

Beglaubigte Abschrift

11 Sa 809/21
5 Ca 1360/21
(ArbG Augsburg)

Verkündet am: 11.05.2022

Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

← Mdt. Z. K. Rücksprache	Wiedervorlage →	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Augsburg		
09. Juni 2022		
Erliegt	Fristen + Termine	Bearbeitet
	<i>M</i>	<i>SP</i>

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

DGB Rechtsschutz GmbH Büro Augsburg
Schaezlerstraße 13 1/2, 86150 Augsburg

gegen

Firma

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11.05.2022 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... und die ehrenamtlichen Richter ... und ...

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichtes Augsburg, Az.: 5 Ca 1360/21, vom 18.11.2021 wie folgt abgeändert:**

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 05.07.2021 nicht beendet worden ist.

- 2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**
- 3. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung.

Der am 15.09.1978 geborene Kläger ist seit 01.04.2018 als Senior Shipping Manager – später bezeichnet als Senior Sachbearbeiter – bei der Beklagten beschäftigt. Die Bruttomonatsvergütung beträgt 4.366,30 Euro. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.

Mit Schreiben vom 05.07.2021, dem Kläger am folgenden Tag zugegangen, erklärte die Beklagte die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.8.2021.

- 3 -

Mit E-Mail vom 18.8.2020 um 17:22 Uhr informierte eine von der Beklagten beauftragte Spedition den Kläger im Rahmen einer Lieferung von zwei Motoren und drei Zubehörtransporten wie folgt [Bl. 21 d.A.]:

„die Motoren und die 3 Zubehörtransporte sind in P. im Hafen.
Reklamiert werden aktuell im Hafen P. die Gewichte wie angegeben für die beiden Sendungen ab D.

Wir können nun versuchen die Situation auf dem kleinen Dienstweg zu klären, dazu bräuchten wir aber Ihre Kostenbestätigung in Höhe von € 1500,00 / Transport. Wir können dann zwar auch keine 100% gewähr geben aber die Chancen ständen gut, dass wir dann zeitnah aus dem Hafen kommen.

Alternativ müssen wir eine explizite Kontrolle durchlaufen, was ein paar Tage dauern könnte. Dann würde aber Wartekosten für alle Fahrzeuge anfallen.

[...]

Bitte geben Sie uns kurzfristig auf, wie Sie hier weiter verfahren möchten, danke“

Am selben Tag um 17:33 Uhr sagte der Kläger der Spedition per E-Mail die Zahlung von insgesamt 3.000 Euro zu und informierte gleichzeitig seine Kollegin Frau R. über den Vorgang über MS-Teams-Chat [Bl. 22 d.A.]:

„1500 € pro LKW aus D. sind fällig, wenn wir keine tagelange Kontrolle wollen.

Das sind Zigeuner im Hafen...

Aber so bekommen wir das zeitgleich wieder auf den Weg.

Mist.

Hören uns morgen wieder.“

Die Kollegin des Klägers, Frau R., antwortete um 17:42 Uhr:

„Bitte waaaaas

Das ist Bestechung?!“

Am 19.8.2020 um 10:29 Uhr informierte der Kläger seinen Vorgesetzten, Herrn P., per E-Mail wie folgt [Bl. 23 d.A.]:

„Hierzu müssen wir uns nochmal zusammen abstimmen.

Siehe unten.

Das sieht für mich nach Bestechung bzw. einem Compliance-Verstoss aus.

Ich habe B. die Kosten bestätigt, um überhaupt die Ware aus dem Hafen zu bekommen.

Was dann auch geklappt hat.

Allerdings eben nur mit einer Zahlung von 3000 €.“

Wenige Tage später ging eine Rechnung der Spedition vom 24.8.2020 ohne Leistungsnachweis, jedoch mit der Begründung „Mehrkosten aufgrund Gewichtsabweichung bei Ankunft im Hafen P./TR gemäß E-Mail Bestätigung Herr B. vom 18.08.2020, 17:33 Uhr“ ein. Am 25.8.2020 um 14:40 Uhr leitete der Kläger die Rechnung als „sachlich geprüft“ an seinen Vorgesetzten, Herrn P., zur Freigabe weiter. Herr P. erteilte daraufhin die entsprechende Zahlungsfreigabe.

