



Dr. Horst Rieth, Kernen

„Emmely“ und der wichtige Grund zur fristlosen Kündigung – eine Nachbetrachtung

Die Frage nach der Kündigung bei „Bagatelldelikten“ gegen den Arbeitgeber hat mit dem „Emmely-Urteil“ des BAG und der vorangegangenen Fachdiskussion, vor allem aber der medialen Aufbereitung des Vorgangs, hohe Aktualität erfahren. Obwohl das BAG sich anscheinend im bekannten Rahmen bewegt, verlässt die Entscheidung bei näherer Betrachtung den bisherigen Weg. Dieser ist als Weiterentwicklung der bisherigen, hier ausführlich nachgezeichneten Rechtsprechung plausibel, aber nicht unproblematisch - insbesondere wenn man die in der Literatur durchaus auffindbare grundsätzliche Kritik am Gebäude der Kündigungsrechtsprechung mit einbezieht, die Grundfragen des Arbeitsrechts berührt. Aber auch die praktische Auswirkung ist hoch: Personalpraxis und die Arbeitsrechtspraxis kommen an der Auseinandersetzung mit diesem Urteil nicht vorbei.

S. 122

- HFR 12/2011 S. 1 -

1 I. Prolog

Auch rund ein Jahr nach Veröffentlichung der Entscheidungsgründe des BAG-Urteils vom 10.06.2010¹ kann sich das „Emmely“-Urteil seiner langfristigen Bedeutung in der arbeitsrechtlichen Diskussion, aber auch im öffentlichen Bewusstsein sicher sein. Die Vorinstanzen haben Emotionen auf allen Seiten freigesetzt. „Ein barbarisches Urteil von asozialer Qualität“ - so der Bundestagsvizepräsident Thierse² zum LAG-Urteil. Ihm sprangen ehemalige Bürgerrechtler zur Seite und monierten „krasse und offene Klassenjustiz“³. Im Arbeitgeberlager schrieb sich ein renommierter Professor des Arbeitsrechts in Rage, beschimpfte die Klägerin und andere⁴. Kaum hatte die 7. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg zu „Emmely“ entschieden, setzte sich ein Vorsitzender Richter des gleichen Gerichts an die Spitze der Kritiker des Beschlusses, den er trotz sonst zahlreicher Zitate nicht erwähnt, aber im Effekt frontal angreift⁵. Der Beschluss löste zwei Gesetzentwürfe aus⁶, die ausgerechnet wiederum der Vizepräsident des LAG Berlin-Brandenburg in der Fachpresse attackierte und meinte, dies mit einer Überschrift versehen zu müssen, die den Älteren noch aus der Blüte der K-Gruppen zu kommen scheint: „Hände weg vom Kündigungsschutzgesetz!“⁷.

S. 123

- HFR 12/2011 S. 2 -

- 2 Der Stoff, aus dem Skandale sind? Die Klägerin: 31 Jahre Betriebszugehörigkeit, zunächst in der DDR Mitarbeiterin einer Kaufhalle, dann nach deren Übernahme Mitarbeiterin von Kaiser's Tengemann, Gewerkschaftsmitglied und Beteiligte an voran-

¹ BAG vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, S. 1227. Besprechungen dazu u.a. von Walker, NZA 2011, S. 1; Stoffels, NJW 2011, 118, Bengelsdorf, SAE 2011, S. 122. Die neueren BAG-Entscheidungen sind problemlos aufzurufen auf den Internetseiten des Bundesarbeitsgerichts, ebenso wie auch die meisten der neueren im folgenden zitierten LAG-Entscheidungen auf den entsprechenden Seiten der Landesarbeitsgerichte zu finden sind. Sie werden daher hier ohne weitere Fundstellenhinweise zitiert.

² Siehe Presseerklärung der Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 26.02.2009.

³ Erklärung vom 12.03.2009, zu finden auf www.labournet.de.

⁴ Rieble, NJW 2009, S. 2101.

⁵ Klueß, NZA 2009, S. 337.

⁶ Entwurf der Fraktion der SPD BT-Drucksache 17/648 vom 09.02.2010 und Entwurf der Fraktion DIE LINKE BT-Drucksache 17/649 vom 09.02.2010.

⁷ Binkert, NZA 2010, S. 433. Der Rezensent ist in der Lage, Ironie zu erkennen. Ob sie hier allerdings gelungen zum Einsatz gekommen ist, darf bezweifelt werden.

gegangenen Streiks. Das Vergehen: Einlösung von zwei im Laden aufgefundenen und der Klägerin zur Aufbewahrung anvertrauten Pfandbons, die auch dann ausgezahlt worden wären, wenn sie der rechtmäßige Besitzer nicht verloren sondern eingelöst hätte. Gesamtwert € 1,30. Die Reaktion darauf: die fristlose Kündigung. In der heftigen Diskussion wurde nicht nur in der Tagespresse Emmelys Vergehen und das Handeln der Akteure in der Finanzkrise gegenübergestellt⁸.

- 3 Nachdem die Aufmerksamkeit da war, kamen fast täglich neue Fälle der Kündigungen wegen geringwertiger Diebstähle und anderen vergleichbaren Fehlleistungen in die Presse: Ein aus dem Müll gefischtes Kinderbett⁹, Maultaschen¹⁰, vertragswidrig genutzte Essensbons¹¹, das Aufladen eines Elektrorollers mit einem Schaden von 1,8 Cent¹² - um nur einige zu nennen.
- 4 Das Bundesarbeitsgericht hätte den Fall gar nicht entscheiden müssen, im Gegenteil hätte mehr dafür gesprochen, die Nichtzulassungsbeschwerde abzulehnen¹³ - aber der Wunsch, in diese emotionale Diskussion einzugreifen, war offenbar groß.
- 5 Der Sachverhalt ist in der Tagespresse und zahlreichen juristischen Veröffentlichungen ausführlich aufbereitet worden und darf als bekannt vorausgesetzt werden. Eine wichtige Rolle spielte zusätzlich zur Frage der Sachverhaltsaufbereitung und Bewertung das Verhalten der Klägerin im Verfahren: Sie präsentierte unterschiedliche, wenig überzeugende Varianten des Ereignisses und propagierte - unterstützt von ihrem Prozessvertreter - die These, dass eine solche Handlung, wie sie ihr vorgeworfen wurde, niemals zu einer Kündigung führen könne. Diese Besonderheiten spielten im Prozessverlauf und den vorgenommenen Wertungen eine erhebliche Rolle.

S. 124

- HFR 12/2011 S. 3 -

- 6 Die Klägerin hat ihr Ziel erreicht und sitzt wieder an der Kasse - den Arbeitsrechtlern obliegt es, das Urteil im Hinblick auf künftiges Vorgehen und künftige Fälle zu bewerten. Dazu sind eine Reihe von Aufsätzen erschienen und auch die Rechtsprechung hat reagiert - allerdings durchaus unterschiedlich.
- 7 Im folgenden wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum Diebstahl geringwertiger Gegenstände im Arbeitsverhältnis nachgezeichnet (unter II.) und auf die Vorinstanzen im Fall „Emmely“ eingegangen (III.). Die Kritik an der Anwendung und Umsetzung der entwickelten Prinzipien wird kurz aufgezeigt (IV.) sowie die hektischen Gesetzgebungsinitiativen in der Folge der zweitinstanzlichen Entscheidung des Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg behandelt (V.).
- 8 Teil VI. und Teil VII. besprechen das BAG-Urteil zu „Emmely“ sowie ein bemerkenswertes Urteil des BAG im Vorfeld. Unter VIII. erfolgt eine praktisch-pragmatische Bewertung und im Abschnitt IX. wird auf erste Reaktionen der Rechtsprechung „nach Emmely“ hingewiesen. Gegen die pragmatische Bewertung mit Blick auf die arbeitsrechtliche Praxis wird unter X. der Bogen nochmals geweitet und auf die in der Praxis wenig beachtete, aber sehr grundsätzliche und bedenkenswerte Kritik am Gebäude der Kündigungsrechtsprechung aufmerksam gemacht - eine Kritik, die nicht zufällig gerade am BAG-Urteil zu Emmely erneuert wurde. Diese Kritik wird den eingeschlagenen Weg nicht ändern, sollte aber immerhin deutliche Warnhinweise für die weitere Entwicklung geben. Mit einigen Praxishinweisen wird der Aufsatz unter XI. abgeschlossen.

