

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 485/08

11 Sa 522/07

Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Dezember 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Dr. Sieg für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 15. April 2008 - 11 Sa 522/07 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der Beklagte betreibt bundesweit Drogeriemärkte. Die Klägerin war seit 1994 bei ihm als Verkäuferin/KassiererIn tätig. Zuletzt erzielte sie bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden einen monatlichen Bruttoverdienst von 1.323,86 Euro. Arbeitsort der Klägerin war die Verkaufsstelle (*Filiale*) B. Außer ihr waren dort zwei weitere Arbeitnehmerinnen beschäftigt. Ein Betriebsrat war für den Bezirk, dem die Verkaufsstelle zugeordnet ist, nicht gewählt worden. 2

In der Filiale hing seit Jahren ein Plakat in Größe DIN-A3 aus, das einen Hinweis darauf enthielt, die Verkaufsstellen des Beklagten würden durch Detektive, Kameraanlagen und den Einsatz von Sicherheitsdiensten überwacht. Tatsächlich kam Überwachungstechnik, außer im Rahmen von kurzfristigen Detektiveinsätzen, nicht zum Einsatz. Im Zeitraum vom 17. bis 23. März 2007 ließ der Beklagte an der Decke über dem Kassenbereich eine Videokamera anbringen, mit deren Hilfe die Kassiervorgänge aufgezeichnet wurden. Hierüber wurden die Klägerin und ihre Kolleginnen nicht gesondert unterrichtet. 3

Bei der Auswertung der Videoaufzeichnungen fiel der zuständigen Verkaufsleiterin auf, dass die Klägerin am 23. März 2007 nach Dienstschluss einen sog. Personaleinkauf getätigt hatte. Eine anschließende Überprüfung des den Einkauf dokumentierenden Kassensstreifens ergab, dass die Klägerin Waren - überwiegend Süßigkeiten - im Wert von etwas über 60,00 Euro erworben 4

hatte. In Höhe von 36,00 Euro war der Kaufpreis mit insgesamt sieben „produktbezogenen Gutscheinen“, ua. für eine elektrische Zahnbürste und ein Windelpaket, verrechnet worden, obwohl die Klägerin solche Artikel nicht eingekauft hatte. Das entsprach nicht dem Verwendungszweck der Coupons. Produktbezogene Gutscheine (*Rabatt-Coupons*) sind an den jeweiligen Warenregalen angebracht, werden aber auch in Form von Gutscheinheften an Kunden ausgegeben. Sie dürfen, wie der Klägerin bekannt war, nur beim Erwerb der betreffenden Waren verrechnet werden.

Im Personalgespräch vom 2. April 2007 wurde der Klägerin unter Vorlage des Kassensstreifens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Sie räumte ein, dass sie die Gutscheine nicht habe einlösen dürfen. Dem Beklagten sei hierdurch aber kein Schaden entstanden. 5

Mit Schreiben vom 2. April 2007 kündigte die Verkaufsleiterin für den Beklagten das Arbeitsverhältnis „fristlos“ zum 3. April 2007. 6

Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei schon mangels Kündigungsbefugnis der Verkaufsleiterin, zumindest aber deshalb unwirksam, weil dem Kündigungsschreiben keine Originalvollmacht beigelegt habe. Zudem liege kein Grund zur Kündigung vor. Bei ihrem Personaleinkauf habe es sich um ein außerdienstliches Verhalten gehandelt. Dem Beklagten sei kein Schaden entstanden, da er die Wertcoupons in jedem Fall bei den ausstellenden Firmen einreiche. Überdies dürften die aus der Videoüberwachung gewonnenen Erkenntnisse wegen Verstoßes gegen § 6b BDSG nicht verwertet werden. Das gelte auch für Tatsachen, von denen der Beklagte durch die unzulässige Videoüberwachung nur mittelbar Kenntnis erlangt habe. 7

Die Klägerin hat beantragt 8
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 2. April 2007 nicht aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht, die Verkaufsleiterin sei berechtigt und bevollmächtigt gewesen, die Kündigung zu erklären. Dies sei der Klägerin aufgrund arbeitsvertraglicher 9

