitnehmer mit den Verdachtsumständen zu konfrontieren und ihm die Gelegenheit zur Entlastung zu geben.
 - a. Letzteres hat die Beklagte getan. Sie hat den Kläger mit den Vorwürfen konfrontiert. Der Kläger hat sofort erklärt, er habe von seiner Ehefrau einen Anruf erhalten, die ihm erklärt habe, ein Mitarbeiter der Firma D... habe bei ihr angerufen und gebeten, die Folie mitzubringen. Er habe gewusst, dass dieses Vorgehen über seinen Vater schon des Öfteren praktiziert worden sei. Die Beklagte hat dies zum Anlass genommen, über den Inhaber der Firma D... zu recherchieren, ob diese eine solche Rolle bei der Ehefrau des Klägers bestellt habe. Sie hat diesem Umstand demzufolge erhebliche Bedeutung beigemessen. Mit Recht rügt der Kläger, die Beklagte habe hierbei übersehen, dass es für sein Verhalten keine entscheidende Rolle gespielt hat, ob ein Mitarbeiter der Firma D... tatsächlich eine solche Bestellung aufgegeben hat. Er selbst hat von einer solchen Bestellung – nach seinen Angaben – ohnehin nur über seine Ehefrau erfahren. Wenn die Firma sein Verhalten aber als nicht gravierend angesehen hätte, sollte die Firma D... eine solche Bestellung aufgegeben haben, dann gilt dies in derselben Weise, wenn der Kläger darauf vertrauen durfte, es gebe eine solche Bestellung. Sein Verhalten ist in beiden Fällen exakt gleich beanstandungswürdig oder nicht; der Unwertgehalt seines Verhaltens ist angesichts dessen, dass für ihn subjektiv dieselbe Lage vorlag, genau derselbe. Muss man davon ausgehen, der Arbeitnehmer glaubte, eine Folie für den Kunden mitzunehmen, um einem Geschäftspartner seines Arbeitgebers einen Gefallen zu tun, dann liegt ein dringender Verdacht dafür, dass der Arbeitnehmer eine strafbare Handlung begangen hat oder begehen wollte, gerade nicht mehr vor. Letztlich ergibt sich dies auch aus dem Vorgehen der Beklagten, die versucht hat, bei der Firma D... herauszufinden, ob es tatsächlich eine solche Bestellung gegeben hat. Dies gilt erst recht, wenn – dem hat die Beklagte nicht widersprochen, so dass zugunsten des Klägers auch diese Tatsache unterstellt werden muss – bereits vorher gegenüber den Mitar-

beitern des Kunden ein entsprechender Gefallen erwiesen worden ist. Diese Einschätzung räumt letztlich auch die Beklagte ein, wenn sie als ein wesentliches Indiz angibt, dass der Kläger nach den ihr vorliegenden Informationen keinen Anlass hatte, die Folie mit nach Hause zu nehmen.

- b. Damit kommt es auch nach den Darlegungen der Beklagten entscheidend für den Verdacht darauf an, ob der Kläger darauf vertrauen durfte, er nehme die Folie für den Kunden mit. Der Kläger hat bereits im ersten Gespräch sofort erklärt, er habe den Anruf von seiner Ehefrau bekommen. Diesen Umstand hat die Beklagte nicht berücksichtigt. Sie hat insbesondere nicht versucht, diese seine Angabe auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen. Sie hat letztlich von vornherein unterstellt, die Ehefrau würde ohnehin nicht die Wahrheit sagen. Diese mangelnde Aufklärung geht zu Lasten der Beklagten. Sie hat nicht alles getan, um die Verdachtsmomente zu erhärten oder abzumildern.

Eine solche Aufklärung erscheint der Kammer auch als zumutbar. Was hätte die Beklagte gehindert, im Beisein des Klägers unmittelbar bei der ersten Anhörung, als er – auch nach den Angaben der Beklagten – ohne Zögern und Ausflüchte die Angaben hinsichtlich der Firma D... und den Anruf bei seiner und von seiner Ehefrau gemacht hat, sofort zu versuchen, den Wahrheitsgehalt dieser Einlassungen nicht nur über den Anruf beim Inhaber der Firma D..., sondern auch durch einen Anruf bei der Ehefrau des Klägers zu überprüfen – oder darauf zu bestehen, ohne vorherigen Kontakt des Klägers mit seiner Ehefrau diese zu einem Gespräch zu bitten. Letztlich läuft die Argumentation der Beklagten darauf hinaus, sie sei davon überzeugt, dass der Anruf der Ehefrau erfunden sei. Es wäre möglich und zumutbar gewesen, zu versuchen, diese Einschätzung durch eine Befragung der Ehefrau zu verstärken oder – je nach den Angaben der Ehefrau und ihrer Glaubwürdigkeit – als widerlegt anzusehen.