S. 125

- HFR 12/2011 S. 4 -

- 9 **II. Bisherige Rechtsprechung zum Diebstahl geringwertiger Gegenstände im**

⁸ Siehe die bitterböse Glosse in ZRP 2009, S.96.

⁹ ArbG Mannheim vom 30.07.2009, 15 Ca 278/08.

¹⁰ ArbG Lörrach vom 16.10.2009, 4 Ca 248/09; Presseerklärung LAG Baden-Württemberg zum widerrufenen Vergleich vom 30.03.2010.

¹¹ ArbG Reutlingen vom 11.05.2010, 2 Ca 601/09.

¹² Presseerklärung LAG Hamm zum Urteil vom 12.09.2010, 16 Sa 260/10.

¹³ BAG vom 28.07.2009, 3 AZN 224/09, dazu Walker, NZA 2009, S. 921.

Arbeitsverhältnis

Die Vorinstanzen Arbeitsgericht Berlin¹⁴ und Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg¹⁵ konnten bei ihren Entscheidungen auf eine durchaus gefestigte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zurückgreifen.

- 10 Im bekannten „Bienenstichfall“ hat das BAG 1984 unter Bezug auf eine frühere Entscheidung von 1958 den Satz geprägt, der zwar sperrig formuliert ist, aber Ausgangspunkt aller nachfolgenden Entscheidungen und Auseinandersetzungen mit dem Thema der Entwendung oder Unterschlagung geringwertiger Gegenstände im Arbeitsverhältnis ist:
- 11 „Auch die unberechtigte Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache von geringem Wert ist an sich geeignet, aber nicht ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls stets ausreichend, eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen.“¹⁶
- 12 Die Entwendung sei auch bei geringem Wert immer geeignet, einen wichtigen Grund abzugeben. In einer zweiten Prüfungsstufe seien dann zum einen die besonderen Umstände des Einzelfalls zu prüfen, zum anderen die Interessen der Beteiligten abzuwägen. Als beispielhaftes Kriterium der Umstände des Einzelfalls nennt das Gericht dabei die Frage, ob der entwendete Gegenstand dem Arbeitnehmer zur Obhut anvertraut ist.
- 13 In weiteren Fällen hat das BAG diese Rechtsprechung fortgeführt und weiter ausgebaut. In einer Entscheidung aus Ende 1984 (Entwendung von Kraftstoff)¹⁷ hat sich das Gericht mit der Frage der Notwendigkeit einer vorherigen Abmahnung befasst. Nach Feststellung der Vorinstanz handelte es sich um einen gezielten Diebstahl, ohne sonstige relevante Einzelfallumstände. Das BAG stellt fest, dass ein Diebstahl eine Störung im Vertrauensbereich sei. Eine vorherige Abmahnung sei daher nur dann erforderlich, wenn

S. 126

- HFR 12/2011 S. 5 -

- 14 - der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig (z.B. wegen unklarer Anweisungen)
- 15 - oder er (wiederum mit vertretbaren Gründen) davon ausgehen konnte, sein Verhalten werde vom Arbeitgeber nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen.
- 16 Das BAG hat den Fall dann zurückverwiesen, weil die Vorinstanz die Dauer der Betriebszugehörigkeit aufgrund der Tatsache des Diebstahls nicht als relevantes Kriterium der Interessenabwägung angesehen hatte. Die Betriebszugehörigkeit sei aber ein Umstand, der für die Interessenabwägung in Betracht käme und bedeutend für die Frage sein könne, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses „jedenfalls noch“ bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten sei.
- 17 In einem Beschluss aus 1999 (Kündigung eines Betriebsratsmitglieds wegen Schrottverkaufs)¹⁸ stellt das BAG fest, dass auch bei Störungen im Vertrauensbereich das Erfordernis der Abmahnung zu prüfen sei und eine Abmahnung erforderlich sei, wenn es um steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers ginge und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden könne. Da es im konkreten Fall um ein schwerer wiegendes Vermögensdelikt ging, war eine „Hinnahme“ dieses Verhaltens durch den Arbeitgeber nach dem BAG ausgeschlossen - dem Arbeitnehmer müsse in einem solchen Fall bewusst sein, dass er seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setze. Eine Wieder-

¹⁴ ArbG Berlin vom 21.08.2008, 2 Ca 3632/08.

¹⁵ LAG Berlin-Brandenburg vom 24.02.2009, 7 Sa 2017/08.

¹⁶ BAG vom 17.05.1984, 2 AZR 3/83, NZA 1985, S. 91.

¹⁷ BAG vom 13.12.1984, 2 AZR 454/83, NZA 1985, S. 288.

¹⁸ BAG vom 10.02.1999, 2 ABR 31/98, NZA 1999, S. 708.

herstellung des Vertrauens sei nicht erreichbar, das Fehlverhalten würde sich auch künftig erheblich belastend auf das Arbeitsverhältnis auswirken.

- 18 Daraus leitet das BAG aber nicht ab, dass bei geringwertigen Diebstählen und einmaligem Vorfall eine gute Prognose bestehe, dass das Vertrauen - nach erfolgter Abmahnung mit der entsprechenden Warn- und Hinweiskfunktion - wieder herstellbar sei, und somit die Abmahnung einer Kündigung voranzugehen habe. Im ICE-Bordsteward-Fall aus 1999 (Mitnahme von Schinken und Bechern)¹⁹ führt das BAG dazu aus, dass der Kläger nicht davon ausgehen konnte, dass der Arbeitgeber sein Verhalten duldet und verweist im Übrigen darauf, dass der Kläger aufgrund der Eigenheit seines Arbeitsplatzes im Zugrestaurant nur schlecht zu überwachen sei und daher ein besonders hohes Vertrauen in ihn gesetzt werde. Auch wenn eine Abmahnung dazu führe, dass eine Wiederholung des pflichtwidrigen Verhaltens nicht zu erwarten sei, habe sie nicht unbedingt den Vorrang vor einer Kündigung, jedenfalls nicht bei „schwerwiegenden Verstößen“, deren Rechtswidrigkeit ohne weiteres erkennbar war. In diesen Fällen sei die Abmahnung entbehrlich.