Vereinbarungen bekannt gewesen. Die Kündigung sei gerechtfertigt. Die Klägerin habe sich grob pflichtwidrig verhalten und dadurch auf seine Kosten einen ihr nicht zustehenden Vermögensvorteil erlangt. Der damit einhergehende Vertrauensbruch schließe eine Weiterbeschäftigung aus. Die in der Filiale durchgeführte Videoüberwachung sei zulässig gewesen. In der Verkaufsstelle seien hohe Inventurdifferenzen aufgetreten, die auf Pflichtverletzungen der Mitarbeiterinnen hingedeutet hätten. Andere Möglichkeiten zur Aufklärung des Verdachts habe er - ohne Erfolg - ausgeschöpft. So seien durch Detektiveinsätze nur wenige Kundendiebstähle aufgedeckt worden. Bei Testeinkäufen hätten sich keine Unregelmäßigkeiten ergeben. Im Übrigen komme es auf die Zulässigkeit der Überwachung nicht an, weil der Sachverhalt unstrittig sei. Beweisverwertungsverbote könnten insoweit keine Rolle spielen. Jedenfalls dürfe ihm nicht verwehrt werden, seinen Vortrag auf Erkenntnisse zu stützen, die er aus anderen Informationsquellen gewonnen habe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Feststellungsantrag weiter. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die außerordentliche Kündigung vom 2. April 2007 zu dem in ihr bestimmten Termin aufgelöst worden. 11

I. Die Kündigung ist nicht wegen fehlender Kündigungsberechtigung der Verkaufsleiterin oder deshalb unwirksam, weil dem Kündigungsschreiben keine auf diese lautende Originalvollmacht beigelegt gewesen wäre. 12

1. Wenn es tatsächlich an einer Bevollmächtigung als solche gefehlt haben sollte, wäre die Kündigung zwar grundsätzlich gemäß § 180 Satz 1 BGB unwirksam. Bei einer Kündigung als einseitigem Rechtsgeschäft ist eine Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Die Klägerin hat die unter Vorlage 13

der Kopie einer Vollmacht erklärte Kündigung jedoch nicht „bei der Vornahme“ beanstandet, sondern erstmals mit der Klageschrift vom 19. April 2007, die dem Beklagten am 25. April 2007 zugestellt wurde. Bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung waren seit Ausspruch der Kündigung mehr als zwei Wochen verstrichen. Gründe für ihr Zuwarten hat die Klägerin nicht benannt. Damit kann nicht davon ausgegangen werden, sie habe die Rüge „bei Vornahme“ der Kündigung erhoben (*Senat 12. September 1985 - 2 AZR 193/84 - zu B II 2 a der Gründe, ZIP 1986, 388*). Dementsprechend war die Kündigung in entsprechender Anwendung von § 180 Satz 2, § 177 Abs. 1 BGB nur schwebend unwirksam und genehmigungsfähig (*vgl. Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - Rn. 37, AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7*). Eine solche Genehmigung hat der Beklagte jedenfalls konkludent dadurch erteilt, dass er im vorliegenden Rechtsstreit die Kündigungsbefugnis der Verkaufsleiterin ausdrücklich behauptet und die Rechtmäßigkeit der Kündigung verteidigt hat (*Senat 12. September 1985 - 2 AZR 193/84 - zu B II 2 a der Gründe, aaO*).

2. Hat die Verkaufsleiterin Kündigungsvollmacht besessen, ist die Kündigung nicht gem. § 174 Satz 1 BGB unwirksam. Ihre Zurückweisung durch die Klägerin erfolgte nicht „unverzüglich“ iSd. § 174 Satz 1, § 121 Abs. 1 BGB. 14

II. Die Kündigung ist nicht nach § 626 BGB unwirksam. Der Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB liegt vor. 15

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung 16

der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*st. Rspr., Senat 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 16, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; 26. März 2009 - 2 AZR 953/07 - Rn. 21 mwN, AP BGB § 626 Nr. 220; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - Rn. 17, BAGE 118, 104*).

2. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, ein wichtiger Grund liege vor, hält der revisionsrechtlichen Prüfung stand. 17

a) Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers kommen typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht (*bspw. Senat 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 25 ff., EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 16, 17, AP BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20; 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - zu II 2 b bb der Gründe, BAGE 92, 184*). Das gilt unabhängig von der Höhe eines dem Arbeitgeber durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens. Maßgebend ist vielmehr der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (*Senat 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 27, aaO; 21. April 2005 - 2 AZR 255/04 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 114, 264; 12. August 1999 - 2 AZR 923/98 - zu II 2 b bb der Gründe, aaO*). 18

b) Eine solche, die Schwelle zum wichtigen Grund überschreitende Pflichtverletzung der Klägerin liegt nach dem unstreitigen Sachverhalt vor. Die Klägerin hat sich vorsätzlich auf Kosten des Beklagten einen ihr nicht zustehenden Vermögensvorteil verschafft. Damit hat sie ihre gegenüber dem Beklagten bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) erheblich verletzt. 19

aa) Das Verhalten der Klägerin vom 23. März 2007 ist, was die Einlösung und Verrechnung von sieben produktbezogenen Gutscheinen im Wert von insgesamt 36,00 Euro anbelangt, vom Landesarbeitsgericht als unstreitig festgestellt. Dagegen hat die Klägerin Verfahrensrügen nicht erhoben. Ebenso 20

wenig hat sie das Fehlen ihrer Berechtigung zur Einlösung der Gutscheine in Abrede gestellt. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dem Beklagten sei durch das Verhalten der Klägerin ein Schaden entstanden, ist nicht zu beanstanden. Der Beklagte durfte die Gutscheine nur bei einem tatsächlichen Verkauf entsprechender Produkte an die betreffenden Lieferanten weiterreichen. Sollte sich der Schaden im Kündigungszeitpunkt noch nicht realisiert haben, wäre jedenfalls von einer schadensgleichen Vermögensgefährdung auszugehen.

bb) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, ihr Fehlverhalten sei der Klägerin vorwerfbar, sie habe die Vermögensschädigung des Beklagten vorsätzlich herbeigeführt, ist nicht zu beanstanden. Diese Wertung liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist Gegenstand der tatrichterlichen Beweiswürdigung iSv. § 286 ZPO. Das Revisionsgericht kann bezüglich der Feststellung innerer Tatsachen nur prüfen, ob das Tatsachengericht von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und Denkgesetze, Erfahrungssätze sowie Verfahrensvorschriften nicht verletzt hat (*vgl. Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 103/08 - Rn. 27 mwN, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17*). Solche Rechtsfehler sind nicht erkennbar. Die Klägerin hat nicht in Abrede gestellt, dass ihr die Voraussetzungen für eine berechtigte Einlösung produktbezogener Gutscheine bekannt waren. Soweit sie der Annahme des Berufungsgerichts, bei einer unberechtigten Einlösung von sieben produktbezogenen Gutscheinen sei ein Versehen auszuschließen, gleichwohl entgegentritt, wird nicht deutlich, worauf ihre Rüge zielt. Sollte sie darauf abstellen, das Landesarbeitsgericht hätte ihr Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vorbringens geben müssen, fehlt es an Darlegungen, welchen weiteren, entscheidungserheblichen Sachvortrag sie daraufhin gehalten hätte. Soweit die Klägerin vorgebracht hat, sie habe jedenfalls nicht den Beklagten selbst schädigen wollen, übersieht sie, dass ihrer Pflichtverletzung auch dann erhebliches Gewicht zukommt, wenn sie darauf vertraut haben sollte, ein Schaden würde letztlich nicht beim Beklagten, sondern nach Weiterreichung der Gutscheine bei einem Dritten - dem be-

21

treffenden Lieferanten - eintreten. Dass auch dies nicht im Interesse des Beklagten liegen konnte, war für sie ohne Weiteres erkennbar.

