



**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

der Frau B. D., An der Q. kate 5, E.,

**- Klägerin und Berufungsbeklagte -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtssekretäre K. u.a., E. Rechtsschutz GmbH,  
T. tor 17/19, E.,

**g e g e n**

die O. Marken-Discount AG & Co. KG, vertr. d. d. F. Zentrale AG & Co. KG, d. vertr.  
d. d. F. AG, d. vertr. d. d. Vorstandsvorsitzenden N. N., J. park Q. holz 1, N.-I.,

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte L. & Kollegen,  
An der C. mühle 3, L.,

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 28.10.2015  
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Paßlick als Vorsitzende  
sowie die ehrenamtliche Richterin Brenner-Meyering und den ehrenamtlichen Richter  
Alsdorf

**für R e c h t erkannt:**

- I. **Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts  
Duisburg vom 04.09.2014, 1 Ca 272/14, abgeändert:**  
**Die Klage wird abgewiesen.**
- II. **Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.**
- III. **Die Revision wird zugelassen.**

### **TATBESTAND:**

Mit ihrer Klage wehrt die Klägerin sich gegen eine seitens der Beklagten ausgesprochene außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Die am 10.05.1970 geborene, verheiratete Klägerin ist seit dem 02.11.1998 bei der Beklagten, die ständig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, zuletzt als stellvertretende Filialleiterin zu einem monatlichen Bruttolohn in Höhe von 1.229,52 € bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden beschäftigt.

Die Filiale, in der die Klägerin beschäftigt worden ist, wird videoüberwacht. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten befinden sich an den Zugängen Hinweisschilder auf die Videoüberwachung.

Die Klägerin ist als Verkäuferin eingestellt worden und war überwiegend als Kassiererin tätig. Bei der Beklagten existiert keine Zeiterfassung in Form einer Stechuhr. Es werden lediglich die abgeleisteten Stunden erfasst. Bei der Beklagten besteht eine Dienstanweisung, wonach kein Mitarbeiter sich selbst bedienen darf. Es gilt das „Vier-Augen-Prinzip“.

Die Beklagte stellte im Rahmen der Bilanzinventur im Oktober 2013 in der Filiale, in der die Klägerin beschäftigt war, fest, dass sich im Zeitraum vom 05.06. bis 15.10.2013 die Inventurverluste in den Warengruppen Tabak/Zigaretten und Nonfood im Verhältnis zur vorausgegangenen Inventur mehr als verzehnfacht hatten. Der Inventurverlust im Bereich von Tabak/Zigaretten hatte sich von 415,00 € auf 5.076,00 € erhöht, der Verlust im Bereich Nonfood von 300,00 € auf 5.445,00 €. Die Beklagte führte daraufhin Recherchen in der Filiale durch, um die Ursache für die signifikant angestiegenen Inventurverluste aufzuklären. Die Einsicht in die Arbeitszeitpläne und die Überprüfung der Warenbestände im Zusammenhang mit Abwesenheitszeiten der verantwortlichen Marktleitung ließ aus Sicht der Beklagten nur den Schluss zu, dass der Inventurverlust vom Personal zu verantworten sei. Der Beklagten fiel auf, dass insbesondere von der Mitarbeiterin E. gebuchte Warenrücknahmen im Nonfood-Bereich immer wieder körperlich nicht im Bestand der Filiale vorhanden waren, ohne dass ein Abverkauf dieser Waren festgestellt werden konnte. Die daraufhin durchgeführten weiteren Kontroll- und Revisionsmaßnahmen, unter anderem im Bereich der Kontrolle der Kassenjournale mit Zugang-/Umsatzauswertung, die Überprüfung der EDV-Systeme Belieferungs- und Abverkaufskontrolle, Warenfluss sowie die Prüfung der Mitarbeiter durch Früh-/Spät-/Mittags-/Taschenkontrollen führten nicht zur Aufklärung der Inventurverluste. Der konkrete Tatverdacht der Beklagten richtete sich zunächst gegen die Mitarbeiterinnen Frau E. und Frau N..

Mit Schreiben vom 25.11.2013 beantragte die Beklagte bei dem bei ihr bestehenden Betriebsrat unter Hinweis auf die beiden Mitarbeiterinnen E. und N. die Durchführung einer verdeckten Videoüberwachung im Kassenbereich der Filiale im Zeitraum vom 15.12. bis zum 29.12.2013.

Mit Schreiben vom 28.11.2013 stimmte der Betriebsrat der beabsichtigten Videoüberwachung unter der Voraussetzung zu, dass die Auswertung des Bildmaterials im Beisein des Betriebsrats vorzunehmen sei, bevor jedwede Gespräche oder Reaktionen gegenüber Mitarbeitern angesetzt werden.

Die Auswertung der verdeckten Videoüberwachung erfolgte durch den Revisor Herrn I.. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten bestätigte sich dabei der Verdacht gegenüber den Mitarbeiterinnen E. und N., da den Videoaufzeichnungen eindeutig zu entnehmen war, dass beide Mitarbeiterinnen in erheblichem Umfang Tabakwaren gestohlen bzw. an Dritte unentgeltlich übergeben hatten.

Einer bei der Auswertung gesichteten Videosequenz vom 18.12.2013 ist unstrittig zu entnehmen, dass die Klägerin, die sich um 12.50 Uhr an dem Kassensarbeitsplatz angemeldet hat, eine Einweg-Pfandflasche, die sich sozusagen als „Musterpfandflasche“ ständig im Kassenbereich befindet, über den Scanner des Kassensarbeitsplatzes zieht, eine Leergutregistrierung durchführt, die Kassenslade öffnet und Geld aus der Kassenslade nimmt, das sie zunächst in den Kassenbereich legt und zu einem späteren Zeitpunkt in ihre Tasche steckt. Die Klägerin hat bei diesem Vorgang für sich selbst einen Kassensbon über eine Pfandbarauszahlung in Höhe von 3,25 € für 13 Pfandflaschen bzw. -dosen erstellt. Unstrittig hat die Klägerin jedenfalls zu diesem Zeitpunkt kein Leergut in die an der Kasse befindliche Leergutbox eingeworfen.

Am 20.01.2014 führte die Beklagte mit den Mitarbeiterinnen E. und N. sowie der Klägerin getrennt Anhörungsgespräche. Bei dem Gespräch mit der Klägerin waren der Gebietsleiter Herr H., das Betriebsratsmitglied Herr C., die Verkaufsleiterin Frau T. und der Revisor Herr O. anwesend. Der Klägerin wurde die Videosequenz vorgespielt. Die Reaktionen der Klägerin auf die Vorführung des Videos und der Inhalt des Gesprächs sind zwischen den Parteien strittig.

Mit Schreiben vom 22.01.2014 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten Verdachts-/Tatkündigung der Klägerin an. Wegen des Inhalts des Anhörungsschreibens im Einzelnen wird auf Bl. 41 bis 42 der Akte Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 23.01.2014 erteilte der Betriebsrat die Zustimmung zu den beabsichtigten Kündigungen.