S. 127

- HFR 12/2011 S. 6 -

- 19 In einer weiteren Entscheidung aus 2003 (Mitnahme von nicht mehr verkäuflichen Mini-Alkoholfäschchen)²⁰ hat das BAG nicht entschieden, sondern zurückverwiesen, aber der Vorinstanz gegenüber unterstrichen, dass die Frage der Geringwertigkeit keinesfalls eine Frage des wichtigen Grundes „an sich“ sein könne, sondern nur eine Frage der Zumutbarkeitsprüfung, die der Interessenabwägung zuzuordnen sei.
- 20 Die „Lippenstift“-Entscheidung des BAG²¹ befasste sich im Schwerpunkt mit der Frage der Verwertungsmöglichkeit von Tatsachen, die mitbestimmungswidrig gewonnen wurden. Die Ausführungen zum Kündigungsgrund sind aber wieder so gehalten, dass die Geringwertigkeit der Vermögensschädigung nicht mehr entscheidend in der anschließenden Interessenabwägung und Einzelfallbeurteilung zur Geltung kommen kann:
- 21 „Ein Arbeitnehmer, der im Zusammenhang mit seiner Arbeitsleistung strafrechtlich relevante Handlungen gegen das Vermögen seines Arbeitgebers begeht, verletzt damit seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht schwerwiegend und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen in erheblicher Weise. Dies gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn die rechtswidrige Verletzungshandlung nur Sachen von geringem Wert betrifft.“
- 22 Im Ergebnis führte diese Rechtsprechung dazu, dass bei Diebstahl und Unterschlagung (trotz mehrfacher Betonung, dass die strafrechtliche Wertung keine oder nur eine geringe Rolle spiele) auch die Interessenabwägung in der Regel zu Lasten des „Täters“ ausgehen musste, weil dieser seine Pflichten schwerwiegend verletzt hat und nicht damit rechnen durfte, dass sein Verhalten hingenommen würde. Die Tatsache, dass er trotzdem nicht von seinem Tun Abstand nahm, war das Indiz für den nicht mehr reparablen Vertrauensbruch.
- 23 Obwohl das BAG in der Kraftstoff-Diebstahl-Entscheidung von 1984 an das LAG zurückverwiesen hat, weil das LAG die Frage der Betriebszugehörigkeit bei einem Diebstahl nicht als notwendiges Abwägungskriterium angesehen hatte, ist festzustellen, dass in der bisherigen BAG-Rechtsprechung im Ergebnis der Raum für eine Interessenabwägung eng wurde, weil der Vertrauensbruch regelmäßig als irreparabel angesehen wurde und damit die Kündigung verhältnismäßig war, wenn nicht ganz besondere Umstände diesen Vertrauensbruch relativierten. Klueß geißelt dies als „Null-Toleranz-Prinzip“²², zitiert aber selbst eine ganze Reihe von erst- und zweitinstanzlichen

¹⁹ BAG vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98, NZA 2000, S. 421.

²⁰ BAG vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03, NZA 2004, S. 486.

²¹ BAG vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06, NZA 2008, S. 1008.

²² Klueß, NZA 2009, S.337 (339).

Urteilen, die aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls dazu kamen, dass zumindest die außerordentliche, oft aber auch die ordentliche Kündigung unwirksam waren.

- 24 Wenn es in vielen Entscheidungen heißt, dass es im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung darum gehe, ob das Festhalten am Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber zumindest bis zum Zeitpunkt der fristgemäßen Beendigung zuzumuten ist, dann führt dies leicht dazu, zu übersehen, dass in diesen Fällen die von den Arbeitsgerichten nach geschildertem Schema vorgenommene Wertung nach § 1 KSchG nur selten zu abweichenden Ergebnissen führt: Wenn etwa im Rahmen der außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB im Einzelfall eine vorherige Abmahnung für notwendig gehalten wird, so ist dies auch im Rahmen der verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung eine fehlende Wirksamkeitsvoraussetzung.

S. 128

- HFR 12/2011 S. 7 -

25 **III. Die Entscheidungen des Arbeitsgerichts Berlin und des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg**

Das Arbeitsgericht Berlin²³ ging nach ausführlicher Würdigung der (wechselnden) Sachverhaltsdarlegungen und einer Beweisaufnahme von einer Verdachtskündigung aus. Dies verwundert bei eingehender Lektüre, denn die festgestellten Fakten und die Beweiswürdigung legten nahe, dass der der Klägerin zur Last gelegte Sachverhalt (das An-sich-Nehmen der ihr nicht gehörenden Pfandbons und deren unberechtigte Einlösung) ausreichend bewiesen und alternative Sachverhaltsdarstellungen widerlegt waren. Damit war die öffentliche Diskussion über die Verdachtskündigung losgetreten, wobei sich wenige Diskutanten die Mühe machten, die sehr engen Voraussetzungen einer Verdachtskündigung überhaupt zur Kenntnis zu nehmen²⁴.

- 26 Das Arbeitsgericht richtet sich in der Begründung ausdrücklich an der BAG-Rechtsprechung aus, nach der die Geringfügigkeit eines Schadens bei einer vorsätzlichen Eigentums- oder Vermögensverletzung die grundsätzliche Eignung dieser Pflichtverletzung als wichtigen Kündigungsgrund nicht in Frage stellt. Die Berücksichtigung der Geringfügigkeit sei der weiteren Prüfung der Umstände des Einzelfalls und der Interessenabwägung vorbehalten.
- 27 Wesentlich dabei sei, ob trotz der eingetretenen Belastung des Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit für die Zukunft ein Festhalten am Arbeitsverhältnis zumutbar sei, weil die Störung keine oder nur geringe Auswirkungen auf die Zukunft hat. Bei Straftaten sei das Vertrauen regelmäßig auch für die Zukunft zerstört, ob es wiederherzustellen sei, müsse im Einzelfall zu prüfen sein.
- 28 Eine solche Wiederherstellung des Vertrauens im vorliegenden Fall schließt das Arbeitsgericht deshalb aus, weil die Klägerin stets betont habe, dass sie das ihr vorgeworfene Verhalten nicht als gravierend ansehe und Straftaten gegen den Arbeitgeber bei geringen Vermögensdelikten nie eine Kündigung rechtfertigen könnten. Angesichts dieser mehrfach untermauerten Haltung der Klägerin könne dem Arbeitgeber auch nicht zugemutet werden, die Klägerin über sieben Monate weiter zu beschäftigen, da die Klägerin auch in diesen sieben Monaten ständig den potentiellen Zugriff auf das Eigentum des Arbeitgebers habe.

S. 129

- HFR 12/2011 S. 8 -

- 29 Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg²⁵ ging nach nochmaliger Beweisaufnahme nicht mehr von einem Verdacht aus, sondern von der Tatbegehung durch die Klägerin. Ganz in der Linie der BAG-Rechtsprechung sah das LAG die Pflichten der Klägerin „auf das Schwerste verletzt“, unter anderem deshalb, weil die Klägerin als

²³ ArbG Berlin vom 21.08.2008, 2 Ca 3632/08.

²⁴ Dazu z.B. ErfK/ Müller-Glöße § 626 BGB Rn. 177f; Lunk NJW 2010, S. 2753.

²⁵ LAG Berlin-Brandenburg vom 24.02.2009, 7 Sa 2017/08.

KassiererIn wusste, dass auch kleine Unregelmäßigkeiten nicht hinnehmbar sind und weil die Bons ihr persönlich vom Marktleiter anvertraut waren mit klaren Anweisungen, wie zu verfahren war.