Am 7.9.2020 wurde die Compliance-Abteilung der Beklagten von einem Whistleblower über eine mögliche unrechtmäßige Beschleunigungszahlung informiert. Die Beklagte übermittelte den Hinweis an ihre Konzernmutter, daraufhin wurde der Sachverhalt ermittelt. Insoweit wird auf Bl. 18, 91f d.A. verwiesen.

In einer am 25.3.2021 durchgeführten Anhörung (sog. Betroffeneninterview) hat der Kläger den Sachverhalt nicht bestritten. Im Rahmen der Ermittlungen hat die Beklagte durch den

Kläger bei der Spedition noch einmal nachgefragt und einen Leistungsnachweis für die getätigte Zahlung gefordert. Die Spedition antwortete darauf mit E-Mail vom 25.3.2021 [Bl. 94 d.A.]:

„wie bekannt wurde die Situation vor Ort damals auf dem „kleinen Dienstweg“ geregelt, d.h. die Kollegen haben das Problem unbürokratisch gelöst um einer expliziten Kontrolle zu umgehen. Einen Beleg haben wir nicht erhalten und können somit keinen zur Verfügung stellen.“

Bei der Beklagten gibt es eine „Zuwendungsrichtlinie zur Vermeidung von Interessenskonflikten und Korruption“ (Organisationsrichtlinie 39) und einen Code of Conduct. Danach ist definiert, dass Mitarbeiter der Beklagten sich oder andere niemals bestechen oder bestechen lassen, sei es direkt oder indirekt. Darüber hinaus gibt es bei der Beklagten auch ein Merkblatt „Umgang mit Forderungen nach illegalen Beschleunigungszahlungen (Facilitation Payments)“, welches für alle Mitarbeiter unter der firmeninternen Compliance-Seite verfügbar ist [vgl. Bl. 18, 27ff d.A.]. Der Kläger hat am 12.2.2019 an einem sog. Compliance Awareness Training (CAT) Workshop teilgenommen und zu einem nicht näher genannten Zeitpunkt ein E-Learning Seminar zum Code of Conduct absolviert, dessen erfolgreiche Teilnahme die Beklagte mit Zertifikat vom 19.12.2019 bestätigte.

Am 25.6.2021 übergab die Mitarbeiterin der Beklagten Frau F. die Betriebsratsanhörung vom gleichen Datum persönlich an den Vorsitzenden und den stellvertretenden Vorsitzenden des Betriebsrats. Auf Seite 3 der Anhörung heißt es „Auf die im Rahmen des Untersuchungsprozesses geführten Gespräche mit dem Betriebsrat zum Sachverhalt wird ergänzend hingewiesen.“ [Bl. 60 d.A.]. Zum übrigen Inhalt der Anhörung wird auf Bl. 58 ff d.A. verwiesen. Der Betriebsrat hat der Kündigung nicht widersprochen. Der Kläger wurde im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses ab 01.09.2020 bei der Beklagten weiterbeschäftigt.

Der Kläger war erstinstanzlich der Rechtsauffassung, ein Bestechungsdelikt oder Compliance-Verstoß sei durch die Beklagte nicht belegt. Die Ausführungen der Beklagten würden lediglich auf Mutmaßungen fußen, obgleich es der Beklagten möglich gewesen wäre, den Sachverhalt insbesondere mit der Spedition aufzuklären. Darüber erscheine eine Kündigung nach so einem langen Zeitraum nach dem vermeintlichen Kündigungssachverhalt als

treuwidrig. Eine Schädigung der Beklagten liege nicht vor. Der Kläger habe bei seiner Entscheidung davon ausgehen können, dass er zugunsten der Beklagten handelt. Sollte ein Bestechungsfall vorliegen, so sei hierfür nicht der Kläger verantwortlich, sondern die Spedition, die gegebenenfalls getäuscht habe.

Die Betriebsratsanhörung sei rechtsfehlerhaft, weil ein Bestechungsfall nicht erwiesen und der Sachverhalt nicht substantiiert mitgeteilt, sondern lediglich pauschal dargestellt worden sei [Bl. 78 d.A.].