Mit Schreiben vom 23.01.2014 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zur Klägerin fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Kündigungstermin. Grund der Kündigung ist der dringende Verdacht der Beklagten, dass die Klägerin am

18.12.2013 um 12.52 Uhr eine Pfandrücknahme über 13 Einweg-Pfandflaschen fingiert und den sich hieraus ergebenden Pfandbetrag in Höhe von 3,25 € unrechtmäßig zugeeignet haben soll.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die streitgegenständliche Kündigung sei unwirksam. Sie hat den Kündigungsvorwurf der Beklagten, sie habe eine Pfandrückgabe fingiert, bestritten und hat dazu behauptet, sie könne sich an den Ablauf des 18.12.2013 noch genau erinnern. Ihr Arbeitsbeginn für diesen Tag sei für 14.00 Uhr vorgesehen gewesen. Irgendwann morgens sei sie von der Marktleiterin Frau E. angerufen und gebeten worden, für sie einzuspringen, weil Frau E. dringend zum Arzt gemusst hätte. Daraufhin habe sie – die Klägerin – sich sofort auf den Weg gemacht. Sie sei von ihrem Ehemann mit dem Auto zur Filiale gefahren worden. Hierbei habe sie eigene Pfandflaschen bzw. -dosen dabei gehabt, was auf der Videoaufzeichnung zu erkennen sein müsse. Es habe sich nach ihrer Erinnerung um 0,33 ml Dosen Red Bull und kleine 0,5 Liter Wasserflaschen gehandelt. Sie sei dann kurz vor 10.00 Uhr in der Filiale angekommen. Frau E. sei bereits auf dem Weg zum Arzt gewesen. Der Auszubildende Herr Q. habe sich zu diesem Zeitpunkt alleine in der Filiale an der Kasse befunden. Beim Betreten des Ladens habe sie ihre Pfandflaschen und -dosen in die neben der Kasse stehende Leergutbox geworfen. Auch dies müsse auf den Videoaufzeichnungen zu sehen sein. Zum Beweis dafür, dass sie Leergut mit in die Filiale gebracht habe, biete sie die von der Beklagten vorzulegenden Videoaufzeichnungen an. Außerdem hat die Klägerin sich auf das Zeugnis des Auszubildenden Q. berufen. Sie habe die Pfandflaschen nicht sofort eingescannt, weil zwischenzeitlich die Kühllieferung eingetroffen sei und die Kühlware habe eingeräumt werden müssen. Gegen Mittag habe sie den Auszubildenden Q. an der Kasse abgelöst, das von ihr bereits in die Leergutbox eingeworfene Leergut eingescannt und das Pfandgeld der Kasse entnommen. Hierbei habe es sich um einen bei der Beklagten durchaus üblichen Vorgang gehandelt. Sowohl die Mitarbeiter als auch zum Teil Stammkunden würden das Leergut in die Leergutbox einwerfen und zu einem späteren Zeitpunkt abrechnen. Bei der Anhörung am 20.01.2014 habe sie zu keinem Zeitpunkt abgestritten, die Person auf der Videoaufzeichnung zu sein. Sie habe jedoch mehrfach darauf hingewiesen, man möge ihr doch sagen, wann der Vorfall sich ereignet habe. Da ihr kein konkretes Datum und kein konkreter Vorwurf genannt worden sei, habe sie nur sagen können, dass sie sich mangels Konkretisierung nicht an den Vorgang erinnern könne. Die Beklagte sei ihrer Aufklärungspflicht nicht hinreichend nachgekommen. Die Klägerin hat mit Nichtwissen bestritten, dass die Auswertung der Videoaufzeichnung erst am 17.01.2014 vorgelegen habe und hat die Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist gemäß § 626 BGB gerügt. Auch die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung hat die Klägerin mit Nichtwissen bestritten. Abgesehen von allem dem sei im Rahmen der Interessenabwägung ihre lange Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen. Sie habe ihre Arbeit immer ordnungsgemäß und ohne Beanstandungen durchgeführt und hätte niemals ihren Arbeitsplatz für einen Betrag in Höhe von 3,25 € riskiert. Im Güte Termin vor dem Arbeitsgericht habe sie nicht nur erklärt, dass es sich

um das Pfandgut eines Stammkunden gehandelt haben könnte, sondern sie habe auch darauf hingewiesen, dass es sich um eigenes Pfandgut gehandelt haben könne.

**Die Klägerin hat beantragt,**

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 23.01.2014 beendet wird.**
- 2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) die Beklagte zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als stellvertretende Filialleiterin weiter zu beschäftigen.**

**Die Beklagte hat beantragt,**

**die Klage abzuweisen.**

Sie hat die Auffassung vertreten, auf der Grundlage der verdeckten Videoaufzeichnung und des Anhörungsgesprächs vom 20.01.2014 bestehe gegenüber der Klägerin zumindest der dringende Tatverdacht, dass sie am 18.12.2013 einen Geldbetrag in Höhe von 3,25 € im Rahmen einer fingierten Pfandbuchung unterschlagen habe. Die Beklagte hat behauptet, die Klägerin sei zu Beginn des Anhörungsgesprächs darauf hingewiesen worden, dass ihr gegenüber der dringende Tatverdacht bestehe, am 18.12.2013 gegen 12.52 Uhr eine Pfandrücknahmebuchung fingiert zu haben. Die Klägerin habe nach Vorführung der Videosequenz zunächst bestritten, die in der Videosequenz erkennbare Person zu sein. Nachfolgend habe sie bestritten, Manipulationen begangen zu haben, und zwar mit dem Hinweis darauf, die Videoaufzeichnung selbst sei manipuliert worden. Sodann habe die Klägerin jegliche Auskunft und Mitarbeit zur Aufklärung des Sachverhalts verweigert. Die jetzige Einlassung der Klägerin, sie habe bei Betreten des Ladens bereits Leergut in die Leergutbox geworfen, sei eine Schutzbehauptung. Noch im Güteternin habe die Klägerin erklärt, die Videoaufzeichnung sei ihr bei der Anhörung nicht gezeigt worden und die Pfandauszahlung sei darauf zurückzuführen gewesen, dass ein Stammkunde Flaschen in die Leergutbox geworden habe, ohne dass hierzu sofort ein Kassiervorgang durchgeführt worden sei. Auf den Videoaufzeichnungen sei gerade nicht dokumentiert, dass die Klägerin beim Betreten des Ladens Pfandflaschen in die Leergutbox geworfen habe. Das Verhalten der Klägerin verwirkliche den Tatbestand der Unterschlagung und sei gleichzeitig als besonders schwerwiegende Dienstverletzung zu bewerten, weil die Klägerin einen regulären Kassiervorgang manipuliert habe, um sich auf diese

Weise persönlich zu bereichern. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände verstoße die Kündigung nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Eine Abmahnung sei im Hinblick auf die Schwere der Pflichtverletzung entbehrlich gewesen. Im Rahmen der Interessenabwägung überwiege das Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien sei irreparabel zerstört. Die Zwei-Wochenfrist sei eingehalten worden. Es habe das Videomaterial von zwei Wochen bezogen auf sechs Einsatzkameras gesichtet werden müssen. Auch im Falle der Beauftragung eines externen Dienstleisters hätte sie eine Auswertung nicht schneller erlangen können.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 15.05.2014 hat die Klägerin zu Protokoll erklärt, in der Filiale gebe es zwei Kassen und nur eine Pfandbox. Bezogen auf den 18.12.2013 hat der Zeuge I. bestätigt, dass nur eine Pfandbox aufgestellt war.