- 30 Sprachen diese Einzelfallumstände gegen die Klägerin, so berücksichtigte das LAG (ohne nähere Ausführungen, eher im Wege der Aufzählung) in der weiteren Interessenabwägung zwar die 31jährige beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit, das Alter der Klägerin und ihre eher schlechten Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Auch die Tatsache, dass der Schaden „nicht ins Gewicht“ fällt, wird zugunsten der Klägerin angeführt.
- 31 Eine Wiederherstellung des notwendigen Vertrauens sei aber nicht zu erwarten, da die Klägerin mit der Mitnahme und Einlösung der Pfandbons gegen den „Kernbereich ihrer Funktion“ verstoßen habe. Daher sei auch das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers höher zu gewichten als das Bestandsschutzinteresse der Klägerin.
- 32 Erschwerend wirke sich bei der Frage des Vertrauensverlustes aus, dass die Klägerin die Wegnahme der Pfandbons geleugnet habe, Dritte beschuldigt habe und Sachvortrag der Beklagten wiederholt bestritten habe, bis dieser nach Beweisaufnahme nicht mehr zu bestreiten war. Inwieweit diese Wertung des Verhaltens nach der Tat und des Prozessverhaltens für das LAG entscheidendes Gewicht für die Entscheidung hatte, ist der Entscheidung nicht eindeutig zu entnehmen: „wirkt sich weiter erschwerend aus“, heißt es im Text, aber immerhin hat dieser Gesichtspunkt auch in die vom Gericht veröffentlichten Leitsätze Eingang gefunden:
- 33 „Auf den Einzelfall bezogen war hier in der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Klägerin im Rahmen der arbeitgeberseitigen Aufklärung den Sachverhalt beharrlich geleugnet, den Verdacht haltlos auf andere Mitarbeiter abzuwälzen versucht hat und sich im Prozess entgegen § 138 ZPO zu maßgeblichem Sachvortrag wahrheitswidrig eingelassen hat (Hervorhebung vom Verfasser). Dadurch war der Vertrauensverlust irreparabel geworden.“

S. 130

- HFR 12/2011 S. 9 -

- 34 Das BAG hat in seinem Beschluss, mit dem es die Revision zugelassen hat, diese Berücksichtigung des Prozessverhaltens als eine klärungsbedürftige Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gewertet²⁶. Das LAG Berlin-Brandenburg habe das prozessuale Verhalten der Klägerin als wesentlichen Gesichtspunkt in die Interessenabwägung einbezogen. Ohne diesen Gesichtspunkt wäre das Ergebnis möglicherweise ein anderes gewesen, die aufgeworfene Rechtsfrage sei daher entscheidungserheblich.
- 35 Ohne nähere Begründung erwähnt das LAG Berlin-Brandenburg schließlich im Rahmen der Interessenabwägung, dass der Arbeitgeber „gerade im Einzelhandel bei seinen Reaktionen auf Vermögensdelikte präventive Gesichtspunkte beachten muss und beachten darf.“ Weniger zurückhaltend hatte bereits vorher das BAG formuliert:
- 36 „In einem Handelsunternehmen, dessen Waren den Arbeitnehmern anvertraut sind, kann es allein aus Gründen der Abschreckung der anderen Mitarbeiter erforderlich sein, in Diebstahlsfällen hart durchzugreifen.“²⁷
- 37 Dies mag in der Sache einleuchten, aber die Kündigung hat nach Übereinstimmung fast aller arbeitsrechtlicher Entscheider und Kommentatoren gerade keinen Sanktionscharakter, sondern es geht - so die „reine Lehre“ - nur um die Prognose im Hinblick auf den künftigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses. Diese in der Praxis der Personalarbeit sicher nicht durchgängig wahrgenommene Differenz zwischen Sanktion und Prognose wird durch den hohen Stellenwert der Frage des Vertrauens und seiner Wiederherstellbarkeit (bzw. seines irreparablen Verlusts) in der arbeitsrechtlichen Dogmatik leidlich,

²⁶ BAG vom 28.07.2009, 3 AZN 224/09.

²⁷ BAG 11.12.2003, 2 AZR 36/03.

aber nicht überzeugend überbrückt und zusammengeführt.

S. 131

- HFR 12/2011 S. 10 -

38 **IV. Die Kritik an der seitherigen Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung des BAG und die sich darauf stützende Rechtsprechung der Instanzen sind nicht ohne Kritik geblieben und dies nicht nur vom Ergebnis her. Dabei wird hier zunächst auf die „systemimmanente“ Kritik an der Anwendung und Umsetzung der entwickelten Prinzipien hingewiesen, auf die grundsätzliche Kritik an der Entwicklung des Kündigungsrechts wird unter X. eingegangen.

39 Zu Recht wird gerügt, dass die juristische Subsumtion der zur Kündigung Anlass gebenden Handlung oft sehr oberflächlich erfolgt, sowohl was die zivilrechtliche²⁸ als auch die strafrechtliche Seite anbelangt²⁹. Das Arbeitsrecht muss bei der Frage eines wichtigen Grundes zur Kündigung nicht der strafrechtlichen Wertung folgen, dennoch ist es sowohl für die Frage des wichtigen Grundes als auch ggf. in der Interessenabwägung nicht ohne Belang, ob überhaupt ein Vermögensdelikt gegen den Arbeitgeber vorliegt, ob es einen Schaden gibt, wer ihn erlitten hat und welche Folgen daraus resultieren.

40 Eine weitere wesentliche Kritik betrifft die Anwendung der Grundsätze für das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung³⁰. Exemplarisch kann dies beim ebenfalls zu gewisser Berühmtheit gelangten Maultaschen-Urteil des Arbeitsgerichts Lörrach³¹ nachvollzogen werden: Das Gericht setzt sich ausführlich und penibel mit dem Sachverhalt auseinander und wägt fast beispielhaft gewissenhaft und auch von sozialen Erwägungen geleitet die gegenseitigen Interessen ab. Es arbeitet heraus, dass die Klägerin wusste, dass ihr Verhalten den ausdrücklich veröffentlichten und bekannten Regeln widersprach und hält der Klägerin auch ihre anschließenden Bagatellisierungsversuche vor. Darin wird die Vertrauensstörung gesehen und soweit kann dem gefolgt werden. Das Gericht spricht dann allerdings vom „unbedingten Vertrauen“, das der Arbeitgeber in seine Mitarbeiter haben müsse und stellt dann keine Erwägungen mehr an, ob eine Abmahnung nicht im vorliegenden Fall geeignet sein könne, zu bewirken, dass es im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu keinen solchen Pflichtverletzungen und Vertrauensstörungen mehr komme. Dafür gab es genügend, auch vom Gericht herausgearbeitete Anhaltspunkte, die der Abwägung wert gewesen wären.

S. 132

- HFR 12/2011 S. 11 -

41 **V. Gesetzentwürfe und Vorschläge zu Bagatellgrenzen**

Nachdem „Emmely“ und ihr Verfahren die Verfehlungen mit geringfügigem wirtschaftlichen Schaden und die Verdachtskündigung zum öffentlichen Reizthema gemacht haben, gab es zwei Gesetzesvorlagen mit der Absicht, die Hürden für eine ordentliche und eine außerordentliche Kündigung deutlich zu erhöhen³².

42 Der Gesetzentwurf der SPD-Fraktion sieht vor, dass jeder verhaltensbedingten Kündigung, sowohl der ordentlichen wie der außerordentlichen, „in der Regel“ eine Abmahnung vorangehen muss. Dies gelte auch bei Handlungen, die gegen das Eigentum oder das Vermögen des Arbeitgebers gerichtet sind, „wenn der wirtschaftliche Schaden nicht ins Gewicht fällt“ (Entwurf zu einem neuen § 1 Abs. 3 KSchG mit entsprechendem Verweis in § 626 BGB).

43 „In der Regel“ lässt Ausnahmen zu - die Begründung spricht von „nach Art und Aus-

²⁸ Schall, NJW 2010, S. 1248.

²⁹ Schall, RdA 2010, S. 225.

³⁰ Differenziert Schlachter, NZA 2005, S. 433; Preis, zuletzt AuR 2010, S. 186 und 242.

³¹ ArbG Lörrach vom 16.10.2009, 4 Ca 248/09.