cc) Der Annahme einer schwerwiegenden Pflichtverletzung steht nicht entgegen, dass es sich um einen privaten, außerhalb der Arbeitszeit liegenden Einkauf handelte. Die Klägerin war auch insoweit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Beklagten Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme kann den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigen, wenn das außerdienstliche Verhalten negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat (*Senat 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 20, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 60 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 77; 27. November 2008 - 2 AZR 98/07 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 90 = EzA KSchG § 1 Verdachtskündigung Nr. 4*). Davon ist typischerweise auszugehen, wenn der Arbeitnehmer - wie hier die Klägerin - in seiner Freizeit in Bereicherungsabsicht das dem Unternehmen zuzurechnende Vermögen des Arbeitgebers unmittelbar vorsätzlich schädigt oder doch gefährdet (*vgl. Senat 20. September 1984 - 2 AZR 633/82 - zu I 4 b der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 80 = EzA BGB § 626 nF Nr. 91*).

c) Die außerordentliche Kündigung ist auch unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des Streitfalls und nach Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien gerechtfertigt.

aa) Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (*st. Rspr., Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - Rn. 45, AP BGB § 174 Nr. 20 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7*). Als mildere Reaktionen sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung anzusehen. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen - zu erreichen (*Senat 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 32 ff., EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32*).

- bb) Dem wird die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts gerecht. 25
- (1) Eine Abmahnung war nach den Umständen des Falls entbehrlich. Zur 26
Klarstellung der vertraglichen Pflichten bedurfte es ihrer nicht. Die Vertragsverletzung war für die Klägerin erkennbar. Eine Abmahnung war auch nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erforderlich. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das Verhalten der Klägerin habe das Vertrauen des Beklagten in eine künftig ordnungsgemäße Vertragserfüllung nachhaltig beeinträchtigt. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat die Gutscheine in Bereicherungsabsicht zweckwidrig verwendet. Die Vermögensschädigung des Beklagten lag auf der Hand. Das Gewicht der Pflichtverletzung wird noch dadurch verstärkt, dass die Klägerin bewusst gegen Vorgaben verstoßen hat, zu deren Beachtung sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Kassiererin verpflichtet war. Dass sie den Einkauf bei einer Kollegin abgewickelt hat, spricht nicht gegen ein mangelndes Unrechtsbewusstsein. Die Klägerin konnte offensichtlich auf deren Verschwiegenheit vertrauen. Anders lässt es sich nicht erklären, dass die - gleichfalls entlassene - Kollegin die Einlösung der Wertcoupons nicht verweigert und das Verhalten der Klägerin zunächst keine Beanstandungen ausgelöst hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Klägerin die geringen Überwachungsmöglichkeiten des Beklagten und die enge Verbundenheit der Mitarbeiterinnen der Filiale ausgenutzt hat. Bei einem solchen, insgesamt auf Heimlichkeit angelegten Verhalten ist dem Beklagten - für die Klägerin erkennbar - die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, und sei es nach Erteilung einer Abmahnung, nicht zuzumuten.
- (2) Die fristlose Kündigung ist auch unter Einbeziehung der Interessen 27
beider Vertragsteile gerechtfertigt. Dem Beklagten war selbst die Einhaltung der - fünfmonatigen - Kündigungsfrist unzumutbar. Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang alle weiteren Gesichtspunkte berücksichtigt und vertretbar gegeneinander abgewogen. Insbesondere hat es der Klägerin ihre langjährige Betriebszugehörigkeit zugute gehalten. Dass es gleichwohl und trotz der Erstmaligkeit des Vorfalls von einem überwiegenden Interesse des Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen

ist, ist unter Beachtung des Gewichts der in Rede stehenden Pflichtverletzung, der Stellung der Klägerin als Verkäuferin und Kassiererin und der Tatsache, dass bei ihrer Tätigkeit häufig keine anderen Arbeitnehmer zugegen sind, nicht rechtsfehlerhaft.

d) Der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung steht nicht entgegen, dass der Beklagte durch Auswertung einer Videoaufnahme vom Verhalten der Klägerin Kenntnis erlangt hat. Ob § 6b BDSG durch die Beobachtung des Kassenbereichs einschließlich seiner Umgebung verletzt wurde oder die Videoaufzeichnung aus anderen Gründen rechtswidrig war, kann offen bleiben. 28

