

Gericht:	Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein 2. Kammer	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	10.11.2015	Zitiervorschlag:	Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 10. November 2015 – 2 Sa 235/15 –, juris
Aktenzeichen:	2 Sa 235/15		
Dokumenttyp:	Urteil		

Außerordentliche fristlose Kündigung wegen sexueller Belästigung

Leitsatz

Spricht ein Arbeitgeber innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB eine fristlose Kündigung aus, kann er im Rechtsstreit Gründe, die bei Ausspruch der Kündigung bereits vorlagen, nachschieben. Das kann auch dann in Betracht kommen, wenn der Vorfall - hier eine sexuelle Belästigung - schon fast ein Jahr zurücklag und die Mitarbeiterin ihrer Vorgesetzten mit der Bitte um Vertraulichkeit, davon berichtet hat.

Orientierungssatz

(Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter dem Aktenzeichen 2 AZN 1164/15)

weitere Fundstellen

BB 2016, 564 (Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Elmshorn, 11. Juni 2015, Az: 3 Ca 120 a/15, Urteil
nachgehend BAG, 1. März 2016, Az: 2 AZN 1164/15, Beschluss: Verwerfung (nicht dokumentiert)

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 11.06.2015 – 3 Ca 120 a/15 – abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung.
- 2 Der Kläger ist am ...1961 geboren. Bei der Beklagten ist er seit dem 01.03.1993 als Schlachtermeister beschäftigt. Zuletzt betrug seine Vergütung € 3.100,00 brutto im Monat. Der Kläger arbeitet in dem Lebensmittelmarkt der Beklagten, die mit ca. 150 Mitarbeitern insgesamt 3 Märkte in H., R. und P. betreibt, als Abteilungsleiter.
- 3 Der Kläger hat am 19.01.2015 eine Scheibe Bauchfleisch oder durchwachsenen Speck mit einer Länge von 20 bis 30 cm und einem Wert von etwa 0,80 EUR gebraten und zum Teil aufgeses-

sen. Die Beklagte kündigte nach Anhörung des Klägers am 20.01.2015 mit Schreiben vom selben Tag fristlos. Mit seiner Klage vom 26.01.2015 hat der Kläger die Kündigung angegriffen.

- 4 Der Kläger hat vorgetragen, er habe den Speck aufgrund der Beschwerde einer Kundin probiert, um zu prüfen, ob dieser zu salzig sei. Im Übrigen sei es durchaus üblich, Proben zu nehmen, dieses gehöre auch zu seinen Aufgaben als Schlachtermeister.
- 5 Die Beklagte hat vorgetragen, Kundenbeschwerden wie vom Kläger behauptet, habe es nicht gegeben. Vielmehr habe der Kläger bei früheren Proben gegenüber seinem Mitarbeiter geäußert, dass man Kundenbeschwerden vortäuschen wolle. Auch habe er beim Anbraten des Fleisches eine Mitarbeiterin angewiesen, dass sie nichts gesehen habe.
- 6 Ergänzend hat sie sich zur Begründung der Kündigung auf eine - strittige - sexuelle Belästigung einer Mitarbeiterin im Frühjahr 2014 berufen und behauptet, sie habe davon erst nach Ausspruch der Kündigung Kenntnis erlangt.
- 7 Der Kläger hat den Vorwurf der sexuellen Belästigung abgestritten.
- 8 Das Arbeitsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 11.06.2015, auf das hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens sowie der Gründe verwiesen wird, festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 20.01.2015 nicht beendet wurde, sondern ungekündigt fortbesteht. Gegen dieses am 01.07.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 29.07.2015 Berufung eingelegt und diese am 01.09.2015 begründet.
- 9 Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt sie vor, das Arbeitsgericht habe nicht zwischen Bauchfleisch und durchwachsenem Speck unterschieden. Der Kläger habe eine Kundenbeschwerde wegen zu salzigen Specks behauptet, jedoch eine Scheibe Bauchfleisch gebraten. Dieses werde nicht gesalzen. Auch habe es nicht berücksichtigt, dass der Kläger eine Mitarbeiterin angewiesen habe, sie habe nichts gesehen, d.h. dass er habe heimlich vorgehen wollen. Auch habe es nicht berücksichtigt, dass der Kläger gegenüber dem unterstellten Mitarbeiter K. erklärt habe, wenn das Braten entdeckt werde, müsse man erklären, man habe Proben genommen. Schließlich habe der Kläger eine Reklamation nicht vorgenommen. Das Braten und Verzehren von Fleisch sei im Betrieb der Beklagten verboten. Der Kläger habe eine Vertrauensstellung innegehabt, die er missbraucht habe.
- 10 Auch sei dem Beweisantritt zur sexuellen Belästigung nachzugehen.
- 11 Die Beklagte beantragt,
 - 12 das Urteil des Arbeitsgerichtes Elmshorn vom 11.06.2015, zugestellt am 01.07.2015, Aktenzeichen 3 Ca 120 a/15, abzuändern und die Klage abzuweisen.
- 13 Der Kläger beantragt,
 - 14 die Berufung zurückzuweisen.
- 15 Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, zu seinen Aufgaben habe es gehört, Proben zu nehmen. In jedem Fall rechtfertige eine Verkostung nicht den Ausspruch einer fristlosen Kündigung. Das Arbeitsverhältnis habe mehr als 20 Jahre beanstandungsfrei bestanden. Dies sei in eine Abwägung einzubringen. Die angebliche sexuelle Belästigung habe nicht stattgefunden. Zudem liege der behauptete Vorfall lange zurück.
- 16 In der Berufungsverhandlung vom 10.11.2015 ist Beweis erhoben worden über die Behauptungen der Beklagten zu der behaupteten sexuellen Belästigung sowie dem Verzehr von Fleisch durch Vernehmung der Zeugen B., R., K., P. und St.. Hinsichtlich der Einzelheiten der Bekundungen der Zeugen wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift Bezug genommen. Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, verwiesen.