³² Entwurf der Fraktion der SPD BT-Drucksache 17/648 vom 09.02.2010 und Entwurf der Fraktion DIE LINKE BT-Drucksache 17/649 vom 09.02.2010. Zusätzlich gibt es einen Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN BT-Drucksache 17/1986 vom 09.06.2010.

wirkungen ungewöhnlich schweren Vertragsverletzungen", bei denen eine Kündigung ohne Abmahnung weiterhin möglich sein sollte.

- 44 Nach der Begründung bleibt ein bloßer Verdacht folgenlos, erst bei einer Bestätigung des Verdachts in einem Strafverfahren könne „gegebenenfalls“ eine Abmahnung ausgesprochen werden. Dem Entwurf des Gesetzes ist diese Abschaffung der Verdachtskündigung allerdings nicht direkt zu entnehmen.
- 45 Für den Regelfall wird die Kündigung bei einer Straftat mit geringem wirtschaftlichen Schaden praktisch ausgeschlossen. Die Einzelfallwürdigung, z.B. Umstände der Tat, wie die Frage, ob der entwendete oder unterschlagene Vermögenswert dem Arbeitnehmer dienstlich zur besonderen Obhut anvertraut wurde, ebenso die gesamte Interessenabwägung würden in diesem Fall komplett entfallen³³. Im Kündigungsrecht müsste eine völlig neue Dogmatik aufgebaut werden, anhand der Begriffe „in der Regel“ und auch anhand der für ein Gesetz nicht sehr überzeugenden Formulierung eines „nicht ins Gewicht“ fallenden wirtschaftlichen Schadens.

S. 133

- HFR 12/2011 S. 12 -

- 46 Die Botschaft, dass „kleinere“ Straftaten gegen den Arbeitgeber (oder auch gegen Arbeitskollegen) maximal zu einer Abmahnung führen können, ist fatal.
- 47 Noch direkter findet sich diese Botschaft im Gesetzentwurf der Fraktion „DIE LINKE“: Die Kündigung ist nach diesem Entwurf bei Eigentums- oder Vermögensdelikten ohne vorherige Abmahnung unwirksam, wenn diese sich auf geringwertige Gegenstände bezogen haben (auch nach diesem Entwurf soll ein neuer § 1 Abs. 3 KSchG eingefügt werden). Für eine Würdigung des Einzelfalls besteht danach keinerlei Spielraum.
- 48 Die Verdachtskündigung wird für rechtsunwirksam erklärt (neuer § 1 Abs. 4 KSchG). In § 626 BGB sollen die vorgeschlagenen Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes entsprechend übernommen werden, allerdings ist hier die Formulierung völlig verunglückt: „Die Fortsetzung des Dienstverhältnisses ist ohne vorherige Abmahnung zumutbar, ...“ soweit es um Eigentums- oder Vermögensdelikte mit geringem wirtschaftlichen Schaden gehe.³⁴
- 49 Neben den Gesetzentwürfen wurde der Vorschlag der Einführung einer Bagatellgrenze von € 50,00 gemacht, in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 248a StGB³⁵. Die Analogie trägt aber nicht: Das Strafrecht hat andere Ziele als das Arbeitsrecht, bei dem es um die Weiterführung oder Nichtweiterführung eines intensiven Dauerschuldverhältnisses geht³⁶. Und § 248a StGB enthält eben gerade keine absolute Rechtsfolge, sondern öffnet auch für diese Straftaten die Strafverfolgung von Amts wegen, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten scheint. Und ein Antrag auf Strafverfolgung ist auch im Bereich des § 248a StGB immer möglich.
- 50 Die beiden Initiativen werden folgenlos bleiben - auch in möglichen neuen politischen Konstellationen. Sie sind Beleg dafür, dass die „heiße Nadel“ nicht für Gesetzgebung taugt und dass Emotionen im Einzelfall in aller Regel auch kein hinreichender Anlass für Gesetzgebung sein sollten.

S. 134

- HFR 12/2011 S. 13 -

51 VI. Die angekündigte Wende: Das BAG-Urteil vom 23.06.2009

In diesem Fall³⁷ hatte eine Mitarbeiterin durch verschiedene „Transaktionen“ erreicht,

³³ Dazu kritisch Binkert, NZA 2010, S. 433.

³⁴ Eingehende Auseinandersetzungen mit den Gesetzesentwürfen finden sich in der Ausschussdrucksache 17(11)211 des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Arbeit und Soziales vom 25.06.2010. Bemerkenswert ist, dass als Einzelsachverständigem hier auch dem Prozessvertreter der Klägerin, also einem Beteiligten mitten aus dem aktuellen Kampfgetümmel, die Bühne eingeräumt wurde.

³⁵ Klueß, NZA 2009, S. 337.

³⁶ Dazu Reuter, NZA 2009, S. 594.

³⁷ BAG vom 23.06.2009, 2 AZR 103/08.

einen Gutschein für den Bezug von Waren aus dem hauseigenen Sortiment zu nutzen, um Bargeld aus der Kasse des Unternehmens zu bekommen. Dies war bei der Gewährung des Gutscheins ausdrücklich untersagt. Obwohl für den Leser des Urteils und seines Sachverhalts eine erhebliche Energie bei der Durchführung der Manipulationen zum Erreichen des ausdrücklich untersagten Ziels deutlich wird, hat das BAG eine „eindeutige Negativprognose“ nicht gesehen und die Kündigung für unwirksam erklärt. Die fast lehrbuchhaften rechtlichen Ausführungen durchschlagen wirksam den bisher fast nicht aufzulösenden Automatismus von Vermögensdelikt, Vertrauensstörung und Negativprognose:

- 52 „Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt das so genannte Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht Sanktion der Pflichtverletzung sondern dient der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen (...). Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Deshalb setzt eine Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Sie dient der Objektivierung der negativen Prognose.
- 53 Die Abmahnung ist zugleich aber auch Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. (...) Eine vorherige Abmahnung ist (...) nur entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist.“ (Rz. 32,33, unter Weglassung der Zitate)
- 54 Damit wird die bisherige BAG-Rechtsprechung trotz einiger übernommener Formulierungen fast auf den Kopf gestellt: War bisher die Abmahnung bei Pflichtverletzungen im „Vertrauensbereich“ regelmäßig entbehrlich, so ist jetzt immer eine sorgfältige Prüfung nötig, ob eine Abmahnung nicht doch geeignet sein kann, solche Pflichtverletzungen für die Zukunft auszuschließen.

S. 135

- HFR 12/2011 S. 14 -

55 **VII. Das BAG-Urteil zu „Emmely“**

Gut Ding braucht Weile? Erst mehr als 4 Monate nach der Verkündung des durchaus spektakulären Urteils lagen die Entscheidungsgründe vor. Das BAG hat ohne Zurückverweisung selbst entschieden, dass sowohl die außerordentliche Kündigung als auch die vorsorgliche fristgemäße Kündigung unwirksam sind, weil eine Abmahnung ausreichend gewesen wäre und die Kündigungen daher dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuwiderliefen.

- 56 Das BAG hält an den zwei Prüfungsstufen fest, nämlich zunächst der Frage, ob ein Sachverhalt als Kündigungsgrund „an sich“ geeignet ist sowie dann folgend der Prüfung, ob unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.
- 57 Wie schon in früheren Entscheidungen bestätigt das BAG erneut, dass die strafrechtliche Bewertung nicht maßgeblich sei. Dies ist aber im vorliegenden Fall der Einlösung der Pfandbons nicht überzeugend, denn eine genauere Prüfung legt nahe, dass vorliegend gar kein Vermögensdelikt zu Lasten der Beklagten vorlag, sondern allenfalls eine durch das Einlösen der Bons verhinderte Chance der Vermögensmehrung, die für den wahrscheinlichen Fall bestanden hätte, dass der Kunde, der die Bons verloren hat, sich nach diesem Zeitraum nicht mehr gemeldet hätte³⁸. Das BAG führt aus, dass sich die Klägerin einen Vermögensvorteil verschafft habe, der ihr nicht zustand. Wenn das allein der Vorwurf wäre, könnte man mit guten Gründen fragen, ob eine Kündigung

³⁸ Schall, RdA 2010, S. 225.

darauf gestützt werden kann, wenn kein Vermögensschaden vorliegt und keine weiteren Nachteile (etwa bei Kunden) eingetreten sind.

