

## Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 04.10.2012

	<b>Ausfertigung</b>	
<b>Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg</b>		Verkündet  am 4. Oktober 2012
Geschäftszeichen (bitte immer angeben) <b>2 Sa 798/12</b>  3 Ca 873/11 Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel		

### Im Namen des Volkes Urteil

In Sachen

**- Klägerin und Berufungsklägerin -**

**Prozessbevollmächtigter:**

**Rechtsanwalt Simon Daniel Schmedes, Bauhofstr. 50, 14776  
Brandenburg/Havel,**

**gegen**

**- Beklagter und Berufungsbeklagter -**

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 2. Kammer,

auf die mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 2012  
durch den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts Dr.  
Binkert als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter  
Herrn Gustke und Frau Jacobs  
für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts  
Brandenburg an der Havel vom 18.01.2012 - 3 Ca 873/11 - geändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die Kündigung der Beklagten vom 23.08.2011 nicht aufgelöst ist.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Beklagte zu 2/3 und die Klägerin zu 1/3; die Kosten der Berufungsinstanz tragen der Beklagte zu 8/9 und die Klägerin zu 1/9.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, die dieser am 23. August 2011 gegenüber der seit 1998 als Verkäuferin beschäftigten 43jährigen Klägerin mit dem Vorwurf ausgesprochen hat, diese habe bei einem Personaleinkauf unzulässigerweise einen Betrag von 19,13 EUR zu ihren Gunsten in Abzug gebracht.

Dem liegt zugrunde, dass die Klägerin am 13. August 2011 einen Personaleinkauf über 33,36 EUR durchgeführt hat. Sie hat der sie abkassierenden Kollegin ihre EC-Karte gereicht, diese steckte sie in den Terminal. Der Terminal zeigte einen Betrag von 19,13 EUR an, zugleich wurde ein Händlerbeleg ohne Kundenbeleg ausgeworfen. Die Klägerin hat sodann per Taschenrechner den Differenzbetrag von 14,23 EUR errechnet und diesen mittels ihrer EC-Karte in einem neuen Vorgang eingezahlt. Eine spätere Nachprüfung, ob sie damit den Betrag insgesamt beglichen hatte, hat die Klägerin unterlassen. Am 22. August 2011 kam es zu einer Überprüfung der Kassenführung durch die Bezirksleiterin, die Unstimmigkeiten feststellte und die Klägerin hierauf befragte. Die Klägerin überprüfte sodann ihr Konto und stellte fest, dass nur 14,33 EUR abgebucht waren. Mit Schreiben vom 23. August 2011, welches von der Bezirksleiterin Frau Lenz unterschrieben war, sprach der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung aus. Die Klägerin hat diese Kündigung nach § 174 BGB zurückgewiesen.

Am 28. März 2011 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Arbeitgebers eröffnet, der jetzige Beklagte wurde als Insolvenzverwalter eingesetzt.

Die Klägerin hat vorgetragen, dass sie in der Annahme gewesen sei, die 19,13 EUR seien bereits abgebucht, so dass nur noch der Rest zu zahlen sei. Eine Pflichtwidrigkeit liege nicht vor. Demgegenüber hat der Arbeitgeber den Vorwurf erhoben, die Klägerin habe keinen Datenabgleich trotz der entstandenen Merkwürdigkeiten vorgenommen und sich zu Unrecht den Betrag zueigen gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die dort gewechselten Schriftsätze und den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht Brandenburg a. d. Havel hat mit Urteil vom 18. Januar 2012 die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen. Zunächst hat es darauf abgestellt, dass eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB nicht möglich gewesen sei, da die Bezirksleiterin entsprechend den Regelungen des Arbeitsvertrages zur Kündigung berechtigt gewesen sei und die Klägerin gewusst habe, dass Frau Lenz Bezirksleiterin beim Arbeitgeber war. Die außerordentliche Kündigung sei gerechtfertigt, die Klägerin habe bewusst einen Betrag von 19,13 EUR für ihren Personaleinkauf nicht gezahlt. Der Klägerin habe ihr Handeln jedenfalls bewusst gewesen sein müssen. Denn der Betrag von 19,13 EUR sei auf einem Händlerbeleg erschienen, nicht aber auf dem Kundenbeleg. Das sei der Klägerin erkennbar geworden; auf dem Händlerbeleg sei eine Kontonummer befindlich gewesen, die nicht diejenige der Klägerin gewesen sei. Der Klägerin habe auch klar sein müssen, dass kein Zahlungsvorgang ausgelöst werden sein konnte. Zumindest habe die Klägerin mithin unverzüglich prüfen müssen, ob die 19,13 EUR von ihrem Konto abgebucht worden seien oder nicht. Dies habe sie nicht getan. Die Klägerin habe zu Unrecht darauf vertraut, dass »alles in Ordnung« sei. Die Kündigung sei gerechtfertigt.