Der Kläger beantragte erstinstanzlich:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 05.07.2021 nicht beendet wird.
2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Senior Shipping Manager weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte war erstinstanzlich der Auffassung, dass die Kündigung das Arbeitsfeld des wirksam beendet habe. Der Kläger habe eine illegale Beschleunigung Zahlung freigegeben und die entsprechende Rechnung auch als sachlich richtig weitergeleitet. Damit habe er seine arbeitsvertraglichen Pflichten, wie in den jeweiligen Richtlinien festgelegt verletzt. Eine Abmahnung sei nicht erforderlich. Insbesondere habe der Kläger auch die Beklagte einer erheblichen Gefahr bezüglich einer Rufschädigung bzw. hinsichtlich steuerlicher Verfehlungen ausgesetzt.

Das Arbeitsgericht Augsburg hat mit dem angefochtenen Endurteil vom 18.11.2021 die Klage abgewiesen. Es hat dies damit begründet, dass die Kündigung vom 05.07.2021 wirksam sei, da sie als verhaltensbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sei. Die Kammer war dabei davon überzeugt, dass es sich bei der am 18.08.2020 freigegebenen Zahlung von 3000 €, an der der Kläger durch Freigabe bzw. Prüfung der Rechnung als „sachlich richtig“ beteiligt gewesen sei, um eine illegale Beschleunigungszahlung gehandelt habe. Denn hierdurch sollten langwierige Kontrollen im Hafen von P. verhindert werden ohne legalen Hintergrund. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Inhalt der vorgelegten E-Mails, vor allem aus der E-Mail vom 18.08.2020 um 17:22 Uhr und der dort verwendeten Formulierung „auf dem kleinen Dienstweg“. Zudem habe auch der Ersteller der E-Mail die zusätzlichen Informationen gegeben, dass keine 100 % Gewähr gegeben werden könne, dass der Hafen zeitnah verlassen werden könne. Auch aus der E-Mail vom selben Tag des Klägers um 17:33 Uhr an seine Kollegin R., mit der Äußerung „das sind Zigeuner im Hafen“ sei ein Verständnis des Klägers in diesem Sinne zu entnehmen. Auch die E-Mail der Spedition vom 25.03.2021, in der die Spedition den „kleinen Dienstweg“ in Anführungszeichen gesetzt habe und der Erklärung, dass für unbürokratische Lösungen keine Belege vorliegen, schließe Zweifel aus. Jedoch seien bereits die Vorfälle aus dem August 2020 ausreichend. Diese Beteiligung des Klägers an der illegalen Beschleunigungszahlung stelle eine erhebliche und schuldhafte Pflichtverletzung dar, aufgrund der eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten sei. An sich sei die Bestechung Dritter sogar ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung. Der Kläger habe weisungswidrig gegen das in der Organisationsrichtlinie 39 und dem im Code of Conduct geregelten Korruptionsverbot verstoßen. Auch durch die Kostenfreigabe und die Prüfung der Rechnung als „sachlich gerechtfertigt“ habe er eigene Dispositionen über Betriebsmittel anstelle der Vorgaben der Beklagten gesetzt. Eine Abmahnung sei entbehrlich, da die Pflichtverletzung des Klägers so schwerwiegend sei, dass selbst deren erstmalige Hinnahe durch die Beklagte nach objektiven Maßstäben unzumutbar und ausgeschlossen sei. Korruptionshandlungen von Mitarbeitern könnten zu schweren Schäden beim Arbeitgeber führen. Aufgrund des dem Kläger bekannten Code of Conduct habe der Kläger auch nicht von einer Hinnahe durch die Beklagte ausgehen dürfen. Die Weiterbeschäftigung des Klägers über die Kündigungsfrist hinaus sei in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar. Der Kläger sei nicht sonderlich alt