- 58 Was bliebe, wäre allerdings weiterhin eine Pflichtverletzung: Es gab eine klare Weisung des Vorgesetzten an die Klägerin zum Umgang mit den Bons, die er ihr persönlich anvertraut hatte.
- 59 Im Übrigen gibt es in der Entscheidung zum Thema „Kündigungsgrund an sich“ nichts Neues. Das BAG zitiert frühere Urteile, unter anderem die oben zitierte „Lippenstift“-Entscheidung³⁹ und bekräftigt noch einmal, dass die vorsätzliche und rechtswidrige Verletzung von Eigentum und Vermögen immer geeignet ist, die Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung in Frage zu stellen. Die damit verbundene Erschütterung der Vertrauensgrundlage träte unabhängig vom konkreten wirtschaftlichen Schaden ein, möglicherweise sogar, wenn gar kein Schaden verursacht sei.

S. 136

- HFR 12/2011 S. 15 -

- 60 Interessant wird es bei der Interessenabwägung. Hier werden die Akzente sehr deutlich neu gesetzt, auch wenn sich das BAG auf eigene „ständige Rechtsprechung“ beruft:

Für diese Abwägung sei das Gewicht und die Auswirkungen der Vertragsverletzung zu prüfen, dabei spiele auch der wirtschaftliche Schaden und das Maß des Vertrauensverlustes eine Rolle. Auf der anderen Seite der Waagschale seien der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsfahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf zu bewerten (Rn. 34 des Urteils). Auch dies hält sich noch im bekannten Rahmen. Der nächste Satz allerdings lässt aufhorchen:

- 61 „Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber *sämtliche milderen Mittel unzumutbar sind.*“ (Rn. 34 - Hervorhebung vom Verfasser)
- 62 Mildere Möglichkeiten im Sinne der Verhältnismäßigkeit seien insbesondere die ordentliche Kündigung oder die Abmahnung, die dann einzusetzen sei, wenn sie geeignet sei, das Risiko künftiger Störungen zu vermeiden.
- 63 Zugleich werde damit dem Prognoseprinzip Rechnung getragen: Auch bei Störungen im Vertrauensbereich sei es nicht stets und von vorneherein ausgeschlossen, verlorenes Vertrauen zurückzugewinnen. Einer Abmahnung bedürfe es nur dann nicht, wenn
- 64 „eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist.“ (Rn. 37)
- 65 Konsequentermaßen beruft sich das BAG dabei auf das oben angesprochene Urteil vom 23.06.2009⁴⁰. Obwohl sich ähnliche Sätze in gleichem Wortlaut auch schon früher finden, ist der Unterschied dennoch nicht zu verkennen: War früher allein die Tatsache des Vermögensdelikts ausreichend, eine „schwere“ Pflichtverletzung und damit einhergehend einen in der Regel irreparablen Vertrauensbruch anzunehmen, so sieht sich das BAG diesmal veranlasst, bei der Klägerin zwar einen erheblichen, das Vertrauen in ihre Redlichkeit beeinträchtigenden Vertragsverstoß zu konstatieren (Rn. 42), der aber dennoch nicht den Weg zur sofortigen Kündigung öffnet. Der Verstoß ist aus Sicht des BAG nicht geeignet, insbesondere mit Blick auf die Betriebszugehörigkeit der Klägerin und die Einmaligkeit des Verstoßes, das aufgebaute Vertrauen „vollständig und unwiederbringlich“ zu zerstören.

³⁹ BAG vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06.

⁴⁰ BAG vom 23.06.2009, 2 AZR 103/08.

S. 137

- HFR 12/2011 S. 16 -

- 66 Auch die generellen Ausführungen des BAG zum Thema Vertrauen im Arbeitsverhältnis relativieren die bisher sehr hoch gelegte Messlatte:

„Im Arbeitsverhältnis geht es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen in die moralischen Qualitäten der je anderen Vertragspartei. Es geht allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen ist.“ (Rn. 47)

- 67 Weiter unten heißt es, der Wunsch der Beklagten, nur solche Mitarbeiter zu beschäftigen, die in jeder Hinsicht ohne Fehl und Tadel seien, sei zwar berechtigt, mache aber die Weiterbeschäftigung der Beklagten nicht unzumutbar.

- 68 Mit diesen Ausführungen stellt das BAG keine neuen Spielregeln auf, aber die vorhandenen Spielregeln werden deutlich anders interpretiert und in der Anwendung akzentuiert.

- 69 Das BAG wertet daher den Sachverhalt noch einmal ausführlich: Die Bons waren der Klägerin anvertraut worden mit klarer Weisung. Es sei originäre Aufgabe der Klägerin als Kassiererin, Einnahmen zu sichern und zu verbuchen, sie müsse besonders ehrlich und zuverlässig sein. Allerdings habe sie nicht heimlich die Bons verwertet, sondern offen an der Kasse vorgelegt, in Anwesenheit ihrer Vorgesetzten. Die fehlende notwendige Abzeichnung der Bons sei nicht zu übersehen gewesen. Dies zeige, dass sie ihr Verhalten selbst als tolerabel oder korrigierbar eingeschätzt habe, was für die Bewertung des Vertrauensverlustes ein wichtiger Gesichtspunkt sei. Weiterhin sei die lange beanstandungsfreie Tätigkeit als Verkäuferin und Kassiererin dahingehend zu berücksichtigen, dass das erworbene Vertrauen - bei objektiver Beurteilung - nicht durch die einmalige Fehlleistung aufgezehrt sein könne⁴¹.

- 70 Die intensive Auseinandersetzung des BAG mit den (vom Gericht keineswegs heruntergespielten) Pflichtverletzungen der Klägerin einerseits, mit der konkreten Bewertung des Vorfalls, dann aber auch den Möglichkeiten und Erwartungen, gestörtes Vertrauen wieder herzustellen, unterscheidet diese Entscheidung erheblich von früheren Entscheidungen wie etwa dem ICE-Bordstewart-Fall⁴². Das BAG fordert nunmehr vom Arbeitgeber eine eingehende Prüfung vor einer Kündigung - auch bei Vermögensdelikten und anderen Pflichtverletzungen im Vertrauensbereich - ob andere Reaktionen, insbesondere eine Abmahnung geeignet und zumutbar und damit ausreichend sind.

S. 138

- HFR 12/2011 S. 17 -

- 71 Von Bedeutung ist die Entscheidung noch in zwei weiteren Punkten:

Wenn der Arbeitgeber wegen eines Verdachts kündigt, das Arbeitsgericht aber von der Tatbegehung ausgeht und die Kündigung daraufhin beurteilt, so ist dennoch die Betriebsratsanhörung für die Verdachtskündigung ausreichend, wenn die zum Kündigungsentschluss führenden Fakten ordnungsgemäß mitgeteilt wurden (Rn. 23, 24)

- 72 Anders als die Vorinstanzen sieht das BAG im fragwürdigen Prozessverhalten der Klägerin keine für den Kündigungsgrund oder die Interessenabwägung relevanten Momente. Nur wenn zwischen den ursprünglichen Gründen und den Vorgängen vor Gericht „enge innere Beziehungen“ bestünden und der Kündigungsgrund damit in „neuem Licht“ erscheint, sei das prozessuale Verhalten geeignet, den Kündigungsgrund zu verstärken. Selbst bei der Beurteilung des Vertrauens sieht das BAG im Prozessverhalten keine maßgeblichen Gesichtspunkte, da auch insoweit auf den Zeitpunkt der Kündigung

⁴¹ Was dies für die Fragen der Entfernung von Abmahnungen aus der Personalakte nach Zeitablauf bedeutet, behandeln Schrader, NZA 2011, S. 180 und Novara/Knierim, NJW 2011, S. 1175.