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats (*zuletzt 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 30 mwN, AP BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20*) führt der Umstand, dass eine Partei die Kenntnis der von ihr behaupteten Tatsachen auf rechtswidrige Weise erlangt hat, nicht notwendig zu einem Verbot von deren prozessualer Verwertung. Falls die betreffenden Tatsachen von der Gegenseite nicht bestritten werden, also unstreitig geworden sind, besteht ein solches Verbot nur, wenn der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm einer gerichtlichen Verwertung der Information zwecks Vermeidung eines Eingriffs in höherrangige Rechtspositionen dieser Partei zwingend entgegensteht. 29

(1) Im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren gelten wie im Zivilprozess die Dispositionsmaxime und der Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz. Das Gericht darf nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen verwerten (*Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 27, AP BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20*). Umgekehrt ist es zugleich an den Vortrag der Parteien und einen ihm unterbreiteten, entscheidungserheblichen Sachverhalt gebunden. Der Vortrag einer Partei kann nicht ohne gesetzliche Grundlagen (*wie zB die Präklusionsvorschriften*) unbeachtet und „unverwertet“ bleiben. Ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Sachvortrag muss das Gericht berücksichtigen. Das Zivilprozessrecht kennt grundsätzlich kein Verbot der „Verwertung“ von Sachvortrag. Der beigebrachte Tatsachenstoff ist entweder un schlüssig oder unbewiesen, ist aber nicht „unverwertbar“. Dies gilt zumal 30

dann, wenn der Sachverhalt unstreitig ist. Das Gericht ist an ein Nichtbestreiten (*wie an ein Geständnis*) grundsätzlich gebunden. Es darf für unbestrittene Tatsachen keinen Beweis verlangen und erheben (*Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - aaO; 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B I 3 b cc der Gründe, BAGE 105, 356*). Ein „Verwertungsverbot“ würde den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG einschränken. Dieser verpflichtet das Gericht, erheblichen Vortrag einer Partei zur Kenntnis zu nehmen und bei der Entscheidungsfindung in Erwägung zu ziehen (*Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 25, aaO*).

(2) Dennoch kann rechtswidriges Verhalten einer Prozesspartei bei der Informationsgewinnung zu einem Verwertungsverbot führen. Das ist der Fall, wenn eine solche Sanktion unter Beachtung des Schutzzwecks der verletzten Norm zwingend geboten erscheint. In einem gerichtlichen Verfahren ist darauf Bedacht zu nehmen, dass das Gericht den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber tritt. Es ist bei der Urteilsfindung nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt seine Pflicht zu einer fairen Handhabung des Prozess- und Beweisrechts (*vgl. BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 93, BVerfGE 117, 202*). Daraus folgt für den Zivilprozess zwar nicht, dass jede unzulässig erlangte Information prozessual unverwertbar wäre (*Senat 15. August 2002 - 2 AZR 214/01 - zu II 3 b aa der Gründe, BAGE 102, 190; BGH 1. März 2006 - XII ZR 210/04 - Rn. 22, BGHZ 166, 283*). Sie ist es im Einzelfall aber dann, wenn mit ihrer gerichtlichen Verwertung ein erneuter Eingriff in rechtlich geschützte, hochrangige Positionen der anderen Prozesspartei oder die Perpetuierung eines solchen Eingriffs verbunden wäre, und dies auch durch schutzwürdige Interessen der Gegenseite - hier des Beklagten - nicht gerechtfertigt werden könnte (*Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 36, AP BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20*).

31

bb) An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, unstreitiger Sachvortrag, selbst wenn unter Verletzung