und auch noch nicht wesentlich lange beschäftigt. Zwar sei zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass er den Vorgesetzten über den Vorfall informiert hatte, jedoch seien die Verhaltenspflichten aus dem Code of Conduct an alle Mitarbeiter gerichtet und würde die Delegation der Verantwortung nach oben nicht dazu führen, dass dem Kläger kein Vorwurf mehr gemacht werden könne. Auch habe der Kläger trotz Information des Vorgesetzten die Rechnung als sachlich richtig geprüft an diesen weitergeleitet. Es läge daher nicht nur ein Augenblicksversagen vor. Die Interessen der Beklagten würden insoweit vorgehen, als die Pflichtverletzung zu einem erheblichen Vertrauensverlust und auch drohenden Schaden, vor allem Rufschaden oder empfindliche Geldbußen für die Beklagte hätte führen können. Auch die Weiterbeschäftigung im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses indiziere nicht, dass der Beklagten eine Weiterbeschäftigung unbefristet über die Kündigungsfrist hinaus zumutbar sei. Die Kündigung sei auch nicht treuwidrig, obwohl sie erst rund zehn Monate nach dem Bekanntwerden der Vorwürfe ausgesprochen wurde. Der Zeitablauf alleine genüge nicht um etwa die Verwirkung auszulösen. Weitere Umstände, die hinzutreten müssten lägen nicht vor. Auch die Anhörung des Betriebsrates sei wirksam erfolgt. Der Vorwurf, der Sachverhalt sei nicht substantiiert mitgeteilt, sei zu pauschal erhoben. Eine Fehlerhaftigkeit der Anhörung sei nicht ersichtlich.

Gegen dieses dem Kläger am 01.12.2021 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz vom 16.12.2021, beim Landesarbeitsgericht München am gleichen Tag eingegangen.

Der Kläger ist auch im Rahmen der Berufungsinstanz weiterhin der Auffassung, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht wirksam beendet habe. Den Schlussfolgerungen des Arbeitsgerichtes, es läge eine illegale Beschleunigungszahlung vor angesichts der vorliegenden E-Mails sei nicht zu folgen. Ein Bestechungsdelikt oder ein Complianceverstoß sei nicht nachgewiesen. Hierfür spreche auch nicht die Formulierung des „kleinen Dienstwegs“, auch nicht das Setzen in Anführungszeichen, welche nur auf ein Zitat hinweisen würden. Auch sei die Rechnung der Firma B. mit Gewichtsabweichungen begründet worden. Diese Gewichtsabweichungen hätte die Beklagte aufklären müssen, Jedenfalls liege kein erheblicher schuldhafter Regelverstoß vor. Aus dem längeren E-Mail Verkehr bezüglich des Vorfalls vom 18.08.2020 ergebe sich keinesfalls, dass es sich um eine illegale Zahlung gehandelt habe. Der Kläger habe bis zur Freigabe in keinster Weise daran gedacht, es

könne sich um eine illegale Zahlung handeln, insbesondere wegen der mitgeteilten Wiegedifferenzen. Der Kläger hätte die Gewichtsabweichungen auch nicht in Kürze klären können. In der vorhandenen Drucksituation habe der Kläger eine Entscheidung treffen müssen, wobei zur Einhaltung des Liefertermins und zur Vermeidung einer Vertragsstrafe und damit noch weit höherer Kosten der Kläger im Interesse des Arbeitgebers handeln wollte. Der Kläger sei erst durch die E-Mail von Frau R., in der von Bestechung der Rede gewesen sei, verunsichert worden. Der „kleine Dienstweg“ sei als schnelle Lösung verstanden worden und es habe Verwunderung bestanden darüber, dass so hohe Kosten anfallen würden. Der Kläger habe gerade nicht erkannt und auch nicht erkennen können, dass es sich um eine illegale Zahlung handele. Auch die Weiterleitung der Rechnung als „sachlich richtig“ stelle keinen Pflichtenverstoß dar. Der Kläger sei davon ausgegangen, dass, nachdem er den Vorgesetzten informiert hatte, sich dieser gegebenenfalls um das Weitere kümmern und das Nötige veranlassen werde. Es sei auch nicht über einen vermeintlichen Bestechungsverstoß gesprochen worden. Auch wäre eine Abmahnung als milderer Mittel ausreichend gewesen. Die Schwere des Verstoßes sei aufgrund der Vorstellungen des Klägers nicht gegeben gewesen. Der Kläger habe auch nichts vertuscht, sondern an der Aufklärung aktiv mitgewirkt und auch Verantwortung für sein Verhalten übernommen. Der Kläger habe auch an einer erneuten Schulung bezüglich des Code of Conduct teilgenommen. Im Rahmen der Richtlinien der Beklagten sei festgehalten, dass Hinweise zur Aufklärung sich mildernd auswirken würden. Des Weiteren habe die Beklagte dem Kläger eine Prozessbeschäftigung angeboten und gezeigt, dass das Vertrauensverhältnis nicht zerstört sei. Insbesondere seien dem Kläger sogar Aufgaben seines ehemaligen Vorgesetzten übertragen worden. Der Ausspruch der Kündigung sei auch treuwidrig, da die Beklagte nach dem letzten Schreiben des Klägers an Herrn N. vom 21.09.2020 keine Erkenntnisse mehr mitgeteilt erhalten hatte und die Reaktion erst neun Monate später durch die Kündigung erfolgt sei. Die Aufklärung sei nicht mit der erforderlichen zeitlichen Nähe betrieben worden. Auch die Interessenabwägung sei zugunsten des Klägers zutreffen, da dieser bisher beanstandungsfrei gearbeitet hatte, seinen Vorgesetzten über den Vorfall informiert habe und aktiv an der Aufklärung mitgewirkt habe. Nachdem die Beklagte auch hinsichtlich der Gewichtsabweichung ermittelt habe, sei auch nicht eindeutig für den Kläger ersichtlich gewesen, dass hier ein schuldhaftes Verhalten vorliege. Die Anhörung des Betriebsrats sei ebenfalls nicht ordnungsgemäß erfolgt, insbesondere habe die Beklagte nicht über zusätzliche Gespräche mit dem Betriebsrat informiert. Auch seien entlastende Umstände dem