Im Termin vom 04.09.2013 vor dem Arbeitsgericht, in dem beabsichtigt war, durch Inaugenscheinnahme des Videos Beweis darüber zu erheben, ob die Klägerin bei Betreten der Filiale Pfandflaschen in die Pfandbox geworfen hat, hat sich herausgestellt, dass von den Videoaufzeichnungen die Klägerin betreffend lediglich die Sequenz an der Kasse herauskopiert und aufbewahrt worden ist. Die restlichen Aufzeichnungen und damit auch der Zeitpunkt, in dem die Klägerin die Filiale betreten hat, sind gelöscht worden. Das Arbeitsgericht hat sodann zu der Frage, ob die Klägerin beim Betreten der Filiale Pfandflaschen in eine Pfandbox geworfen hat, den Revisor Herrn I. als Zeugen gehört. Außerdem hat das Arbeitsgericht den Auszubildenden Herrn Q. als Zeugen gehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf Bl. 101 bis 105 der Akte Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigung könne weder als Tat- noch als Verdachtskündigung Bestand haben. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Kammer nicht davon überzeugt, dass die Klägerin 3,25 € aus der Kasse genommen habe, ohne zuvor 13 Pfandflaschen in den Leergutbehälter geworfen zu haben. Die darlegungs- und beweispflichtige Beklagte habe den Vortrag der Klägerin, sie habe die Pfandflaschen bereits gegen kurz vor 10.00 Uhr eingeworfen, nicht widerlegt. Die Videosequenz sei gelöscht und der Zeuge I. habe die Kammer nicht überzeugt, denn selbst wenn die Klägerin tatsächlich – wie vom Zeugen bekundet – relativ kurz vor dem Zeitpunkt des Vorfalls an der Kasse die Filiale betreten haben sollte, bedeute dies nicht, dass dies ihr erstmaliges Betreten der Filiale an diesem Tag gewesen sei. Die Behauptung der Klägerin, sie habe bereits um 10.00 Uhr die Filiale betreten, habe der Zeuge nicht widerlegen können. Die Aussage des Zeugen Q. sei unergiebig gewesen, da dieser sich an den Vorfall nicht mehr habe erinnern können. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bestehe auch kein dringender Tatverdacht. Soweit ein solcher zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bestanden haben sollte, sei dieser durch

den Vortrag der Klägerin im Prozess, sie habe die Filiale um kurz vor 10.00 Uhr betreten, widerlegt worden. Aus diesem Grund sei auch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung unwirksam. Die Beklagte sei zur Weiterbeschäftigung der Klägerin als stellvertretende Filialleiterin verpflichtet.

Seit dem 17.11.2014 ist die Klägerin im Rahmen einer Prozessbeschäftigung wieder bei der Beklagten in ihrer bisherigen Funktion tätig. Ausweislich eines Schreibens der Beklagten aus Oktober 2014 handelt es sich dabei um eine Beschäftigung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung.

Gegen das ihr am 06.10.2014 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem am 24.10.2014 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 06.01.2015 mit einem am 30.12.2014 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit ihrer Berufung rügt die Beklagte unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, das Arbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin möglicherweise das erste Mal schon um 10.00 Uhr die Filiale betreten habe und deshalb nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Klägerin Leergut bei sich gehabt habe. Abgesehen davon, dass die Klägerin selber nicht behauptet habe, die Filiale zweimal betreten zu haben, sei es ausgeschlossen, dass sie um 10.00 Uhr erschienen sei und sich erst mit dreistündiger Verspätung im Kassensystem angemeldet habe. Auch der Zeuge I. habe bestätigt, dass die Klägerin erst kurz vor dem Vorfall an der Kasse die Filiale betreten habe. Außerdem habe er ausgesagt, dass die Klägerin ohne Pfandgut in die Filiale gekommen sei. Damit sei die Behauptung der Klägerin, sie habe die Filiale bereits um kurz vor 10.00 Uhr betreten und Pfandartikel in die Leergutbox eingeworfen, widerlegt. Bedauerlicherweise sei die entsprechende Videosequenz vom Zeugen I. aus datenschutzrechtlichen Gründen gelöscht worden. Der Zeuge habe aus seiner Sicht nachvollziehbar nur die Sequenz kopiert und aufbewahrt, in der die Klägerin sich eigentümlich verhalten habe, weil nicht zu erwarten gewesen sei, dass die Klägerin eine derartige Einlassung zu ihrer Pflichtwidrigkeit abgeben würde. Der Zeuge habe zudem zweifelsfrei bekundet, dass die Klägerin keine Tasche bei sich gehabt habe. Gerade vor dem Hintergrund der späteren Pfandgutauszahlung habe er sich den Zeitpunkt des Hineinkommens der Klägerin in die Filiale noch einmal angesehen und festgestellt, dass die Klägerin kein Pfandgut dabei gehabt habe. Am Vormittag des 18.12.2013 seien neben dem Auszubildenden Q. die Aushilfskräfte O. A. und I. A. in der Filiale gewesen und zum Verräumen der Ware eingesetzt worden. Die Videoüberwachung sei am 29.12.2013 beendet und die Anlage am 02.01.2014 ausgebaut worden. Der Zeuge I. habe die Videoauswertung in der Zeit vom 06. bis 17.01.2014 vorgenommen. Unmittelbar danach habe der Zeuge die Ergebnisse der Auswertung den Zeugen O. und H. vorgestellt. Zu Unrecht

habe die Klägerin gerügt, sie sei zu dem Kündigungsvorwurf nicht ordnungsgemäß angehört worden. Selbstverständlich wäre der Klägerin die Gelegenheit gegeben worden, den konkreten Ablauf des streitgegenständlichen Vorgangs weiter nachzuvollziehen und sich weiter zu rechtfertigen, wenn die Klägerin dies überhaupt gewollt hätte. Dies habe die Klägerin indes gerade nicht gewollt, so dass sie sich nunmehr auch nicht mit Erfolg auf eine mangelhafte Anhörung berufen könne.

**Die Beklagte beantragt,**

**die Entscheidung des Arbeitsgerichts Duisburg vom 04.09.2014, 1 Ca 272/14, abzuändern und die Klage abzuweisen.**

**Die Klägerin beantragt,**

**die Berufung zurückzuweisen.**

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie weist erneut darauf hin, dass ihr für den 18.12.2014 – gemeint sein dürfte das Jahr 2013 – durch Frau E., die nach dem Arztbesuch nochmals in die Filiale zurückgekommen sei, eine Arbeitszeit von 10 Stunden bestätigt worden sei. Bei einem Dienstbeginn erst um die Mittagszeit wäre dies nicht möglich gewesen. Es müsse zu Lasten der Beklagten gehen, dass die beweiserhebliche Videoaufzeichnung vernichtet worden sei. Bereits im April 2014 seien diese Videoaufzeichnungen als Gegenbeweis von ihr selbst angeboten worden. Erst im Termin vom 04.09.2014 habe sich herausgestellt, dass diese vernichtet worden seien. Die Aussage des Zeugen I. sei nicht überzeugend. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Zeuge sich noch genau an den Ablauf des Tages erinnern könne. Der Zeuge habe sechs verschiedene Kameras gleichzeitig auf dem Monitor überprüft, und zwar über einen Zeitraum von mindestens 14 Tagen. Gleichzeitig seien nach seinen Angaben auch noch die Kassenbons nebenher gelaufen. Außerdem hätten sich entgegen der Aussage des Zeugen keine weiteren Mitarbeiter in der Filiale aufgehalten. Sie sei mit dem Zeugen Q. alleine in der Filiale gewesen. Auch hier habe die Beklagte keine weiteren Ermittlungen durchgeführt. Die Anhörung zum Kündigungsvorwurf sei nicht ordnungsgemäß erfolgt, denn der Inhalt des Gesprächs sei ihr vorher nicht unter Setzung einer Frist zur Aufklärung und Stellungnahme mitgeteilt worden. Des Weiteren bestünden nach wie vor Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der Zwei-Wochenfrist. Schließlich sei die Beklagte nicht dazu berechtigt gewesen, die Videoaufzeichnungen alleine durch den Zeugen I. ohne Anwesenheit des Betriebsrats auswerten zu lassen.



Mit Schriftsatz vom 29.01.2015 hat die Klägerin erklärt, sie habe, wenn sie zur Arbeit gehe, eine Handtasche, zumindest immer eine Stofftasche dabei. Am besagten Tag habe sie auch eine Tasche mit dem entsprechenden Pfandgut dabei gehabt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer am 20.05.2015 hat die Klägerin auf Befragen erklärt, sie habe kleine Wasserflaschen und Red Bull Dosen in einer hellen Stofftasche von zuhause aus in den Laden transportiert. Sie habe sehr angestrengt nachgedacht und habe den Vorgang anhand der aufgeschriebenen Stunden nachvollzogen. Sie könne sich nicht daran erinnern, ob sie zunächst bestritten habe, die Person auf der Videosequenz zu sein. Im Kammertermin vom 28.10.2015 hat die Klägerin im Rahmen der Vernehmung des Zeugen I. erklärt, sie habe das Pfandgut in einer durchsichtigen Tasche transportiert.