32

von Grundrechten gewonnen sei, sei stets und uneingeschränkt prozessual verwertbar, weil die belastete Partei die Möglichkeit des Bestreitens gehabt habe (*in diesem Sinne auch HWK/Lembke 4. Aufl. BDSG Vorb. Rn. 112; Grimm/ Schiefer RdA 2009, 329, 342; Heinemann MDR 2001, 137, 141 f.*), überzeugt nicht. Es ist schon zweifelhaft, ob der Partei, die sich der Behauptung objektiv zutreffender Tatsachen durch ihren Prozessgegner ausgesetzt sieht, in Ansehung der prozessualen Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1, Abs. 2 ZPO) einschränkungslos ein „Recht zur Lüge“ zusteht (*dies befürwortend Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. § 138 Rn. 3; Heinemann MDR 2001, 137, 142*). Jedenfalls kann sie nicht umgekehrt sogar verpflichtet sein, wider besseres Wissen richtigen Vortrag zu bestreiten und sich in Fällen, in denen einfaches Bestreiten nicht ausreicht, mit einem bewusst falschen Gegenvorbringen zu belasten (*vgl. Lunk NZA 2009, 457, 459*). Sie trüge mit Blick auf mögliche Zweifel an der Zulässigkeit ihres Bestreitens das Risiko, dem Vorwurf zumindest des Versuchs eines Prozessbetrugs ausgesetzt zu sein. Dass kann die Rechtsordnung einer Partei nicht abverlangen. Hat eine Partei den Tatsachenvortrag der Gegenseite nicht bestritten, ist ihr die Möglichkeit, sich auf die Rechtswidrigkeit der ihm zugrundeliegenden Informationsbeschaffung zu berufen, nur dann genommen, wenn in ihrem Nichtbestreiten zugleich die Einwilligung in eine prozessuale Verwertung der fraglichen Tatsachen liegt. Dann wiederum stellt sich die Frage nach einem Verwertungsverbot nicht (*vgl. MünchKommZPO/Prütting 3. Aufl. § 284 Rn. 75; Helle JZ 2004, 340, 345; Maties, NJW 2008, 2219; Schreiber ZRP 122, 227, 230*).

cc) Danach besteht im Streitfall kein Verwertungsverbot. 33

(1) Allerdings hat die Klägerin in eine Verwertung der durch die Videoaufzeichnung erlangten Informationen nicht eingewilligt. Sie hat zwar das Geschehen vom 23. März 2007 teils durch bejahende Erklärung eingeräumt, teils dadurch zugestanden, dass sie den substantiierten Ausführungen des Beklagten nicht mit konkretem Tatsachenvortrag entgegen getreten ist (§ 138 Abs. 2, Abs. 3 ZPO). Sie hat aber zugleich geltend gemacht, dem Beklagten sei 34

es verwehrt, „die verbotenen Früchte“ der Videoüberwachung „zu ernten“. Damit hat sie deren Verwertung offensichtlich widersprochen.

(2) Die Verwertung der unstreitigen Tatsachen erweist sich auf der Grundlage der anzustellenden Güterabwägung dennoch als zulässig. Ein möglicher, durch Berücksichtigung des Sachvortrags des Beklagten perpetuierter rechtswidriger Eingriff in rechtlich geschützte Positionen der Klägerin wiegt nicht so schwer, dass der Anspruch des Beklagten, mit seinem unstreitigen Vorbringen Gehör zu finden, zurücktreten müsste. Der Schutz des Arbeitnehmers vor einer - unterstellt - rechtswidrigen Videoüberwachung verlangt nicht, auch solche unstreitigen Tatsachen außer Acht zu lassen, die dem Arbeitgeber nicht nur durch die Videoaufzeichnung, sondern ohne Rechtsverstoß auch aus einer anderen Informationsquelle bekannt geworden sind. 35

(a) Das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte, auch im Privatrechtsverkehr zu beachtende allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers - hier in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Recht am eigenen Bild - ist nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können durch Wahrnehmung überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision mit den Interessen des Arbeitgebers ist durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob es den Vorrang verdient (*BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96 - und - 1 BvR 805/98 - zu C II 3 a der Gründe, BVerfGE 106, 28; Senat 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 36, AP BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20 mwN*). 36

(b) Im Rahmen dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung beimisst. Auch im Zivilprozess, in dem über Rechte und Rechtspositionen der Parteien innerhalb eines Privatrechtsverhältnisses gestritten wird, sind die Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung wichtige Belange des Gemeinwohls. Um die Wahrheit zu ermitteln, sind die Gerichte gehalten, den von den Parteien in den Prozess eingeführten Vortrag und ggf. die angebotenen Beweismittel zu be- 37

rücksichtigen. Diese Belange können als Bestandteil der verfassungsgemäßen Ordnung das allgemeine Persönlichkeitsrecht einschränken (vgl. *BVerfG* 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96 - und - 1 BvR 805/98 - *BVerfGE* 106, 28; *BAG* 23. April 2009 - 6 AZR 189/08 - Rn. 35, *BAGE* 130, 347; *Senat* 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - *AP BGB* § 626 Nr. 210 = *EzA BGB* 2002 § 626 Nr. 20).