Betriebsrat nicht mitgeteilt worden. Die Beklagte habe noch weitere Ermittlungen durchgeführt. Die insoweit dem Betriebsrat übermittelten Informationen seien wiederum dem Kläger nicht mitgeteilt worden. Der Kläger sei auch im Rahmen der Weiterbeschäftigung mit ursprünglichen Projekten, die er bereits vor der Kündigung betreut hatte, abschließend und federführend betreut worden.

Der Kläger beantragt zuletzt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Augsburg vom 18.11.2021, Az: 5 Ca 1360/21, wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 05.07.2021 nicht beendet wird.

Die Beklagte beantragt zuletzt:

Zurückweisung der Berufung

Die Beklagte ist auch im Rahmen der Berufungsinstanz der Auffassung, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis wirksam beendet habe. Der Kläger habe eine schuldhafte Pflichtverletzung begangen. Aus dem E-Mail Verkehr sei klar zu erkennen, dass es sich um eine illegale Beschleunigungszahlung gehandelt habe. Insbesondere sei dies auch aus den vorher erhaltenen Schulungen erkennbar gewesen. Damit habe der Kläger gegen die entsprechenden Richtlinien verstoßen. Eine Abmahnung sei entbehrlich gewesen. Aus dem Prozessarbeitsverhältnis ergebe sich auch nicht, dass die Weiterbeschäftigung über die Kündigungsfrist hinaus zumutbar sei. Zum einen seien dem Kläger keine Aufgaben seines ehemaligen Vorgesetzten übertragen worden, sondern lediglich Aufgaben administrativer und koordinativer Art. Ihm seien sämtliche Projekte entzogen worden. Die Interessenabwägung sei auch zugunsten der Beklagten zutreffen. Die Betriebsratsanhörung sei ordnungsgemäß erfolgt. Im Anhörungsschreiben seien die notwendigen Bestandteile enthalten gewesen. Das zuletzt auch vom Kläger angeführte Projekt führe der Kläger lediglich mit Restarbeiten zu Ende. Hierbei handele es sich auch um administrative Aufgaben.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 16.12.2021, 21.02.2022, 14.04.2022, 05.05.2022, 09.05.2022, 10.05.2022 sowie auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet.

I.

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 und 2, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519,520 ZPO). Sie ist daher zulässig.

II.

Die Berufung des Klägers ist begründet. Die Kündigung vom 05.07.2021 hat das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht rechtswirksam beendet, da die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, da sie nicht durch Gründe im Verhalten des Klägers bedingt ist, § 1 Abs. 1 und 2 KSchG.