⁴² BAG vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98.

abzustellen sei. Gegebenenfalls seien der Auflösungsantrag nach §§ 9, 10 KSchG oder eine weitere Kündigung angemessene Reaktionsmöglichkeiten. (Rn. 51 -57)

S. 139

- HFR 12/2011 S. 18 -

73 VIII. Bewertung der BAG-Entscheidung

Ein Manager findet abends zuhause in seiner Jackett-Tasche einen tagsüber genutzten Stift, der Stift fliegt auf den privaten Schreibtisch und dort bleibt er auch. Der Sachbearbeiter schreibt abends einen eiligen Brief ans Finanzamt, hat keinen Briefumschlag mehr zuhause und tütet den Brief am Morgen im Büro mit einem Umschlag aus dem Büromaterialschrank ein. Der Controller hat sein privates Mobiltelefon im Auto liegen lassen und erledigt deshalb ein privates Ortsgespräch in der Pause an seinem Arbeitsplatz mit dem ihm zugeordneten Festnetztelefon. Der Instandhalter braucht für eine private Reparatur zu Hause eine Unterlegscheibe und entnimmt sie dem Instandhaltungs-Materiallager. Nur wenige absolvieren ein langes Arbeitsleben ohne jede Fehlleistung dieser oder ähnlicher Art⁴³.

74 Hinzu kommen die Fälle aus der (zumindest von Beteiligten so wahrgenommenen) Grauzone: Die Mitnahme von zur Müllentsorgung vorgesehenen Gegenständen, Lebensmittel, die vernichtet werden sollen etc. Hier muss zusätzlich die Frage gestellt werden, ob die (in der Regel vorliegende) Fehleinschätzung vorhaltbar war.

75 Die aufgeheizte öffentliche Diskussion hat einen nachvollziehbaren und berechtigten Kern. Ja, dies sind Pflichtverletzungen, teilweise Straftaten, begangen werde sie aus Bequemlichkeit oder angesichts der Geringfügigkeit aus - durchaus zu rügendem - mangelnden Unrechtsbewusstsein. Dass solche Fehlleistungen fast notwendig zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung führen, wenn nicht ganz besondere spezielle Umstände in der Interessenabwägung für den „Täter“ sprechen - dies war nicht nur für Tageszeitungs-Kommentatoren und Solidaritätsgruppen ein Unbehagen bereitendes Ergebnis.

76 Dieses Unbehagen steigert sich, wenn bei der Lektüre des einen oder anderen Sachverhalts die Vermutung aufkommt, dass der Kündigungssachverhalt vielleicht nicht ganz unwillkommen war, um einen ungeliebten oder nicht mehr notwendigen Mitarbeiter abzubauen.

77 Der vorliegende Fall - und damit auch der Ausgang des Rechtsstreits - können kein Anlass zur Zufriedenheit sein. Zu sehr hat sich die Klägerin ausweislich der gewürdigten Tatsachen mit ihren Winkelzügen ins Abseits begeben. Die beklagte Arbeitgeberin, die den Lohn für mehr als ein Jahr nachzahlen durfte, bleibt zu bedauern. Sie wird das vom BAG festgestellte „objektiv“ noch vorhandene Vertrauen in die Klägerin subjektiv sicher nicht spüren. Aber die vom BAG für künftige Fälle aufgestellte und geforderte neue Prüfungsschärfe ist zu beachten und teilweise zu begrüßen.

S. 140

- HFR 12/2011 S. 19 -

78 Das BAG fordert zu Recht von den Beteiligten Augenmaß. Dazu brauchte es keine Rechtsprechung zu ändern, es musste nur die eigenen Grundsätze konsequent anwenden.

79 Der Vorrang der Abmahnung vor der Kündigung ist auch ein Stück Führungskultur im Unternehmen. Die Abmahnung steht dafür, dass auch Arbeitsverhalten beeinflusst werden kann. Sie steht dafür, dass im Arbeitsleben auch schwerwiegendere Fehler gemacht werden, aber darauf auch angemessen und wirksam reagiert werden kann. Die Antwort kann nicht nur eine Kündigung sein. Die Kündigung ist „ultima ratio“. Das Gewicht einer Abmahnung ist in der Praxis gestaltbar. Wenn durch den Rahmen der Über-

⁴³ Walter, AuR 2010, 59 zitiert nicht zu Unrecht: „Wer unter Euch ohne Sünde ist, werfe den ersten Stein.“

gabe einer solchen Abmahnung in einem Gespräch mit Vorgesetzten, Personalleiter und Betriebsrat die Ernsthaftigkeit der Situation unterstrichen wird, so ist dies sicher erfolgsversprechender, als wenn ein formelhaft verfasster Brief an die Heimatadresse verschickt wird.

80 IX. Erste Reaktionen der Rechtsprechung

Eine erste Reaktion des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg ließ nicht lange auf sich warten: Die Kammer des Vizepräsidenten hat eine Kündigung mit mehrfachem Hinweis auf die Pressemitteilung (!) zum Emmely-Urteil des BAG für unwirksam erklärt und dabei ausgeführt, dass auch erhebliche Pflichtverletzungen nicht ohne weiteres zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen müssen. Ein trotziges „Ihr habt es so gewollt“ ist zwischen den Zeilen zu lesen, dennoch ist es eine sorgfältig aufbereitete und gut begründete Entscheidung⁴⁴. Andere Instanzgerichte folgten der gelegten Spur⁴⁵.

81 Bemerkenswert ist allerdings, dass die zweite Kammer des BAG nur wenige Wochen nach Veröffentlichung der Begründung in Sachen „Emmely“ in einem weiteren Fall der unberechtigten Einlösung von Gutscheinen (!) durch eine Kassiererin (!) die Bewertung des LAG Sachsen-Anhalt nicht in Frage stellt, dass trotz langjähriger Betriebszugehörigkeit und Einmaligkeit des Vorfalls die fristlose Kündigung ohne vorhergehende Abmahnung gerechtfertigt ist⁴⁶. Auch bei einem Arbeitszeitbetrug hat das BAG die Entscheidung des LAG Niedersachsen bestätigt, dass eine Abmahnung bei einem solchen Vertrauensmissbrauch entbehrlich sei⁴⁷.

S. 141

- HFR 12/2011 S. 20 -

82 X. Grundsätzliche Fragen zur Kündigungsrechtsprechung

Wie oft, wenn sich Rechtsprechung langjährig entwickelt, gerät die gesetzliche Grundlage, obwohl immer zitiert, etwas aus dem Blick. Rüthers⁴⁸ hat 1998 in aller Deutlichkeit darauf hingewiesen: Das „ultima ratio“-Gebot für eine Kündigung findet in § 1 KSchG keine Stütze. Genauso wenig das Prognoseprinzip. Die Interessenabwägung ist in § 626 BGB für die Frage reserviert, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Alles darüber hinaus ist weiter entwickelte Rechtsprechung, Rechtsprechung mit Vorverständnis.