Die Berufungskammer hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen D., C., O., T., F. und I.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf Bl. 212 bis 222 und Bl. 302 bis 304 der Akte Bezug genommen.

Die Beklagte hat mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 23.11.2015 zum Ergebnis der Beweisaufnahme und den Erörterungen im Beweisaufnahmetermin Stellung genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen.

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

### **I.**

Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO) ist zulässig.

### **II.**

Die Berufung ist auch begründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in Verbindung mit dem unstreitigen Sachverhalt und der eigenen Einlassung der Klägerin steht zur Überzeugung der Berufungskammer fest, dass die Klägerin am 18.12.2013 zu ihren Gunsten einen Pfandbon erstellt und sich 3,25 € aus der Kasse genommen hat, ohne zuvor Leergut in die dafür vorgesehene Leergutbox gelegt zu haben. Ein Beweisverwertungsverbot besteht nicht. Die Beklagte hat die zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung maßgeblichen Fristen eingehalten und den Betriebsrat ord-

nungsgemäß auch zu einer Tatkündigung angehört. Angesichts der Schwere der Pflichtverletzung muss auch die Interessenabwägung zu Gunsten der Beklagten ausgehen. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts war daher abzuändern. Im Einzelnen ist unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens und der vor der Berufungskammer durchgeführten Beweisaufnahme Folgendes auszuführen:

## 1.

Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist zunächst festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben.

Begeht ein Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche - ggf. strafbare - Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen, und zwar auch dann, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat (vgl. BAG, Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08, Rn. 18; Urteil vom 10.10.2010, 2 AZR 541/09, Rn. 26, jeweils zitiert nach juris). Maßgebend ist der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (vgl. BAG, Urteil vom 21.06.2012, 2 AZR 153/11, zitiert nach juris).

Gemessen an diesen Voraussetzungen ist der streitgegenständliche Kündigungsvorwurf an sich geeignet, den Ausspruch einer fristlosen Kündigung zu rechtfertigen. Erstellt ein Arbeitnehmer einen falschen Pfandbon, um sich unter Verletzung des Vermögens seines Arbeitgebers das Pfandgeld rechtswidrig zuzueignen, verletzt er in besonders gravierender Weise seine vertraglichen Pflichten. Der mit einer derartigen Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch ist auch bei einem geringfügigen Schaden jedenfalls dann besonders gravierend, wenn der betreffende Arbeitnehmer gerade damit betraut ist, die Vermögensinteressen des Arbeitgebers zu wahren, wie dies bei einer Kassiererin der Fall ist. Die Erstellung eines falschen Pfandbons durch eine Kassiererin setzt ein aktives Verhalten des Arbeitnehmers zur Täuschung des Arbeitgebers unter Ausnutzung der übertragenen Vertrauensstellung im Hinblick auf die Vermögensinteressen des Arbeitgebers voraus, das ein besonderes Maß an krimineller Energie beinhaltet. Eine derartige Pflichtverletzung ist auch bei einem geringen Schaden ein schwerwiegender Vertrauensmissbrauch, der an sich geeignet ist, den Ausspruch einer fristlosen Kündigung zu rechtfertigen.

## 2.

Zur Überzeugung der Berufungskammer (§ 286 ZPO) steht fest, dass die Klägerin die ihr vorgeworfene Pflichtverletzung auch begangen hat. Die Überzeugung der Be-

rufungskammer gründet auf dem unstreitigen Inhalt der Videosequenz und dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere der Aussage des Zeugen I. über den Inhalt der gelöschten Videosequenz, für die kein Beweisverwertungsverbot besteht.

a)

Entgegen der - erstmalig in der Berufungsinstanz geäußerten - Auffassung der Klägerin besteht vorliegend hinsichtlich des unstreitigen Inhalts der Videosequenz und der Vernehmung des Zeugen I. über den Inhalt der gelöschten Videosequenz kein Beweisverwertungsverbot wegen Verletzung eines Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats. Dabei kann dahinstehen, ob dieser Einwand der Klägerin bereits deshalb nicht greift, weil sie sich selbst zu Beweis Zwecken auf das Video berufen hat, denn ein Beweisverwertungsverbot liegt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vor.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann die Verletzung eines Mitbestimmungstatbestands oder die Nichteinhaltung einer Betriebsvereinbarung und deren Verfahrensregelungen es grundsätzlich nicht rechtfertigen, einen entscheidungserheblichen, unstreitigen Sachvortrag der Parteien nicht zu berücksichtigen und im Ergebnis ein „Sachverhaltsverwertungsverbot“ anzuerkennen (vgl. dazu BAG, Urteil vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06, zitiert nach juris). Ist eine Videoüberwachung entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt worden, so ergibt sich aus diesem Verstoß jedenfalls dann kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot, wenn der Betriebsrat der Verwendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zustimmt und die Beweisverwertung nach den allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist (vgl. BAG, Urteil vom 27.03.2003, 2 AZR 51/02, zitiert nach juris).

Ist mithin ein Beweisverwertungsverbot bei Zustimmung des Betriebsrats zur nachfolgenden Kündigung sogar im Fall der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats zur Videoüberwachung zu verneinen, so muss dies auch hinsichtlich des – vorliegend möglicherweise gegebenen – Verstoßes der Auswertung des Videos ohne Beteiligung des Betriebsrats gelten. Der Betriebsrat hat durch das Betriebsratsmitglied C. rügelos an der Anhörung der Klägerin unter Vorführung der Videosequenz teilgenommen und der Betriebsrat hat zudem der fristlosen Kündigung ausdrücklich zugestimmt. Daher war nicht weiter aufzuklären, ob der Betriebsrat – wie der Zeuge I. dies ausgesagt hat – in der Person des Zeugen C. bei der Auswertung der Videos beteiligt worden ist oder nicht.

Die Beweisverwertung ist auch nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt.

Eingriffe in das Recht des Arbeitnehmers am eigenen Bild durch heimliche Videoüberwachung und die Verwertung entsprechender Aufzeichnungen sind dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende

Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit das praktisch einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (vgl. dazu grundlegend BAG, Urteil vom 27.03.2003, 2 AZR 51/02; Urteil vom 21.06.2012, 2 AZR 153/11, beide vor Inkrafttreten des § 32 BDSG). Der Verdacht muss sich in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern richten. Er darf sich einerseits nicht auf die allgemeine Mutmaßung beschränken, es könnten Straftaten begangen werden. Er muss sich andererseits nicht notwendig nur gegen einen einzelnen, bestimmten Arbeitnehmer richten. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer weiteren Einschränkung des Kreises der Verdächtigen müssen weniger einschneidende Mittel als eine verdeckte Videoüberwachung zuvor ausgeschöpft worden sein (vgl. BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, m.w.N., zitiert nach juris).

Gemessen an diesen Voraussetzungen war die verdeckte Videoüberwachung des Kassenbereichs praktisch die einzige Möglichkeit für die Beklagte, Aufklärung über die ganz erheblich angestiegenen Inventurverluste zu erlangen und den Verdacht in personeller Hinsicht einzugrenzen. Die Beklagte hat im Einzelnen dargelegt, dass sie zunächst durch weniger einschneidende Maßnahmen wie Taschenkontrollen zu unterschiedlichen Zeitpunkten und den Abgleich von Abwesenheits- bzw. Anwesenheitszeiten mit Warenverlusten versucht hat, die Inventurverluste aufzuklären, was jedoch nicht gelang. Die Beklagte hat danach weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft. Auch nach dem Vortrag der Klägerin ist nicht ersichtlich, welche weiteren, weniger einschneidenden Maßnahmen zur Aufklärung die Beklagte vor Einsatz der Videoüberwachung hätte vornehmen können.