Entscheidungsgründe

- 17 Die Berufung ist der Beschwer nach statthaft, § 64 Abs. 2 ArbGG, fristgemäß eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 ArbGG.
- 18 Sie ist auch in der Sache begründet. Es liegen so schwerwiegende Gründe vor, dass es der Beklagten nicht zumutbar war, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen.
- 19 Gem. § 1 Abs. 1 KSchG kann ein Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber gekündigt werden, wenn Gründe in dem Verhalten des Arbeitnehmers vorliegen, die einer Weiterbeschäftigung in dem Betrieb entgegenstehen. Eine fristlose Kündigung kann gemäß § 626 Abs. 1 BGB erfolgen, wenn so schwerwiegende Gründe vorliegen, dass es dem Kündigungsberechtigten unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien nicht zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ende der Kündigungsfrist fortzusetzen. Die außerordentliche Kündigung kann nur innerhalb einer Frist von 2 Wochen nach Erlangung der Kenntnis der Kündigungsgründe ausgesprochen werden, § 626 Abs. 2 BGB. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur dann in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG vom 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 - juris). Voraussetzung ist, dass es dem Arbeitgeber auch nicht zumutbar ist, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen.
- 20 Die von der Beklagten zur Stützung der Kündigung vorgetragene Gründe, nämlich die unberechtigte Entnahme von Verkaufsware und deren Verzehr sowie die sexuelle Belästigung einer Mitarbeiterin, sind an sich geeignet, eine Kündigung zu stützen. Wie die Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer ergeben hat, liegen beide Gründe vor. Die außerordentliche fristlose Kündigung ist auch berechtigt.
- 21 **1.** Wegen des Verzehrs von Ware ist jedenfalls eine fristgerechte Kündigung berechtigt. Ob auch eine fristlose Kündigung wegen dieses Vorwurfs alleine in Betracht kommt, kann dahin gestellt bleiben, weil jedenfalls der zweite Grund der sexuellen Belästigung die fristlose Kündigung auch alleine trägt.
- 22 Dem Arbeitsgericht ist zuzustimmen, dass es im Allgemeinen zu den Aufgaben eines Fleischermeisters gehört, auch Proben zu entnehmen. Es kann aber nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass in jedem Fall, wenn ein Verzehr von Ware erfolgt, dies auch zum Zweck der Probenentnahme geschieht. Verzehrt ein Arbeitnehmer Lebensmittel, die zum Verkauf bestimmt sind, ohne dass er eine zulässige Probe nimmt, stellt dies eine Verletzung des Eigentums oder Vermögens des Arbeitgebers dar. Grundsätzlich sind Eigentums- oder Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu stützen. Dies gilt auch dann, wenn es sich nur um geringwertige Gegenstände handelt (BAG vom 06.07.2000 - 2 AZR 454/99 - juris). Es ist nicht einmal erforderlich, dass dem Arbeitgeber ein Schaden entstanden ist (BAG vom 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - MDR 2011, 236).
- 23 Der durch die Vernehmung der Zeugen B., R. und K. festgestellte Sachverhalt stellt ein Vermögensdelikt dar. Der Kläger hat am 20.01.2015 ein Stück Fleisch verzehrt, und zwar nicht das von ihm behauptete versalzene Stück Speck als Probe, sondern ein Stück Bauchfleisch, das nicht gesalzen wird und daher auch nicht dahingehend geprüft werden muss, ob es versalzen ist.
- 24 Die Vernehmung der Zeugen B., R. und K. hat zur Überzeugung der Kammer ergeben, dass der Kläger am 20.01.2015 ein Stück Bauchfleisch abgebraten und verzehrt hat. Der Zeuge B. hat zwar zunächst Schwierigkeiten gehabt, zu erklären, wieso er der Auffassung war, der Kläger habe Bauchfleisch statt des vom Kläger zugestandenen Specks verzehrt. Jedoch hat er schließlich deutlich gemacht, dass die Art des Fleisches unter anderem daran zu erkennen ist, wie es sich beim Schneiden verhält, nämlich dass das Bauchfleisch zieht, während der Speck fest ist. Der Zeuge B., der das Verhalten des Klägers weiter gemeldet hat, war trotz seiner Unsicherheit glaubwürdig. Deutlich wurde, dass er nicht redegewandt ist und Zeit benötigte, seine Gedanken auszudrücken. Insgesamt bestand aber der Eindruck, dass der Zeuge sich deutlich anstrenge, eine wahrheitsgemäße und sorgfältige Aussage zu machen.
- 25 Aus der Aussage der Zeugin R. ergibt sich, dass die Ware, die der Kläger aus dem Ofen genommen und in seine Schale getan hat, Bauchfleisch gewesen sein muss. Dies wird insbesondere