Gegen dieses am 23. April 2012 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, die sie mit einem beim Landesarbeitsgericht am 2. Mai 2012 eingegangenen Schriftsatz eingelegt und mit einem beim Landesarbeitsgericht nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 23. Juli 2012 am 17. Juli 2012 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Die Klägerin und Berufungsklägerin schildert in der Berufungsinstanz erneut den Sachverhalt, wie er sich aus ihrer Sicht darstellt. Unter rechtlichen Gesichtspunkten verweist sie darauf, dass die Zurückweisung gemäß § 174 BGB wirksam gewesen sei. Die Mitteilung im Arbeitsvertrag über die Kündigungsberechtigung der Bezirksleiterin reiche im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für sich genommen nicht aus. Die Kündigung sei aber jedenfalls auch ungerechtfertigt. Bei dem betreffenden Vorgang vom 13. August 2011 habe es sich so verhalten, dass sie die Waren aufs Band gelegt und sich dabei mit einer anderen Person

unterhalten habe. Sie habe der Kassiererin ihre Girokarte gegeben und darauf auch ihre PIN eingegeben. Danach sei sichtbargeworden, dass nur 19,13 EUR ausgewiesen gewesen seien. Sie habe Rücksprache mit der Kassiererin genommen, beide seien davon ausgegangen, dass eine Abbuchung vom Konto der Klägerin erfolgt gewesen sei. Zur Sicherheit habe man aber noch einmal 14,23 EUR auch von ihrem Konto abgebucht. Der Vorgang sei für sie und die Kassiererin beendet gewesen. Es handele sich um einen technischen Fehler im Giroterminal, der nicht in ihre Sphäre falle. Nach der Gesamtbetriebsvereinbarung könnten solche Fehler nicht zu arbeitsrechtlichen Schritten herangezogen werden. Soweit das Arbeitsgericht von einem anderen Ablauf ausgegangen sei, habe es Tatzeugen nicht gehört, die es hätte hören müssen. Vielmehr habe es sich den bestrittenen Vorgang der Beklagten zueigen gemacht. Kündigungsgründe lägen nicht vor; auch seien jedenfalls mildere Mittel, beispielsweise eine Abmahnung vorrangig gewesen. Die Klägerin stellt in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Abmahnungserfordernis bei verhaltensbedingten Kündigungen ab. In die Interessenabwägung seien schließlich ihr Alter, ihre Unterhaltspflichten und ihre Betriebszugehörigkeit mit einzubeziehen gewesen, die Interessenabwägung habe jedenfalls zu ihren Gunsten ausfallen müssen.

Die Klägerin und Berufungsklägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Brandenburg a. d. Havel vom 18. Januar 2012 - 3 Ca 873/11 - aufzuheben und

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die fristlose Kündigung des Beklagten vom 23. August 2011 mit sofortiger Wirkung aufgelöst ist und

2. dass es auch nicht durch eine hilfsweise ordentliche Kündigung fristgemäß aufgelöst worden ist.

Der Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte und Berufungsbeklagte tritt den Darstellungen der Klägerin entgegen. Er trägt vor, im Zusammenhang mit der Überprüfung durch die Bezirksleiterin Frau L sei die Verkäuferin Frau B., die die Klägerin am 13. August 2011 abkassiert hatte, befragt worden. Diese habe ausgesagt, dass von der Klägerin ein Einkauf im Wert von 33,36 EUR getätigt worden sei. Dieser Einkauf sei auch gescannt gewesen und habe eine Handyaufladung beinhaltet. Bevor die EG-Zahlung habe erfolgen sollen, habe die Handyaufladung gezogen werden sollen, dabei sei dann der Händlerbeleg