Dass es sich bei der Pflichtverletzung die Klägerin betreffend um einen „Zufallsfund“ handelt, weil die Klägerin eigentlich nicht zu dem Kreis der verdächtigten Arbeitnehmer gehörte, macht die Videoaufnahme und die Aussage des Zeugen I. nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht unverwertbar.

„Zufallsfunde“ sind - unbeschadet der Regelung in § 6b Abs. 3 BDSG - nicht in jedem Fall bereits deshalb unverwertbar, weil sie außerhalb des Beobachtungszwecks liegen. Auch bezogen auf „Zufallserkenntnisse“ muss allerdings das Beweisinteresse des Arbeitgebers höher zu gewichten sein als das Interesse des Arbeitnehmers an der Achtung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das ist nur anzunehmen, wenn das mittels Videodokumentation zu beweisende Verhalten eine wenn nicht strafbare, so doch schwerwiegende Pflichtverletzung zum Gegenstand hat und die verdeckte Videoüberwachung nicht selbst dann noch unverhältnismäßig ist. Erreicht das in Rede stehende Verhalten diesen Erheblichkeitsgrad nicht, muss die Verwertung des Videomaterials unterbleiben (vgl. BAG, Urteil vom 21.11.2013, 2 AZR 797/11, zitiert nach juris).

Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen ist die Berufungskammer der Überzeugung, dass das Beweisinteresse der Beklagten an der Verwertung des Videomaterials höher zu gewichten ist als das Interesse der Klägerin an der Achtung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, denn die Erstellung eines falschen Pfandbons unter Ausnutzung der Stellung als Kassiererin und stellvertretenden Filialleiterin stellt nach Auffassung der Berufungskammer - wie bereits ausgeführt - eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar, die eine erhebliche kriminelle Energie beinhaltet und deshalb dazu führt, dass das Beweisinteresse des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers an der Achtung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts überwiegt.

Danach besteht vorliegend kein sich auf die Aussage des Zeugen I. erstreckendes Beweisverwertungsverbot.

**b)**

Insbesondere nach der Aussage des Zeugen I. steht nach § 286 Abs. 1 ZPO zur Überzeugung der Berufungskammer fest, dass die Klägerin vor Entnahme des Geldes aus der Kasse keinen entsprechenden Gegenwert in Form von Pfandflaschen und -dosen in die Leergutbox eingeworfen hat.

Gemäß § 286 Abs.1 ZPO ist Ziel der umfassenden Beweiswürdigung die Beantwortung der Frage, ob eine streitige Behauptung als erwiesen angesehen werden kann, d.h. ob das Gericht von der Wahrheit der behaupteten Tatsache überzeugt ist. Nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewissheit kaum je erreichbar; sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen muss. Die Bestimmung des § 286 Abs. 1 ZPO verlangt einen Grad an Überzeugung, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BAG, Urteil vom 25.06.2014, 7 AZR 947/12, zitiert nach juris).

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen muss nach der Aussage des Zeugen I. davon ausgegangen werden, dass die Klägerin entgegen ihrer Einlassung am 18.12.2013 kein Leergut im Wert von 3,25 € in die Leergutbox eingeworfen, sondern sich diesen Betrag ungerechtfertigt aus der Kasse genommen hat.

Der Zeuge I. hat ausgesagt, dass er – was unstreitig ist – nicht gesehen habe, dass die Klägerin bei Erstellung des Pfandbons Pfandflaschen in die Leergutbox geworfen

habe. Aus diesem Grund habe er das Video zurückgespult, um nachzuschauen, ob die Klägerin zu einem früheren Zeitpunkt Pfandflaschen in die Box geworfen habe. Er gehe immer Minimum eine Stunde in einem Video zurück. Er habe dann die Klägerin beim Betreten der Filiale gesehen. Von der Kameraeinstellung her habe er zwar nicht das Gesicht der Klägerin sehen können, allerdings ihre „Haarpracht“. Er habe die Klägerin an ihrer auffälligen Frisur erkannt. Dazu ist festzustellen, dass die Klägerin – wovon die Berufungskammer sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung selbst überzeugen konnte – über eine außergewöhnliche Frisur verfügt, die jedenfalls charakteristisch und damit in gewisser Weise unverwechselbar ist, so dass davon auszugehen ist, dass der Zeuge die Klägerin identifiziert und nicht etwa eine andere Person auf dem Video beim Betreten der Filiale gesehen hat. Zudem hat der Zeuge angegeben, dass er die Klägerin zirka zwei Minuten später bei Betreten des Lagerbereichs gesehen habe und dabei von der Kameraeinstellung her auch ihr Gesicht habe sehen können. Der Zeuge hat sodann ausgesagt, er sei sich sicher, dass die Klägerin keine Tasche dabei gehabt habe und hat zur Bestärkung seiner Aussage hinzugefügt, bei zirka 12 Flaschen hätte eine Tasche auffallen müssen. Auf Nachfrage der Klägervertreterin hat der Zeuge ausweislich des Protokolls zwar angegeben, er sei sich jetzt nicht zu 100 % sicher, würde aber sagen, es sei keine Tasche dabei gewesen. Diese Einschränkung bezog sich allerdings auf die Frage, ob die Klägerin eine dunkle Handtasche dabei hatte, was aus der Protokollierung der Aussage nicht ausdrücklich hervorgeht, sich allerdings insoweit aus der Protokollierung ergibt, als aufgenommen worden ist, dass der Zeuge erklärt hat, *„ich meine, auch wenn es Dosen gewesen wären, hätte das schon eine sehr große Handtasche sein müssen“*. Nachdem die Klägerin eingewandt hat, sie hätte eine durchsichtige Tüte dabei gehabt, in der sich das Leergut befunden habe, hat der Zeuge ausgesagt, eine weiße oder helle Tüte wäre ihm auf jeden Fall aufgefallen. Eine durchsichtige Tüte habe die Klägerin nicht bei sich getragen. Er hat weiter angegeben, er habe nochmals überprüft, ob von der Klägerin in dem Zeitraum zwischen Betreten der Filiale und dem Erstellen des Pfandbons Pfandflaschen in die Box geworfen worden seien, was nicht der Fall gewesen sei.

Die Aussage des Zeugen ist glaubhaft. Er hat nachvollziehbar dargelegt, dass er das Video zurückgespult hat, um nachzuschauen, ob die Klägerin zu einem früheren Zeitpunkt Leergut in die dafür vorgesehene Box eingeworfen hat. Gerade das hat er – obwohl er noch ein zweites Mal geprüft hat – nicht feststellen können. Er hat auch nachvollziehbar dargelegt, dass und aus welchem Grund er die Klägerin identifiziert hat. Er hat die Klägerin zunächst an ihrer auffälligen Frisur und bereits zwei Minuten später auch durch Inaugenscheinnahme eines Videos im Lagerbereich, auf dem das Gesicht der Klägerin zu sehen war, erkannt. Außerdem hat er zweifelsfrei bestätigt, dass die Klägerin jedenfalls keine Tasche dabei hatte, in der zirka 12 Pfandflaschen oder Pfanddosen hätten verstaut werden können. Auch zur Überzeugung der Berufungskammer steht fest, dass eine Tasche, in der 12 Flaschen oder Dosen verstaut werden, eine Größe haben muss, die nicht übersehen werden kann. Die Aussage des Zeugen ist in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Der Einwand der Klägerin, die