1. Eine Kündigung ist im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit nicht sozial ungerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien nicht zumutbar ist (vgl. BAG 30.07.2020 - 2 AZR 43/20; 07.05.2020 - 2 AZR 619/19). Eine Kündigung scheidet dagegen aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers - wie etwa eine Abmahnung - geeignet gewe-

sen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderungen auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den Arbeitnehmer erkennbar) ausgeschlossen ist (vgl. BAG 05.12.2019 – 2 AZR 240/19; 15.12.2016 – 2 AZR 42/16).

2. Im Hinblick auf diesen Maßstab, erscheint zumindest die Weiterbeschäftigung des Klägers unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls der Beklagten als zumutbar.
 - a) Zwar ist dem Arbeitsgericht insoweit Recht zu geben, als auch das Berufungsgericht davon ausgeht, dass eine Pflichtverletzung des Klägers vorgelegen hat, da tatsächlich eine illegale Beschleunigungszahlung durch den Kläger freigegeben wurde und auch im Rahmen der Rechnungsstellung des Transporteurs als „sachlich richtig“ bestätigt wurde. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts Bezug genommen werden, § 69 Abs. 2 ArbGG. Die von Seiten des Klägers im Rahmen der Berufung vorgebrachten Einwände, insbesondere im Zusammenhang mit dem E-Mail Verkehr erscheinen nicht als durchgreifend. Insbesondere die von Seiten des Arbeitsgerichts bereits erwähnten Anspielungen auf den "kleinen Dienstweg", die Äußerungen des Klägers (Zigeuner) sowie auch die eigenen Angaben gegenüber dem Vorgesetzten hinsichtlich der Bestechung zeigen, dass der Kläger sich des Vorliegens einer illegalen Zahlung bewusst gewesen ist. Insbesondere auch im Zusammenhang mit den erfolgten Schulungen und den darin enthaltenen Beispielen musste sich dies dem Kläger auch aufdrängen, sodass auch Zweifel bezüglich des Bewusstseins beim Kläger nicht angebracht erscheinen.
 - b) Der Kläger hat damit und durch die Bestätigung der Rechnung jedenfalls seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis schuldhaft verletzt.

- c) Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erscheint es jedoch unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Ablaufs, insbesondere des Hinweises gegenüber dem Vorgesetzten, der Intention des Klägers, weitergehenden Schaden von der Beklagten in Form von Vertragsstrafen und höheren Kosten abwenden zu wollen, was die Beklagte nicht widerlegen kann, der Mithilfe des Klägers bei der Aufklärung und insbesondere der trotz Kenntnisstandes bei der Beklagten monatelang erfolgten Weiterbeschäftigung, einschließlich der Prozessbeschäftigung als zumutbar, den Kläger weiterzubeschäftigen und im Sinne des mildereren Mittels vorher eine Abmahnung auszusprechen.

Nach der oben zitierten Rechtsprechung ist die Erteilung einer Abmahnung als milderes Mittel in zwei Fällen ausgeschlossen. Zum einen dann, wenn von einem künftigen vertragstreuen Verhalten des Arbeitnehmers nicht ausgegangen werden kann. Hierfür besteht jedenfalls kein Anlass, da der Kläger auch selbst an der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt hat. Zum anderen könnte die Schwere des Verstoßes eine Abmahnung verzichtbar machen. Hierbei ist zumindest zu berücksichtigen, dass der Kläger den Vorfall seinem Vorgesetzten dargelegt hat, die Rechnung nur als sachlich richtig bestätigt hat und auch der Verstoß nicht so schwerwiegend erscheint, als der Kläger insbesondere im Hinblick auf drohende Schäden für die Beklagten, etwa Vertragsstrafen, sein Verhalten so ausgeführt hat. Insofern mag beim Kläger, was nicht auszuschließen ist, auch die Vorstellung vorhanden gewesen sein, dass das Verhalten durch die Beklagte geduldet wird, da anderweitige höhere Schäden vermieden werden. Insofern erscheint auch der Ausspruch einer Abmahnung als milderes Mittel im Sinne der Verhältnismäßigkeit als erforderlich.