von der Vorkundin aus der Kasse mit 19,13 EUR gekommen. Die Klägerin sei sich nicht sicher gewesen, ob die EG-Karte schon im Terminal gewesen sei. Einen Abgleich habe sie mit den Daten ihrer EC-Karte und dem Ausdruck der Kasse nicht vorgenommen. Sie sei jedoch der Meinung gewesen, den Betrag von der Vorkundin in Höhe von 19,13 EUR von ihrem zu zahlenden Betrag in Höhe von 33,36 EUR abzuziehen, was sie auch getan habe, und dann lediglich bei ihr den Differenzbetrag in Höhe von 14,23 EUR zu bezahlen. Frau B. , habe die Klägerin darauf aufmerksam gemacht, dass die Daten von den Belegen unterschiedlich seien und dies nicht so stimmen könne, woraufhin die Klägerin erwidert habe, das sei schon in Ordnung, sie werde in der nächsten Woche die Kontoauszüge kontrollieren (Zeugnis E

). Die Bezirksleiterin Frau habe die Klägerin am 22.08.2011 um Erklärung gebeten, habe aber zunächst eine nicht nachvollziehbare Aussage erhalten. Daraufhin habe sie die Klägerin gebeten, einen Kontoauszug zu besorgen und diesen am nächsten Tag zu einem Gespräch mitzubringen. Am Folgetag habe die Klägerin einen Kontoauszug vorgelegt, der nur eine Buchung vom 18. August 2011 beinhaltet habe. Die Bezirksleiterin habe der Klägerin mitgeteilt, dass dies wohl kaum der Beleg vom 13. August 2011 sein könne. Die Klägerin habe dann versucht, den Vorfall zu erläutern. Sie habe mitgeteilt, dass sie einen Einkauf getätigt habe und diesen im Wert von 33,36 EUR mit der EC-Karte habe bezahlen wollen. Beim Einstecken der EC-Karte sei jedoch ein Betrag von 13,19 EUR aus der Kasse herausgekommen. Den Beleg habe sie an sich genommen, da sie der Meinung gewesen sei, dass es ihr Beleg gewesen sei und die 19,13 EUR bereits von ihrem Konto abgebucht worden seien. Anschließend hätte sie dann die Differenz ausgerechnet und den Rest mit der EC-Karte bezahlt. Die Klägerin sei sodann von der Bezirksleiterin darauf hingewiesen worden, dass sie sich im Bezug auf die Kassiereranweisung fehlerhaft verhalten habe. Daraufhin habe die Klägerin erklärt, dass sie ihre Karte doch in das Terminal hineingesteckt habe und der Beleg einfach herausgekommen sei, woraufhin Frau L sie gefragt habe, ob sie denn bereits die PIN-Nummer eingegeben habe, was die Klägerin jedoch nicht habe bestätigen können. Auf den Hinweis von Frau L , dass sie dann, wenn sie doch unsicher gewesen sei, ob dies alle seine Richtigkeit habe, nicht Tage später einen Kontoauszug von ihrer Bank sich besorgt hätte und somit hätte feststellen können, ob der Betrag von 19,13 EUR bereits abgebucht war. Hierauf habe die Klägerin lediglich erklärt, dass sie es vergessen habe. Frau L • habe dann der Klägerin mitgeteilt, dass sie gewusst habe, dass sie den Einkauf in Höhe von 33,36 EUR getätigt und nur 14,23 EUR bezahlt habe. Das Vertrauensverhältnis sei gestört und sie gedenke, das Arbeitsverhältnis

aufzulösen. Es sei davon auszugehen, dass der Klägerin bewusst gewesen sei, dass sie zum Schaden der Insolvenzschuldnerin einen Betrag von 19,13 EUR nicht gezahlt habe und der Insolvenzschuldnerin ein entsprechender Schaden entstanden sei. Erschwerend komme hinzu, dass sie auf den Hinweis von Frau B. geäußert habe, das sei schon in Ordnung und es dann auch unterlassen habe, die Kontoauszüge zu prüfen. Die Kündigung sei gerechtfertigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 17. Juli 2012 (Bl. 190 ff. d. A.) und vom 13. September 2012 (Bl. 236 ff. d. A.) und auf diejenigen des Beklagten und Berufungsbeklagten vom 23. August 2012 (Bl. 222 ff. d. A.) Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

1. Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 ArbGG, 511 ZPO statthafte Berufung ist form- und fristgerecht im Sinne von §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 und 2 ArbGG, 519 ZPO eingelegt und begründet worden.

Die Berufung ist daher zulässig.