daran deutlich, dass nach ihrer Bekundung das Stück Fleisch von dem Gerät herabhing, was auf Bauchfleisch hindeutet, während gebratener Speck in seiner Konsistenz fester ist.

- 26 Dass der Zeuge B. die vom Kläger verzehrte Ware in Stücke geschnitten gesehen hat, während die Zeugin R. lediglich wahrgenommen hat, dass der Kläger das Stück Fleisch aus dem Ofen genommen und damit den Vorbereitungsraum verlassen hat, stellt nicht einen Widerspruch dar. Beide Aussagen betreffen unterschiedliche Teile des Vorgangs des Bratens und Verzehens.
- 27 Hiernach ist zumindest der dringende Verdacht begründet, dass der Kläger unrechtmäßig Ware verzehrt hat.
- 28 Aus der Aussage der Zeugin Zeugen R. und K. ergibt sich weiter, dass dies bereits in der Vergangenheit wiederholt geschehen ist. Es spricht alles dafür, dass es sich auch damals nicht um Probenentnahmen handelte, da die Proben nur mit Genehmigung des persönlich haftenden Gesellschafters der Beklagten oder der Marktleiterin genommen werden durften. Auch kann ausgeschlossen werden, dass der Kläger die Ware zuvor gekauft und bezahlt hatte, weil dann die Ware durch einen anderen Mitarbeiter der Beklagten hätte abgewogen werden müssen. Hinzu kommt, dass insbesondere nach der Aussage des Zeugen K. der Kläger sich bemüht hat, das Verhalten zu verschleiern, indem er geäußert hat, wenn jemand komme, werde man sagen, es handele sich eine Verkostung. Diese Äußerung spricht dafür, dass es sich um eine Ausrede handeln sollte.
- 29 Letztlich kommt es für die Beurteilung des Vorfalls vom 20.01.2015 nicht auf diese Vorgeschichte an, da der Kläger angesichts der in der Beweisaufnahme herausgearbeiteten deutlichen Anweisungslage - Genehmigung von Proben, Abwiegen gekaufter Ware durch andere Mitarbeiter - jedenfalls am 20.01.2015 wusste, dass er gegen Weisungen verstieß. Dass der Kläger sich darüber im Klaren war, dass er mit dem Braten und Verzehren des Bauchfleischs zumindest gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstieß, wird dadurch deutlich, dass er gegenüber der Zeugin R. geäußert hat "Du hast nichts gesehen". Eine derartige Äußerung wäre nicht notwendig gewesen, wenn es sich um eine zulässige Probennahme gehandelt hätte.
- 30 Die verzehrte Ware hat zwar lediglich einen Wert von etwa 0,80 EUR. Diese Tatsache bedeutet aber nicht, dass die Beklagte gehalten wäre, dieses Verhalten hinzunehmen. Maßgeblich für die Gewichtung eines Vertragsverstoßes ist nicht die Höhe des hierdurch entstehenden Schadens, sondern der Umfang der Pflichtverletzung. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Kläger als Fleischermeister Vorgesetzter mehrerer Mitarbeiter war, die er, zumindest was den Zeugen K. betrifft, sogar in sein Verhalten einbezogen hat. Damit ist er seiner Vorgesetztenfunktion nicht gerecht geworden.
- 31 Dieser Sachverhalt ist zumindest geeignet, den Ausspruch einer fristgerechten Kündigung zu rechtfertigen. Da, wie die Zeugen R. und K. bekundet haben, es bereits ähnliche Fälle in dem Betrieb gegeben hat, die zum Ausspruch von Kündigungen geführt hatten, musste dem Kläger bewusst sein, dass sein Verhalten von der Beklagten nicht hingenommen werden würde.
- 32 Eine Abwägung der wechselseitigen Interessen beider Parteien, einerseits dem Interesse des Klägers am Erhalt des Arbeitsplatzes, andererseits dem Interesse der Beklagten an einer vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem zuständigen Fleischermeister, ergibt, dass es der Beklagte jedenfalls nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.
- 33 Ob darüber hinaus aus diesem Grund auch eine außerordentliche fristlose Kündigung berechtigt ist, kann dahingestellt bleiben, da jedenfalls der zweite Vorwurf die fristlose Kündigung stützt.
- 34 **2.** Die fristlose Kündigung wird durch den Grund der sexuellen Belästigung einer Mitarbeiterin gestützt.
- 35 Dieser Sachverhalt dürfte durch die Beklagte zulässigerweise zur Begründung der außerordentlichen Kündigung nachgeschoben werden. Es handelte sich um einen Sachverhalt, der der Beklagten bei Ausspruch der Kündigung noch nicht bekannt war. Da die außerordentliche Kündigung bereits ausgesprochen war, war es nicht notwendig, dass die Beklagte die weiteren Gründe innerhalb einer Frist von 2 Wochen nach Kenntniserlangung nachschob. Auch war eine erneute Anhörung des Klägers zu dem Sachverhalt nicht erforderlich. Seine Rechte werden da-