(c) Zwar gehen das Interesse an einer funktionsfähigen Zivilrechtspflege und materiell richtigen Entscheidungen und verbunden damit das Bestreben des Gläubigers, sich Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht etwa stets vor (*BVerfG* 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 93 f., *BVerfGE* 117, 202; 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96 - und - 1 BvR 805/98 - zu *C II 4 a aa und bb der Gründe*, *BVerfGE* 106, 28). Im Streitfall treten aber Aspekte hinzu, die die Berücksichtigung der gewonnenen Informationen zulassen. 38

(aa) Der Sachvortrag des Beklagten stützt sich vornehmlich auf die Auswertung des Kassenstreifens vom 23. März 2007 und auf Erklärungen der Klägerin im Personalgespräch vom 2. April 2007. Die Zulässigkeit der Erhebung und Verwertung der Kassendaten als solche steht dabei nicht in Frage. Zwar ist der Beklagte erst durch die Videoaufzeichnung auf diese zusätzliche Informationsquelle „gestoßen“. Dennoch bedurfte es für sein Vorbringen keines Rückgriffs auf die Videoaufzeichnung selbst. 39

(bb) Damit ist die Frage angesprochen, ob ein als solches zulässiges Erkenntnis- und Beweismittel einem prozessualen Verwertungsverbot unterliegen kann, wenn es seinerseits ohne eine weitere, zuvor rechtswidrig gewonnene Information nicht hätte erlangt werden können (vgl. *BGH* 1. März 2006 - *XII ZR* 210/04 - Rn. 18 f., *BGHZ* 166, 283; für den Strafprozess: *BGH* 24. August 1983 - 3 *StR* 136/83 - *BGHSt* 32, 68; 18. April 1980 - 2 *StR* 731/79 - *BGHSt* 29, 244). Die Problematik bedarf keiner umfassenden Erörterung. Im Streitfall geht es nicht um Erkenntnisse, die der Beklagte tatsächlich nur durch die möglicherweise rechtswidrige Videoüberwachung hat gewinnen können. Sie waren ihm unabhängig davon zugänglich. Die Auswertung des Kassenstreifens und die Befragung der Klägerin und ihrer Kollegin waren auch ohne technische Über- 40

wachung möglich, zumal nach eigenem Vortrag der Klägerin Einkäufe von Mitarbeitern mit deren Einverständnis in den Tagesunterlagen besonders vermerkt werden. Damit kommt einer möglichen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin kein solches Gewicht zu, dass unter Berücksichtigung des Anspruchs des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs ein Außerachtlassen der letztlich erst aus dem Kassensstreifen gewonnenen Erkenntnisse gerechtfertigt wäre. Gleiches gilt für die Einlassungen der Klägerin im Personalgespräch vom 2. April 2007. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte im Rahmen seiner Aufklärungsbemühungen ohnehin auf den fraglichen Kassenauszug gestoßen wäre (*zu diesem Aspekt Schreiber ZZP 122, 227, 235; Gemmeke Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Verfahren S. 214 f.*). Vielmehr kann einer Prozesspartei die Möglichkeit, für sie günstige Tatsachen mit rechtlich unbedenklichen Mitteln nachzuweisen, nicht deshalb versagt werden, weil sie das Wissen von der Geeignetheit eines solchen Mittels auf rechtswidrige Weise erlangt hat (*zur Begrenzung der Fernwirkung von Verwertungsverböten vgl. auch BVerfG 8. Dezember 2005 - 2 BvR 1686/04 - zu 2 b der Gründe, BVerfGK 7, 61*). Das gilt im Streitfall umso mehr, als es um den Nachweis eines schwerwiegenden Vertrauensbruchs geht.

III. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

41

Kreft

Eylert

Berger

Sieg

Baerbaum