2. Die Berufung hatte in der Sache Erfolg. Das Arbeitsverhältnis ist durch die streitgegenständliche Kündigung nicht aufgelöst worden; der Beklagten stand ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht zur Seite und die ordentliche Kündigung erwies sich als sozial ungerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG.

2.1 Allerdings war die Kündigung nicht deswegen unwirksam, weil sie erfolgreich im Sinne von § 174 BGB zurückgewiesen worden wäre. Die Zurückweisung der Klägerin, die zwar unverzüglich erfolgte, war durch § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen.

Es ist im Grundsatz davon auszugehen, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber

vornimmt, gemäß 174 Satz 1 BGB unwirksam sein kann, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Das Zurückweisungsrecht ist nach § 174 Satz 2 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber dem Erklärungsempfänger die Bevollmächtigung vorher mitgeteilt hat. Der Klägerin war bereits im Arbeitsvertrag mitgeteilt worden, dass die Bezirksleiterin zur Kündigung bevollmächtigt gewesen ist. Die Bezirksleiterin hatte das Kündigungsschreiben unterzeichnet.

Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 14. April 2011 (BAG vom 14.04.2011 - 6 AZR 727/09 - NZA 2011, 683) festgestellt, dass für ein Inkennnissetzen im Sinne des § 174 Satz 2 BGB die bloße Mitteilung im Arbeitsvertrag, dass der jeweilige Inhaber einer bestimmten Funktion kündigen dürfe, nicht ausreiche. Erforderlich sei vielmehr ein zusätzliches Handeln des Vollmachtgebers, aufgrund dessen es dem Empfänger der Kündigungserklärung möglich sei, der ihm genannten Funktion, mit der das Kündigungsrecht verbunden ist, die Person des jeweiligen Stelleninhabers zuzuordnen. Der Empfänger einer einseitigen Willenserklärung solle nicht nachforschen müssen, welche Stellung der Erklärende hat und ob damit das Recht zur Kündigung verbunden ist oder üblicherweise verbunden zu sein pflegt. Er solle vor der Ungewissheit geschützt werden, ob eine bestimmte Person bevollmächtigt ist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen (BAG vom 20.09.2006 - 6 AZR 82/06- NZA 2007, 377). Diese Unsicherheit war im Streitfall nicht gegeben. Die Klägerin wusste positiv, dass Frau Lenz Bezirksleiterin war; aus ihrem Arbeitsvertrag wusste die Klägerin, dass die Bezirksleiterin zur Kündigung befugt war. Die vom Bundesarbeitsgericht gezeichnete Situation, dass beim Erklärungsempfänger Zweifel darüber bestehen könnten, ob der Unterzeichnende wirklich kündigungsberechtigt war, lag im Streitfall nicht vor. Die Klägerin hatte keine Zweifel über Person und die Funktion der Frau Lenz und deren Bevollmächtigung, zu kündigen.

2.1.2 Die Kündigung erweist sich jedoch als unwirksam, weil dem Beklagten kein „wichtiger Grund“ gemäß § 626 Abs. 1 BGB zur Seite stand, der ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar gemacht hätte. Die Kündigung war auch nicht sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG.

2.1.3 Es ist im Grundsatz davon auszugehen, dass gemäß § 626 Abs. 1

BGB das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. zuletzt BAG vom 19.04.2012 - 2 AZR 258111 - BB 2012, 1152).

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalles unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG vom 09.06.2011 - 2 AZR 323/10 -NZA 2011, 1342; BAG vom 19.04.2012 - 2 AZR 258/11 - BB 2012, 1152; vgl. auch BAG vom 21.06.2012 - 2 AZR 153/11 -, NZA 2012, 1025 zu der Interessenabwägung bei der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung).

Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass



eine Hinnahe durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist.