83 Das Kündigungsschutzgesetz hatte das Ziel und den Auftrag, willkürliche Arbeitgeberkündigungen und den willkürlichen Austausch von Arbeitnehmern zu verhindern. Stattdessen wurde eine sachliche Begründung im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers bzw. eine Begründung aus der betrieblichen Situation gefordert. An der grundsätzlich möglichen Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen, auch Arbeitsverhältnissen war damit aber nicht gerüttelt⁴⁹.

84 Die von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Systematik machte die Kündigung allerdings zum Ausnahmetatbestand, zur Anomalie. Rüthers arbeitet schonungslos die ideologischen Wurzeln dieses Bemühens heraus, die im Arbeitsverhältnis weniger ein vertragliches und damit kündbares Austauschverhältnis sehen, sondern einen personenrechtlichen Bund, der beiden Seiten eine hohe - von außen verordnete - Bindungsverpflichtung auferlegt⁵⁰. Dies wird im BAG-Urteil zu Emmely evident, wenn der Verlust des Vertrauens, der den Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst hat, nicht mehr aus seiner Arbeitgebersicht gewertet wird, sondern „objektiv“ geprüft wird, ob nicht doch noch Vertrauen da zu sein habe. Die Wurzeln liegen im Umbau des Arbeits-

⁴⁴ LAG Berlin-Brandenburg vom 16.09.2010, 2 Sa 509/10.

⁴⁵ Siehe NZA aktuell, Heft 04/2011, S. XIII.

⁴⁶ BAG vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08.

⁴⁷ BAG vom 09.06.2011, 2 AZR 381/10.

⁴⁸ Rüthers, NJW 1998, S. 1433.

⁴⁹ Bengelsdorf, SAE 2011, S. 122 (127).

⁵⁰ Rüthers, NJW 1998, S. 1433 (1436ff).

rechts und aller anderen Rechtsgebiete nach 1933 - unter Ausblendung der Entstehung wurden sie weitgehend unbekümmert (oder manchmal vielleicht auch gerade nicht unbekümmert) in das Arbeitsrecht der Bundesrepublik transportiert⁵¹.

S. 142

- HFR 12/2011 S. 21 -

85 Dass es sich hier nicht um theoretische Erwägungen handelt, zeigt ein neues Urteil des BAG zur personenbedingten Kündigung bei mehrjähriger Freiheitsstrafe⁵². Obwohl der Vertragspartner aus eigenem Verschulden über Jahre hinweg an der versprochenen Leistungserbringung verhindert ist, genügt dieses Faktum dem BAG nicht allein zur Kündigung: Das BAG stellt eine umfassende Interessenabwägung an und erfindet - mit Verweis auf das Teilzeitbefristungsgesetz und die Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung - eine Grenze von 24 Monaten, bei deren Überschreitung die Überbrückung des Ausfalls nicht mehr zumutbar, nur schwierig zu gestalten und daher die Kündigung zulässig ist. Damit ist die Grenze gesetzt. Bei Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren wird der Arbeitgeber dies im Regelfall geduldig hinzunehmen haben. Die umfangreichen Darlegungen des BAG sind nur dann nachvollziehbar, wenn das Grundaxiom heißt, dass an einem Arbeitsverhältnis arbeitgeberseitig auch bei gravierender Leistungsstörung unter fast allen Umständen festzuhalten ist, es sei denn, es werden hohe Grenzen der Zumutbarkeit überschritten. Die Tatsache, dass auch der Gesichtspunkt der Resozialisierung bei dieser Interessenabwägung für das BAG eine Rolle spielt, zeigt, dass der Arbeitgeber hier gesamtgesellschaftliche Aufgaben aufgelegt bekommt, für die es - anders als etwa bei den staatlichen Zielen der Familienförderung durch Elternurlaub - keinerlei gesetzliche Grundlage gibt.

86 Bengelsdorf greift die grundsätzliche Kritik an der Kündigungsrechtsprechung des BAG in seiner Besprechung zu „Emmely“ auf und setzt sich äußerst kritisch und mit vielen Nachweisen mit dem Argumentationsgebäude des BAG auseinander⁵³. Zu einer grundlegenden Richtungsänderung wird dies nicht führen, da die Praxis zwangsläufig mit den Anforderungen des BAG arbeiten muss und damit die Rechtsprechung als geeignet bestätigt wird - allerdings nur soweit die Anforderungen für den Einzelfall einigermaßen zuverlässig zu extrapolieren sind. Dennoch ist die grundsätzliche Kritik für die weitere Entwicklung immens wichtig - und sei es nur, weil die Verschärfung der Anforderungen an eine Kündigung bekanntermaßen zu Ausweichreaktionen führt (befristete Arbeitsverträge, Arbeitnehmerüberlassung), die gesellschaftlich gesehen durchaus unterschiedliche und zum Teil nicht wegzudiskutierende negative Aspekte haben.

S. 143

- HFR 12/2011 S. 22 -

87 **XI. Praxishinweise**

Es gilt, endgültig Abschied zu nehmen von einer in der Personalpraxis viel gehörten, aber noch nie wirklich zutreffenden These: Bei Verstößen im Vertrauensbereich sei eine vorherige Abmahnung vor einer Kündigung immer entbehrlich. Dies hat noch nie in dieser Absolutheit gestimmt, aber mit dem BAG-Urteil zu „Emmely“ muss diese These nunmehr aus allen Handbüchern, Handreichungen, Kursskripten etc. gestrichen werden. Wie bei anderen Pflicht- und Vertragsverletzungen ist auch vor einer Kündigung wegen Vermögensdelikten zu prüfen, ob zunächst eine Abmahnung erforderlich und ausreichend ist. Eine klar formulierte Abmahnung, die das gerügte, aber auch das erwartete Verhalten deutlich beschreibt und für den Wiederholungsfall eine Kündigung androht, ist in der Praxis durchaus geeignet, Einstellung und Verhalten eines Mitarbeiters umzusteuern.

88 „Emmely“ und die zahllosen anderen Fälle sollten aber auch Anlass sein, vermeidbare „Grauzonen“ zu reduzieren: In jedem Betrieb sollte es maßvolle, aber auch klare Regelungen zum Umgang mit Reststoffen und zur privaten Nutzung von Betriebs-

⁵¹ Rütters, NJW 1998, S. 1433 (1436ff).

⁵² BAG vom 25.11.2010, 2 AZR 984/08.

⁵³ Bengelsdorf, SAE 2011, S. 122.

mitteln geben (Maschinen, Fahrzeuge, Telefon, Internet oder auch nur das Aufladen von Mobiltelefonen). Compliance und Conduct beginnen bereits in der Werkstatt und am Büroarbeitsplatz. An dieser Stelle sei nur erwähnt, dass dabei u.a. auch steuerrechtliche Fragen, Haftungs- und Gewährleistungsfragen, Datenschutz- und Telekommunikationsregeln sowie Hygienevorschriften geprüft werden müssen.

- 89 Auch für die anwaltliche Praxis gibt „Emmely“ Stoff zum Nachdenken: Mandanten dürfen und müssen vom Anwalt geführt werden. Der durch die Kündigung aufgewühlte Mandant redet sich bei fehlender Führung womöglich um Kopf und Kragen. Auch wenn der Anwalt wie bei „Emmely“ geschehen, in Übereinstimmung mit seiner Mandantin Politik gestalten will und sich dabei öffentlicher (oder organisierter) Unterstützung sicher ist, hat er doch und gerade die Aufgabe, Argumente so zu steuern, dass sie nicht zur zusätzlichen Belastung des Mandanten führen.

Zitierempfehlung: Horst Rieth, HFR 2011, S. 122 ff.