durch gewahrt, dass er sich im Rechtsstreit dazu äußern kann (BAG Urteil vom 23.05.2013 - 2 AZR 102/12 - DB 2013,2805 = NZA 2013,1416).

- 36 Die Vernehmung der Zeugin St. hat zur Überzeugung der Kammer ergeben, dass der Kläger im Frühjahr 2014 die Zeugin sexuell belästigt hat. Die Zeugin, die für die Kammer ersichtlich noch immer durch das Geschehen beeinträchtigt war, hat das Geschehen lebendig und überzeugend geschildert. Insbesondere hat sie erklärt, wie der Ablauf war, nämlich dass der Kläger in den Raum gekommen sei, die Tür geschlossen habe, sie umarmt und an die Wand gedrängt und dann mit seinen Armen ihren Rücken hinab gestrichen sei bis zu ihrem Po. Ein derartiges Verhalten geht weit über das hinaus, was unter Kollegen üblich sein mag. Das gilt insbesondere für das hinab streichen am Rücken. Die Zeugin hat auch, insbesondere körpersprachlich durch ihr Erstarren im Moment der Schilderung, zu erkennen gegeben, dass sie vor Schreck wie erstarrt war und nicht wusste, wie sie mit dieser Situation umgehen sollte.
- 37 Der Bewertung als sexuelle Belästigung steht nicht entgegen, dass die Zeugin den Sachverhalt nicht dem persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten mitgeteilt hat. Die Zeugin hat glaubhaft erklärt, dass sie sich zunächst selbst Vorwürfe gemacht habe, ob sie dem Kläger zu sehr entgegengekommen sei und andererseits Sorge gehabt habe, man werde ihr vorhalten, sie sei selbst schuld, d.h. habe den Vorfall selbst provoziert. Sie hat den Vorfall nicht einmal ihrem Ehemann geschildert, der erst durch die Ladung des Gerichts davon erfahren hat. Dass die Zeugin in dieser Sorge den Sachverhalt lediglich der Marktleiterin geschildert hat, ist nachvollziehbar.
- 38 Das Geschehen ist auch zur Stützung der fristlosen Kündigung heranzuziehen, obwohl es im Kündigungszeitpunkt schon fast ein Jahr zurücklag. Die Beklagte musste sich das Wissen der Zeugin P. nicht zurechnen lassen. Diese wäre als Marktleiterin zwar gehalten gewesen, die Beklagte zu unterrichten. Da die Zeugin St. jedoch ausdrücklich darum gebeten hatte, den Sachverhalt nicht weiter zu berichten, kann der Beklagten das Wissen der Marktleiterin im konkreten Fall nicht zugerechnet werden.
- 39 Eine Abwägung der wechselseitigen Interessen der Parteien, einerseits dem Interesse des Klägers am Erhalt seines Arbeitsplatzes, andererseits dem Interesse der Beklagten, ihre Arbeitnehmer vor Belästigungen zu schützen, ergibt, dass es der Beklagten nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Dass es der Zeugin St. möglich war, dennoch neben dem Kläger weiterzuarbeiten, bedeutet nicht, dass die Beklagte gehalten ist, ebenso zu verfahren. Sexuelle Belästigungen im Betrieb sind in keinem Fall hinzunehmen.
- 40 Das angefochtene Urteil ist daher abzuändern und die Klage abzuweisen.
- 41 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.
- 42 Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich. Es handelt sich um eine reine Einzelfallentscheidung.