Im Bezugspunkt von Pflichtwidrigkeiten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die auf eine Straftat gegen den Arbeitgeber hinauslaufen, hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts in jüngerer Zeit unterschiedliche Bewertungen vorgenommen. Während er in der sogenannten „Pfandbon-Entscheidung vom 10.06.2010 (BAG vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - NZA 2010, 1227) trotz einer auf einem Vermögensstraftat gerichteten Handlung der dortigen Klägerin eine Abmahnung als vörrangiges Mittel bezeichnet hatte, hat er in der sogenannten „Rabattcoupon-Entscheidung vom 16. Dezember 2010 (BAG vom 16.12.2010 - 2 AZR 485/08 - NZA 2011, 571) im Falle einer Straftat ebenfalls einer Verkäuferin beim Einlösen von arbeitgeberseitigen Rabattcoupons eine Abmahnung für entbehrlich gehalten. Die Vertragsverletzung sei für die Klägerin erkennbar gewesen, sie sei auch nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erforderlich gewesen. Auch in der „Arbeitszeitbetrugsentscheidung" vom 09. Juni 2011 (BAG vom 09.06.2011 - 2 AZR 381/10 - NZA 2011, 1027) hat er eine Abmahnung für entbehrlich gehalten, da eine Hinnahe des Fehlverhaltens durch die dortige Beklagte offensichtlich - auch für die Klägerin erkennbar - ausgeschlossen gewesen sei. In der „Zigaretenschachteln-Entscheidung" vom 21. Juni 2012 (BAG vom 21.06.2012 - 2 AZR 153/11 - NZA 2012, 1025 hat er die Würdigung des Landesarbeitsgerichts bestätigt, wonach eine Wiederherstellung des Vertrauens auch angesichts der unbeanstandeten Betriebszugehörigkeit der Klägerin von 18 Jahren und des geringen Wertes der entwendeten Gegenstände nicht zu erwarten gewesen sei.

2.2. Unter Beachtung und in Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht die streitgegenständliche Kündigung nicht für gerechtfertigt erachtet.

2.2.1 Bereits auf der Grundlage des Beklagtenvortrages hat sich für das Berufungsgericht eine das Vertrauensverhältnis endgültig zerstörende Pflichtwidrigkeit der Klägerin nicht erschlossen.

Allerdings ist der Beklagten zuzugestehen, dass sich die Klägerin objektiv einen Betrag von 19,13 EUR bzw. diesen repräsentierende Waren zu Lasten des Arbeitgebers zugeeignet hat. Denn sie hat im Ergebnis des Personaleinkaufs vom 13. August 2011 Waren im Werte von 33,36 EUR erhalten, für die sie jedoch nur 14,23 EUR gezahlt hat.

Allerdings ergibt auch der Beklagtenvortrag nicht zweifelsfrei, dass sich die Klägerin diesen Vermögensvorteil vorsätzlich „erschlichen“ hätte. Denn auch der Beklagte hat nicht exakt vortragen können, dass die Klägerin ihre EC-Karte noch nicht in den Terminal eingesteckt hätte. Er trägt auch nicht vor, dass die den Vorgang abkassierende Frau Budach sicher gewesen sei, dass die Klägerin ihre ECKarte noch nicht in den Terminal eingegeben hatte. Die Arbeitgeberseite trägt vor, dass Frau B. die Klägerin darauf aufmerksam gemacht habe, dass der Händlerbeleg nicht ihre Kontonummer trage. Das ist der Sache nach richtig, wie sich aus den vorgelegten Belegen ergibt. Damit steht aber noch nicht zugleich fest, dass die Klägerin nicht bereits ihre PIN eingegeben hätte; auch das Gegenteil steht nicht fest. Dies ergibt sich auch aus der Sachverhaltsdarstellung des Beklagten im Hinblick auf die Einlassungen der Klägerin bei der Anhörung durch Frau Lenz. Insgesamt hat sich aus der Darstellung der Beklagten und zur Überzeugung der Berufungskammer nicht ergeben, dass die Klägerin bewusst und gezielt ihre PIN nicht eingegeben und damit die Differenz „vorsätzlich herbeigeführt“ hätte. Hierbei mag möglicherweise - wie es sich in der mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 2012 ergeben hat - der Vorgang der Handy-Aufladung einen weiteren, Unklarheit bewirkenden Punkt beigetragen haben. Soweit Frau B. - nach dem Beklagtenvortrag - die Klägerin darauf aufmerksam gemacht hat, dass die Daten von den Belegen unterschiedlich seien und dass das nicht stimmen könne, ist auch dies nicht geeignet, ein vorsätzliches betrügerisches Handeln der Klägerin zu belegen.

Der Beklagten ist zuzugestehen, dass die Klägerin aufgrund dieses - zu ihren Gunsten gesprochenen - unklaren Vorganges verpflichtet gewesen wäre, ihre Konten später daraufhin zu überprüfen, ob der fragliche Betrag tatsächlich abgebucht worden war oder ob das nicht der Fall gewesen sei. Dieses hat die Klägerin unterlassen und damit zumindest in diesem Bereich eine - schwerwiegende - Pflichtverletzung gegenüber dem Arbeitgeber begangen.