Aussage sei nicht glaubhaft, weil der Zeuge sechs Videos gleichzeitig habe begutachten müssen und zudem noch die Kassenbons mitgelaufen seien, greift nicht durch. In dem Moment, in dem der Zeuge die Klägerin bei dem ungewöhnlichen Vorgang der Pfandbonerstellung gesehen hat, hat er sich allein auf die Klägerin konzentriert und das betreffende Video zurückgespult. Es kann danach ausgeschlossen werden, dass er durch andere Videos abgelenkt war. Zudem haben die Kameras nur dann aufgezeichnet, wenn in der betreffenden Räumlichkeit eine Bewegung erfolgte. Unerheblich für die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen ist auch, ob sich in der Filiale – wie der Zeuge dies erstinstanzlich bekundet hat – Aushilfen aufgehalten haben oder nicht. Selbst wenn der Zeuge insoweit geirrt hat, weil er die maßgebliche Videosequenz mit einer anderen verwechselt haben sollte, bleibt es bei der Tatsache, dass der Zeuge sich nach Feststellung des Verdachts der Unregelmäßigkeit an der Kasse auf die Klägerin konzentriert und das sie betreffende Video durch Rückspulen zur Überprüfung betrachtet hat.

Die Bedenken des Arbeitsgerichts hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen I. teilt die Berufungskammer nicht. Zutreffend ist zwar, dass der Zeuge die Uhrzeit, zu der die Klägerin die Filiale betreten hat, nicht angeben konnte. Die Überlegung des Arbeitsgerichts, möglicherweise habe der Zeuge die Klägerin gesehen, als diese die Filiale zum zweiten Mal betreten habe, greift jedoch bereits deshalb nicht, weil die Klägerin selbst erklärt hat, dass sie die Filiale nur einmal betreten und zwischendurch nicht verlassen hat.

Die Einlassung der Klägerin, sie habe bereits um 10.00 Uhr die Filiale betreten, so dass der Zeuge sie nicht gesehen haben könne, wenn er das Video nur eine Stunde zurückgespult habe, stellt die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen nicht in Frage, denn der Zeuge hat in seiner Aussage vor der Berufungskammer angegeben, dass er „Minimum“ eine Stunde im Video zurückspule. Zutreffend ist allerdings, dass der Zeuge bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung bekundet hat, der Zeitraum zwischen dem Erscheinen der Klägerin in der Filiale und dem Vorgang mit dem Pfandbon sei deutlich kürzer als eine Stunde gewesen. Diese zeitliche Angabe wäre unzutreffend, wenn die Klägerin – wie sie vorgetragen hat – bereits um 10.00 Uhr die Filiale betreten hätte, denn die Erstellung des Pfandbons erfolgte erst um 12.52 Uhr. Diese Einlassung der Klägerin muss nach dem weiteren Ergebnis der Beweisaufnahme jedoch als Schutzbehauptung angesehen werden.

Zu der Frage, ob die Klägerin entgegen der Aussage des Zeugen I. die Filiale bereits zu einem früheren Zeitpunkt betreten hat und ob sie eine Tasche bei sich trug, hat die Berufungskammer gegenbeweislich den Ehemann der Klägerin, den Zeugen D., vernommen. Der Zeuge hat zunächst erklärt, er könne sich nicht mehr genau erinnern, er meine aber, es sei um 10.00 Uhr ein Anruf gekommen, dass seine Frau um 12.00 oder 13.00 Uhr zur Arbeit kommen solle. Es könne sein, dass er seine Frau am 18.12.2013 um zirka 12.30 Uhr zum Geschäft gefahren habe. Es sei unmöglich, dass es schon um 11.00 Uhr gewesen sei. Er sei sich sicher, dass es jedenfalls nach

11.00 Uhr gewesen sei. Erst auf den Vorhalt, dass die Klägerin angegeben hat, er – der Zeuge D. – habe sie um zirka 9.45 Uhr ins Geschäft gefahren, erklärte der Zeuge, er sei mit den Uhrzeiten jetzt durcheinander und auf weiteren Vorhalt, er könne heute über die Uhrzeit nichts genaueres mehr sagen. Mit Sicherheit sei es vor 12.00 Uhr gewesen. Mit dieser Aussage hat der Zeuge nicht die Einlassung der Klägerin, sondern allenfalls den Vortrag der Beklagten und die Aussage des Zeugen I. bestätigt. Jedenfalls ist diese Aussage des Zeugen D. schon aufgrund seiner Widersprüchlichkeiten und dem Umstand, dass der Zeuge letztlich eingeräumt hat, sich an die Uhrzeit nicht erinnern zu können, nicht geeignet, die Angabe des Zeugen I., dass die Klägerin erst weniger als eine Stunde vor dem Bonvorgang an der Kasse die Filiale betreten hat, in Zweifel zu ziehen.

Aus der Aussage des Zeugen D. ergibt sich auch nicht zur Überzeugung der Berufungskammer, dass die Klägerin eine Tasche mit Pfandflaschen bei sich hatte.

Der Zeuge hat dazu ausgesagt, im Auto hätte eine Tüte mit Pfandflaschen gelegen, und zwar eine weiße Plastiktüte. Er könne sich daran erinnern, dass seine Frau die Tüte mit ins Geschäft genommen habe. Er habe sie noch gefragt, ob er die Tüte mitnehmen solle, denn normalerweise würden sie die Pfandflaschen in einen Automaten werfen. Seine Frau habe die Pfandflaschen aber doch mitgenommen.

Diese Aussage ist nicht geeignet, die Aussage des Zeugen I., die Klägerin habe bei Betreten der Filiale keine Tasche bei sich gehabt, in Zweifel zu ziehen. Zum einen hat die Kammer aufgrund der vorhergehenden widersprüchlichen Angaben des Zeugen D. bezüglich des zeitlichen Ablaufs des Tages ganz erhebliche Zweifel, dass der Zeuge sich an diesen Tag überhaupt konkret erinnern kann. Zum anderen deckt sich auch diese Aussage nicht mit der Einlassung der Klägerin. Dabei kann es noch als unerhebliche Abweichung angesehen werden, dass der Zeuge erklärt hat, die Tüte habe bereits im Auto gelegen, die Klägerin hingegen, sie habe das Pfandgut von zuhause mitgenommen. Eine erhebliche Abweichung zwischen der Aussage des Zeugen und dem Vortrag der Klägerin ist allerdings die ausdrückliche Erklärung des Zeugen, es habe sich um eine weiße Plastiktüte gehandelt und dem Vortrag der Klägerin – insoweit zusätzlich widersprüchlich – es habe sich um eine helle Stofftasche und schließlich um eine durchsichtige Plastiktüte gehandelt. Dabei verkennt die Berufungskammer nicht, dass der Zeuge durch den erheblichen Zeitablauf zwischen dem streitigen Vorgang und seiner Vernehmung nachvollziehbar Schwierigkeiten haben kann, sich zu erinnern. So wäre es für die Berufungskammer ohne weiteres nachvollziehbar gewesen, wenn der Zeuge erklärt hätte, nicht mehr sagen zu können, in welchem Behältnis die Pfandflaschen transportiert worden sind. Das hat er jedoch gerade nicht getan, sondern hat zur Begründung dafür, dass er sich an den Vorgang erinnern könne, darauf hingewiesen, dass sie normalerweise die Pfandflaschen in einen Automaten werfen würden. Wenn als richtig unterstellt wird, dass er sich an den Vorgang deshalb noch genau erinnern kann, weil er von dem üblichen Vorgehen abgewichen ist, dann ist nicht erklärlich, wieso er hinsichtlich des Transportbehältnisses



für die Pfandflaschen noch eine dritte, vom Vortrag der Klägerin abweichende Version angegeben hat. Unter Berücksichtigung vorstehend dargelegter Ungereimtheiten drängt sich der Berufungskammer der Schluss auf, dass es sich bei der Behauptung der Klägerin, sie habe beim Betreten der Filiale Pfandflaschen bei sich gehabt, um eine Schutzbehauptung handelt und bei der Aussage des Zeugen D. um den untauglichen Versuch, die Schutzbehauptung seiner Frau zu bestätigen. Jedenfalls ist die Aussage des Zeugen D. in Verbindung mit der Einlassung der Klägerin keinesfalls geeignet, die Aussage des Zeugen I., die Klägerin habe die Filiale weniger als eine Stunde vor dem Kassiervorgang betreten und keine Tüte bei sich gehabt, zu widerlegen.