- d) Selbst wenn man dies nicht bejahen würde, so hat jedenfalls das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit den vorliegenden Verstößen gezeigt, dass es der Beklagten schon nach eigener Verhaltensweise nicht unzumutbar erscheint, den Kläger weiterzubeschäftigen. Nach eigener Darlegung der Beklagten wurde diese im September 2020 über die Vorfälle informiert. Im Anschluss daran erfolgten weitere Ermittlungen, wobei aus dem E-Mail Verkehr, den insbesondere der Kläger im Rahmen der Berufungsbegründung vorgelegt hat, erkennbar ist, dass bereits im September 2020 weitgehende Ermittlungen der Beklagten abgeschlossen waren,

was insbesondere die Feststellung der Gründe für die Gewichtsdivergenz bei den LKWs anbelangt. Die Kenntnis von den E-Mails lag bei der Beklagten vor, Maßnahmen gegen die Spedition waren eingeleitet worden, um die erhaltene Zahlung zurückzuerhalten, sodass nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen ist, was die Beklagte darüber hinaus, außer einem nochmaligen Nachfragen bei der Spedition, noch ermittelt hat. Erst im März 2021 wurde der Kläger daraufhin angehört. Anschließend wurde die Kündigung erst im Juli 2021 ausgesprochen. Die Beklagte hat daher ausgehend von Ende September 2020 den Kläger ca. neun Monate weiterbeschäftigt, zumindest nach Anhörung des Klägers und insofern vorhandenem Kenntnisstand über drei Monate. Im Anschluss an die ausgesprochene Kündigung und den Ablauf der Kündigungsfrist hat die Beklagte den Kläger des Weiteren zwar im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses, aber jedoch tatsächlich weiterbeschäftigt. Hätte, was dem Kläger vorgeworfen wird, der Kläger Bestechung begangen und sich daher insoweit sogar strafbar gemacht, so wäre auch eine fristlose Kündigung an sich gerechtfertigt gewesen, jedenfalls wäre sogar eine Suspendierung des Klägers, wegen zu vermutender weiterer Schädigung des Arbeitgebers möglich gewesen. Dem entgegengesetzt hat die Beklagte die Arbeitskraft des Klägers durchaus in Anspruch genommen und auch eine Weiterbeschäftigung durchgeführt. Sie hat dabei zu erkennen gegeben, dass es ihr anscheinend durchaus zumutbar war über Monate hinweg, also nicht nur für die Kündigungsfrist oder einen kurzen Zeitraum darüber hinaus, die Arbeitskraft des Klägers entgegenzunehmen. Insofern erscheint die Behauptung der Beklagten, es sei ihr unzumutbar, den Kläger weiterzubeschäftigen, als widerlegt.

- e) Hinzu kommt, dass der Kläger im Rahmen der Prozessarbeitsbeschäftigung nach eigener Darlegung der Beklagten mit rein administrativen und nicht mehr derart verantwortungsvollen Tätigkeiten beschäftigt wurde. Insofern erscheint es durchaus auch als milderes Mittel im Rahmen der Verhältnismäßigkeit als denkbar, den Kläger mit derartigen Tätigkeiten zu beschäftigen, also ihm einen anderen Arbeitsplatz etwa im Wege der Änderungskündigung aus verhaltensbedingten Gründen zu übertragen. Auch dieses mildere Mittel, etwa auch nach Aussprache einer Abmahnung, erscheint im Rahmen der Verhältnismäßigkeit als ausreichend, gerade im Hinblick auf das dem Kündigungsrecht zugrunde liegenden Prognoseprinzip, wonach nicht

der Verstoß in der Vergangenheit der Kündigungsgrund ist, sondern ein zu erwartendes künftiges Fehlverhalten des Klägers, was insbesondere etwa im Zusammenhang mit der Beschäftigung noch vor Ausspruch der Kündigung, dem Verhalten des Klägers vor dem streitgegenständlichen Vorfall ohne Fehlverhalten sowie auch im Rahmen der Prozessbeschäftigung als nicht zu erwarten anzusehen ist.

- f) Da somit die Kündigung nicht wirksam das Arbeitsverhältnis beendet hat, war der Berufung des Klägers stattzugeben. Auf die Frage der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung kam es demgemäß nicht an.
3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.
4. Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht, da dem Rechtsstreit über den Einzelfall hinaus insbesondere keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird verwiesen.