Der so gegebene Ablauf hat es für den Beklagten aber nicht als unzumutbar erscheinen lassen, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

Dabei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass selbst dann, wenn man der Klägerin unterstellen würde, dass sie bei dem Auswurf des Händlerbeleges sofort ihre „Chance“ erkannt hätte, sich hier einen Betrag rechtswidrig zuzueignen, nicht von dem Merkmal der „Heimlichkeit“ ausgegangen werden könnte, das der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts in jüngster Zeit zu einem wesentlichen Kriterium der Beurteilung derartiger Pflichtwidrigkeiten gemacht hat. Gerade das vom 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommene Fehlen einer Heimlichkeit hat im Pfandbon-Fall (BAG vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - NZA 2010, 1227) mit dazu geführt, dass eine Abmahnung als ausreichend angesehen worden ist. Und das Merkmal der Heimlichkeit hat in den Folgeentscheidungen jeweils eine mitentscheidende Rolle dafür gespielt, ob die Kündigung sich als gerechtfertigt erwiesen hätte. Von einer solchen „Heimlichkeit“ wäre mithin im Streitfall selbst dann nicht auszugehen, wenn man der Klägerin eine Betrugsabsicht zumindest „im Verlaufe“ des gesamten Kassenvorganges unterstellen würde. Denn auch in diesem Falle wäre zu berücksichtigen, dass die Klägerin bei der Durchführung des Personaleinkaufes erkennbar nicht auf eine solche betrügerische Handlung „hingesteuert“ hätte. Die Klägerin konnte nicht wissen, dass während des Bezahlvorganges ein Händlerbeleg auftauchte. Wenn man nicht unterstellte - und dies tut selbst der Beklagte nicht - dass die Klägerin und Frau kollusiv zusammengearbeitet hätten, konnte dies für die Klägerin nicht vorhersehbar sein. Würde man dann eine Betrugsabsicht der Klägerin allerdings im Verlauf des Bezahlvorganges unterstellen, so würde dies nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht eine „Pflichtwidrigkeitsenergie“ beinhalten, die das Vertrauensverhältnis für alle Zeiten zerstören müsste.

Hier wäre mithin eine Abmahnung ausreichend gewesen, Vertragsverstöße für die Zukünfte auszuschließen. Auch wäre daran zu denken gewesen, die Klägerin vom Personaleinkauf auszuschließen, um solche Vorgänge zukünftig auszuschalten.

Auch der Umstand, dass die Klägerin pflichtwidrigerweise anschließend nicht ihre Konten überprüft hat, vermochte die Kündigung nicht zu rechtfertigen. Nach Auffassung der Berufungskammer handelt es sich dabei allerdings um eine -schwerwiegende - Pflichtverletzung, weil die Klägerin auch bei Unterstellung von „Unklarheiten“ über den Bezahlvorgang im Hinblick auf die ihr gegenüber dem Arbeitgeber obliegende Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) jedenfalls verpflichtet gewesen wäre, zur Aufklärung dieser von ihr angenommenen „Unklarheiten“ beizutragen. Aber auch die Verletzung dieser Pflicht war nicht dergestalt, dass nicht auch durch eine Abmahnung die Abwesenheit von Pflichtwidrigkeiten in Zukunft hätte ausgeschaltet werden können.

2.3 Aus den genannten Gründen erwies sich auch die ordentliche Kündigung als sozial ungerechtfertigt. Zürn einen gilt auch hier, dass die Pflichtwidrigkeit der Klägerin von dem Beklagtenvortrag nicht hinreichend substantiiert dargelegt ist. Zum anderen wäre auch hier zu berücksichtigen, dass das Vertrauensverhältnis nicht derart zerrüttet gewesen wäre, dass eine Wiederherstellung durch mildere Mittel nicht zu erwarten gewesen wäre.

3. Nach alledem war das Urteil des Arbeitsgerichts Brandenburg zu ändern und nach dem hiesigen Tenor zu entscheiden. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91, 92, 97 ZPO; dabei war die Berufungsrücknahme miteinzubeziehen.

4. Die Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG kam nicht in Betracht, da die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Der Beklagte wird auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 72 a ArbGG hingewiesen.

Dr. Binkert

P. Jacobs

E. Gustke