- c. Die Kammer hält die Argumentation der Beklagten, einer solchen Überprüfung habe es nicht bedurft, weil der Anruf der Ehefrau nach den Angaben des Klägers erst um 20.30 Uhr gewesen sei und ohnehin nicht Ursache für die Bereitstellung der Folie bereits zwischen 18.00 Uhr und 19.00 Uhr gewesen sein könne, nicht für überzeugend. Zum einen wäre die Chance zur Prüfung der Angaben der Ehefrau und ihrer Glaubwürdigkeit bereits bei der oder im Zusammenhang mit der ersten Anhörung am 04.06.2004 am größten gewesen. In diesem Zeitpunkt konnte die Beklagte noch keine sicheren Anhaltspunkte dafür haben, wann der Kläger die Folie aus dem Lager geholt hatte. Auf diesen Punkt kam es bis zur Einlassung des Klägers in keinem Fall an. Die Beklagte hat trotz einer entsprechenden Auflage der Kammer auch nicht erläutert, dass sie im nachhinein versucht hätte, den für sie entscheidenden Zeitpunkt – nämlich Abholen der Folie aus dem Lager zwischen 18.00 Uhr und 19.00 Uhr – durch Vorhaltungen gegenüber den anderen Kollegen unter Vorlage der Erläuterungen des Klägers als verbindlich anzusehen. Zumindest dies wäre jedoch erforderlich gewesen. Gerade dann, wenn ein bestimmter Zeitpunkt für die Art und Weise der Ausführung einer Handlung als völlig unerheblich erscheint, kann man sich im nachhinein sehr darüber täuschen, wie lange ein solcher Zeitpunkt schon zurücklag. Es

erscheint der Kammer kein Widerspruch, sondern sehr nachvollziehbar, dass die Angabe „18.00 Uhr bis 19.00 Uhr“ – ohnehin konnten sich die Kollegen gerade nicht genau festlegen – auch einen Zeitpunkt 20.30 Uhr noch als möglich erscheinen lassen. Dies müsste auch für einen verständigen Arbeitgeber, der gerade diesen Umstand als besonders entscheidend für seinen Verdacht ansieht, auf der Hand liegen. Die Beklagte hätte daher, wenn sie schon die Befragung der Ehefrau des Klägers für überflüssig hielt, zumindest diejenigen Arbeitnehmer, die den Kläger beobachtet hatten, hinsichtlich des genauen Zeitpunktes nochmals befragen müssen. Sie hat nicht vorgetragen, dass sie diesen Schritt getan hätte. Würde man akzeptieren, dass kein Anlass für die Befragung der Ehefrau des Klägers bestand, hätte die Beklagte zumindest in diesem Punkt die ihr obliegende Aufklärungspflicht entscheidend verletzt.

5. Diese Verletzung der Aufklärungspflicht führt zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen. Die Beklagte durfte sich auf den Verdacht nicht stützen, weil er nicht dringend war; es fehlte an der Dringlichkeit, weil sie eine weitere, ihr zumutbare Aufklärung unterlassen hat. Sie hat selbst zum Ausdruck gebracht, dass sie die fehlende Bestellung durch die Firma D... als entscheidendes Indiz ansieht. Wenn dieses Indiz aber wegen mangelnder Aufklärung nicht zur Begründung des Verdachts verwendet werden darf, genügen auch die übrigen Umstände nicht mehr. Unterstellt man, der Kläger habe einen solchen Anruf durch seine Ehefrau erhalten, genügen die verbleibenden Tatsachen und Indizien insbesondere im Hinblick darauf, dass der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat, diese Vorgehensweise sei schon mehrfach praktiziert worden, unter Berücksichtigung dessen, dass er den Kollegen die Mitnahme mitgeteilt hat, nicht mehr dafür, dass ein verständiger und gerecht handelnder Arbeitgeber das Vertrauen in die Redlichkeit des Klägers verlieren konnte. Es bleibt ein – schwerer – Verstoß gegen die Verhaltenspflichten, nämlich die Mitnahme der Ware ohne Ausstellung eines Lieferscheins oder sonst eines Vermerkes. Dem steht aber der dann zu unterstellende fehlende Diebstahlsvorsatz gegenüber. Unterstellt man einen solchen Sachverhalt, hätte sich ein verständiger Arbeitgeber mit dem Ausspruch einer Abmahnung begnügt.
6. Nach alldem ist ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht gegeben. Auch eine ordentliche Verdachtskündigung erweist sich als sozial nicht gerechtfertigt. Auch hierfür war das Bestehen eines dringenden Verdachtes einziger Kündigungsgrund. Wie dargestellt besteht ein solcher Verdacht aber nicht, wenn man nur diejenigen Tatsachen berücksichtigt, bezüglich derer eine Verletzung der Aufklärungspflicht der Beklagten nicht gegeben ist.
7. Die Kündigung vom 16.06.2004 ist nach alldem ebenso wenig geeignet, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, wie die aus denselben Gründen ausgesprochene Kündigung vom 17.06.2004. Dies ist entsprechend festzustellen.
8. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 92 Abs. 1 ZPO.
9. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

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

Vetter, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

Schädel, Ehrenamtlicher Richter

Vetter, für den wg. Kuraufenthalts verhinderten eR Stechhammer

Verkündet am 10.01.2006