Gleiches gilt hinsichtlich der Einlassung der Klägerin, die Angaben des Zeugen I. seien auch deshalb unzutreffend, weil die Mitarbeiterin Frau E. ihr für diesen Tag zehn Stunden aufgeschrieben habe, was nicht sein könne, wenn sie nicht bereits um 10.00 Uhr in der Filiale gewesen sei. Einer Vernehmung der Mitarbeiterin E. bedurfte es nicht, denn es kann als richtig unterstellt werden, dass diese Mitarbeiterin für die Klägerin zehn Stunden aufgeschrieben hat. Nach der eigenen Einlassung der Klägerin war Frau E. nicht mehr in der Filiale, als die Klägerin zur Arbeit erschienen ist. Damit steht fest, dass die Mitarbeiterin E. nicht aus eigener Kenntnis bezeugen kann, wann die Klägerin die Filiale betreten hat, sondern insoweit die Angaben der Klägerin übernommen haben muss. Zu der Frage des Zeitpunktes des Erscheinens der Klägerin hätte die Zeugin mithin keine Angaben machen können.

Danach kann die in sich widerspruchsfreie Aussage des Zeugen I. nicht als widerlegt angesehen werden. Der Zeuge ist auch glaubwürdig. Allein der Umstand, dass dieser Zeuge „im Lager“ der Beklagten steht, reicht nicht aus, um seine Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. Die Berufungskammer hat während der Vernehmung des Zeugen keinerlei Belastungstendenzen die Klägerin betreffend feststellen können. Wenn er sich an etwas nicht erinnern konnte oder sich nicht sicher war, hat er dies sofort zu erkennen gegeben. So hat er von Anfang an eingeräumt, die Uhrzeit, zu der die Klägerin die Filiale betreten hat, nicht angeben zu können. Als die Klägerin im Kammertermin vom 28.10.2015 andeutete, sie habe eine Handtasche dabei gehabt, hat der Zeuge sofort eingeräumt, dass er sich nicht zu 100 % sicher sei, aber ziemlich sicher, dass sie keine Tasche dabei gehabt habe. Er war sich jedenfalls sicher, dass die Klägerin keine weiße, helle oder durchsichtige Tüte bei sich gehabt habe. Andere Anhaltspunkte, die die Glaubwürdigkeit des Zeugen in Zweifel ziehen könnten, liegen nicht vor.

Muss man also davon ausgehen, dass der Zeuge I. die Wahrheit gesagt hat, steht fest, dass die Klägerin die vorgeworfene Pflichtverletzung auch begangen hat. Der Zeuge hat die Klägerin beim Betreten der Filiale gesehen und insbesondere nach seiner glaubhaften Aussage überprüft, ob die Klägerin nach dem Betreten vor Erstellung des Kassenbons kein Pfandgut in die dafür vorgesehene Box geworfen hat, was nicht der Fall war.

Die Einlassungen der Klägerin müssen angesichts dieses Beweisergebnisses als Schutzbehauptungen gewertet werden. Dieses Ergebnis wird durch die Art und Weise der Einlassungen der Klägerin gestützt.

Nicht nachvollziehbar ist für die Berufungskammer zunächst, dass die Klägerin sich erst im Laufe des Verfahrens daran erinnert haben will, dass sie von der Mitarbeiterin E. angerufen und gebeten worden sei, schon um 10.00 Uhr zur Arbeit zu kommen und sie bei dieser Gelegenheit Pfandgut dabei gehabt habe. Noch im Gütetermin vor dem Arbeitsgericht hat sie sich nach ihrer Einlassung offensichtlich nicht an den konkreten Vorgang erinnern können, denn nach ihren eigenen Angaben hat sie dort erklärt, es könne sich um Pfandgut eines Kunden oder um ihr Pfandgut gehandelt haben. Das mangelnde Erinnerungsvermögen ist insbesondere deshalb wenig nachvollziehbar, weil es sich um einen außergewöhnlichen Vorgang handelte. Die Klägerin musste früher zur Arbeit erscheinen, weil die Mitarbeiterin E. erkrankt war. Wenn die Aussage des Zeugen D. zumindest in diesem Punkt zutreffend ist, dann entsorgt die Klägerin anfallendes Pfandgut normalerweise nicht in der Filiale, sondern regelmäßig in einem Automaten. Zudem soll die Filiale sich „regelrecht im Chaos“ befinden haben. Es bestanden somit durchaus Anhaltspunkte, sich an diesen Tag und die diesbezüglichen Vorgänge zu erinnern. Erstmals mit Schriftsatz vom 22.04.2014 hat die Klägerin sodann behauptet, von ihrem Ehemann zur Filiale gefahren worden zu sein und vorgetragen, sie könne sich an den Ablauf des 18.12.2013 noch genau erinnern.

Auch die weitere Behauptung der Klägerin, in der Filiale sei es üblich, dass Mitarbeiter Pfandflaschen bei Betreten der Filiale in die Pfandbox werfen, diese aber erst später abrechnen würden, hat sich nicht als richtig erwiesen. Die dazu vernommenen Zeuginnen F. und T. haben dazu ausgesagt, einen derartigen Vorgang hätten sie bei Mitarbeitern der Filiale noch nie mitbekommen.

Dass die Klägerin sich selbst zu Beweis Zwecken auf die gelöschte Videosequenz bezogen hat, lässt die Einlassungen der Klägerin nicht in einem anderen Licht erscheinen. Die Benennung eines Beweismittels sagt nichts darüber aus, welches Ergebnis sich daraus ergeben wird.

Unter Berücksichtigung vorstehender Umstände steht zur Überzeugung der Berufungskammer fest, dass die Klägerin die Pflichtwidrigkeit begangen hat.

### 3.

Da wegen der Tatbegehung vorliegend der Ausspruch einer Tatkündigung gerechtfertigt ist, kann dahinstehen, ob die Anhörung der Klägerin den Anforderungen, die bei Ausspruch einer Verdachtskündigung einzuhalten sind, entspricht. Da für die Kammer vor Durchführung der Beweisaufnahme nicht ersichtlich sein konnte, ob

überhaupt und wenn ja welche der Kündigungen durchgreifen könnte, sind zum Kammertermin vom 20.05.2015 auch die Zeugen geladen worden, die für den Inhalt des Anhörungsgesprächs benannt worden sind, um den Sachverhalt möglichst in einem Termin vollständig aufklären zu können. Zu diesem Termin ist der Zeuge I. nicht erschienen, weil er nach seinen Angaben keine Ladung erhalten hat. Die erschienenen Zeugen sind daher zum Inhalt des Gesprächs mit der Klägerin vom 20.01.2014 gehört worden. Nach dem Ergebnis dieser Beweisaufnahme kann festgestellt werden, dass die Anhörung auch den Anforderungen für eine Verdachtskündigung genügen würde.

Der Umfang der Nachforschungspflichten und damit auch die Ausgestaltung der Anhörung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls (vgl. BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 206/11, 20.03.2014, 2 AZR 1037/12, jeweils zitiert nach juris). Die Anhörung muss sich aber immer auf einen greifbaren Sachverhalt beziehen.

Die Klägerin hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu Unrecht gerügt, ihr sei nicht mitgeteilt worden, worum es in dem Gespräch gehen soll, insbesondere sei ihr das konkrete Datum des Vorgangs nicht genannt worden. Zwar hatte der Zeuge C. keine hinreichende Erinnerung mehr an den Ablauf und den Inhalt des Gesprächs. Die Zeugen O., H. und T. haben aber übereinstimmend erklärt, dass der Klägerin zu Beginn des Gesprächs mitgeteilt worden sei, dass man ein Problem mit einem durch eine Videoaufnahme aufgezeichneten Kassivorgang habe, der aufgeklärt werden müsse. Die Zeugin T. meinte, darüber hinaus sei der Klägerin auch das Datum mitgeteilt worden. Damit ist der Klägerin jedenfalls zu Beginn des Gesprächs der erforderliche „greifbare Sachverhalt“ mitgeteilt worden. Außerdem ergibt dieser sich auch aus der sodann gezeigten Videosequenz, in der die Klägerin Leergut einscannt ohne unmittelbar zuvor Leergut in die Leergutbox geworfen zu haben.

Eine Mitteilung des Gesprächsthemas vor Anberaumung des Anhörungstermins ist grundsätzlich nicht erforderlich. Zwar würde der Betroffene dadurch in die Lage versetzt, schon im Vorfeld der Anhörung zu entscheiden, ob er sich einlassen will oder nicht. Bei umfangreichen und komplexen Sachverhalten ermöglicht eine entsprechende Vorbereitung eine substantiierte Einlassung in der Anhörung. Auch wird dem Arbeitnehmer bei vorhergehender Mitteilung des Themas Gelegenheit gegeben, sich schon vor der persönlichen Konfrontation mit Verdachtsmomenten an den Betriebsrat zu wenden oder sich Rat bei einem Rechtsanwalt einzuholen. Andererseits besteht jedoch in Fällen des begründeten Verdachts die Gefahr einer Verdunkelung der Tat. Zudem wird dem Anzuhörenden die Gelegenheit entzogen, sich möglichst unbefangen mit den Vorwürfen auseinanderzusetzen und möglicherweise schon mit seiner spontanen Reaktion eine Entlastung herbeizuführen (vgl. BAG, Urteil vom 12.02.2015, 6 AZR 845/13, m.w.N., zitiert nach juris).

Die Beklagte war demnach nicht verpflichtet, die Klägerin vor der Anhörung über den beabsichtigten Inhalt dieses Gesprächs zu informieren. Von der Klägerin als stellver-

tretende Filialeiterin darf erwartet werden, dass sie sich zu einem Kassiervorgang äußern kann und sei es auch nur mit der Aussage, dass er ihr nicht erklärlich sei.

Letztlich kann dies vorliegend jedoch dahinstehen, da – wie bereits ausgeführt – die Tatbegehung zur Überzeugung der Berufungskammer feststeht.

#### 4.

Schließlich steht dem Ausspruch der fristlosen Kündigung auch nicht entgegen, dass die Beklagte die Klägerin nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils weiterbeschäftigt hat. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass diese Beschäftigung zur Vermeidung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erfolgt ist. Dies ergibt sich aus einem an die Klägervertreterin gerichteten Schreiben aus Oktober 2014, aus dem der Beklagtenvertreter im Termin vom 28.10.2015 zitiert hat.

Die Beklagte hat damit die Klägerin aufgrund eines bestehenden Zwangsvollstreckungsdrucks beschäftigt. Gründe, die bereits Gegenstand des Erkenntnisverfahrens bis zum Erlass des Titels waren, können insoweit nicht herangezogen werden, um eine Zwangsvollstreckung zu vermeiden. Etwas anderes widerspräche der Aufteilung der Funktionen von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren. Wenn – wie vorliegend – erstinstanzlich eine Weiterbeschäftigung titulierte wurde, folgt daraus, dass die insoweit angeführten Gründe dem Weiterbeschäftigungsantrag für den Erlass des kraft gesetzlicher Wertung vorläufig vollstreckbaren Urteils aus der Sicht des entscheidenden Gerichts nicht entgegenstanden (vgl. BAG, Beschluss vom 15.04.2009, 3 AZB 93/08, zitiert nach juris). Nach Auffassung der Berufungskammer kann ein Arbeitgeber nicht darauf verwiesen werden, nach Berufungseinlegung gemäß § 719 ZPO und § 707 ZPO i.V.m. § 62 Abs. 1 S. 2 und 3 ArbGG vorzugehen und geltend zu machen, die Zwangsvollstreckung führe zu einem nicht zu ersetzenden Nachteil, um sich nicht dem Einwand auszusetzen, eine Beschäftigung des Arbeitnehmers sei unzumutbar.

#### 5.

Die Beklagte hat auch die Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten.

Der Zeuge I. hat in seiner erstinstanzlichen Aussage angegeben, dass die Aufnahmen von 14 Tagen eine Auswertungszeit von drei Wochen benötigt hätten. Er habe in der Folgewoche nach dem 29.12.2013 mit der Auswertung der Videos begonnen.

Davon ausgehend war die Auswertung etwa zum 17.01.2014 hin beendet, wie die Beklagte dies auch vorgetragen hat. Das Anhörungsgespräch mit der Klägerin fand am 20.01.2014 statt. In der Regel gehört die Anhörung des Arbeitnehmers zur Auf-

klärung des Kündigungssachverhalts dazu (BAG, 14.11.1984, 2.3.2006, NZA 2006, 1211), obgleich sie, abgesehen vom Fall der Verdachtskündigung, keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer außerordentlichen Kündigung ist. Die Ausschlussfrist beginnt, wenn die Ermittlungen abgeschlossen sind (Rn 216 BAG 28.11.2007, NZA-RR 2008, 344).

Der Beklagten kann auch nicht vorgeworfen werden, dass sie keinen externen Dienstleister mit der Auswertung der Videos beauftragt hat. Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, dass eine derartige fremdvergebene Auswertung schneller erfolgt wäre, läge in einer Fremdvergabe eine deutliche höhere Beeinträchtigung der Interessen der Klägerin als in der Auswertung durch einen betriebsangehörigen Mitarbeiter.

Danach ist der Ausspruch der Kündigung innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB erfolgt.

## **6.**

Auch die in jedem Fall gebotene Interessenabwägung führt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Zu Gunsten der Klägerin ist ihre lange, nach dem Akteninhalt unbeanstandete Tätigkeit für die Beklagte zu berücksichtigen. Auch ist der eingetretene Schaden denkbar gering. Allerdings ist der damit verbundene Vertrauensverlust immens. Die Klägerin hat nicht etwa nur – sozusagen bei Gelegenheit und durch ein „Augenblicksversagen“ – die Vermögensinteressen der Beklagten geschädigt, sondern durch eine gezielte und geplante Handlung. Sie hat die ihr eingeräumte Vertrauensposition in einem unbeobachteten Augenblick ausgenutzt, um sich einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil zu verschaffen. Dadurch ist auf Seiten der Beklagten ein irreparabler Vertrauensverlust eingetreten, der auch durch die Dauer der Beschäftigung der Klägerin nicht aufgewogen werden kann.

Danach ist die seitens der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien beendet. Auf die Berufung der Beklagten war das Urteil des Arbeitsgerichts daher abzuändern.

## **III.**

Als unterliegende Partei hat die Klägerin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 91 ZPO).

## **IV.**

Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

## **RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei

### **R E V I S I O N**

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt  
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

**\* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Paßlick

Brenner-Meyerin

Alsdorf

Beglaubigt

Kohnke  
Regierungsbeschäftigte

