



UNIVERSITY  
OF APPLIED SCIENCES

## **Master-Thesis**

**Wirtschaftsrecht**

Thema der Master-Thesis:

**Der Fall „Emmely“ und die Auswirkungen der Entscheidung  
des BAG vom 10.06.2010 (2 AZR 541/09).  
Rechtfertigung für die Einführung einer Bagatellgrenze?**

**André Schönherr**

**Matrikel-Nr. 1101035**

**Erstprüferin:**

**PD Dr. iur. Marina Tamm**

**Zweitprüfer:**

**Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann**

Die Master-Thesis ist bis zum 27.04.2018 einzureichen.

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	2
Literaturverzeichnis.....	4
Abkürzungsverzeichnis.....	7
A. Einleitung.....	8
I. Problemstellung.....	8
II. Vorgehen im Rahmen dieser Master Thesis.....	10
B. Das Arbeitsverhältnis.....	11
I. Dauerschuldverhältnis.....	11
II. Vertrauen im Arbeitsverhältnis .....	12
1. Definition Vertrauen .....	13
2. Aufbau von Vertrauen im Arbeitsverhältnis.....	14
3. Vertrauenskapital.....	16
4. Erschütterung des Vertrauens.....	18
5. Vertrauensverlust bei geringwertigen Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers.....	19
6. Wiederherstellung von Vertrauen.....	22
C. Außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.....	24
I. Normzweck § 626 BGB.....	24
II. Aufbau § 626 BGB.....	25
III. Allgemeine Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung.....	26
IV. Gründe für eine außerordentliche Kündigung.....	28
1. Personenbedingte Kündigung.....	29
2. Verhaltensbedingte Kündigung.....	29
3. Störbereiche nach dem Bundesarbeitsgericht.....	31
a. Der Vertrauensbereich.....	31
b. Der Leistungsbereich.....	32
c. Der Betriebsbereich.....	32
d. Der Unternehmensbereich.....	32
V. Der „wichtige“ Grund als Rechtfertigung für eine Kündigung.....	33
1. Das zweistufige Prüfungsschema.....	34
a. Geeignetheit des Grundes „an sich“ .....	34
b. Interessenabwägung und Prognoseprinzip.....	36
2. Das dreistufige Prüfungsschema.....	39
D. Geringwertige Vermögensdelikte als „wichtiger Grund“ .....	40
I. Strafbare Handlung im Sinne des Strafgesetzbuches.....	42
II. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei geringwertigen Vermögensdelikten.....	43
1. Die Abmahnung.....	46
2. Die ordentliche Kündigung.....	47
3. Die Änderungskündigung.....	47
4. Sonstige Möglichkeiten des Arbeitgebers.....	48
III. Interessenabwägung bei geringwertigen Vermögensdelikten.....	49
1. Grundsätze.....	49
2. Schutzwürdige Interessen.....	50
a. Vertragsbezogene Interessen.....	51

b. Betriebs- und unternehmensbezogene Interessen.....	52
c. Personenbezogene Interessen.....	54
d. Sonstige zu berücksichtigende Interessen.....	56
3. Interessenabwägung.....	57
IV. Unzumutbarer Weiterbeschäftigungsanspruch.....	58
E. Rechtsprechung zu außerordentlichen Kündigungen bei Vermögensdelikten.....	58
I. Rechtsprechung Bundesarbeitsgericht vor „Emmely“ .....	58
1. BAG – Urteil vom 17.05.1984, 2 AZR 3/83 – „Bienenstichfall“ .....	58
2. BAG – Urteil vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98.....	59
3. BAG – Urteil vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03 – „Kümmerlingentscheidung“...	59
II. Die „Emmely“-Entscheidung des BAG.....	61
1. Die Entscheidungsgründe des BAG.....	63
2. Kurze Zusammenfassung zu dieser Entscheidung.....	64
III. Folgeentscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes.....	64
1. BAG – Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08.....	64
2. BAG – Urteil vom 21.06.2012, 2 AZR 153/11.....	65
3. BAG – Urteil vom 22.09.2016, 2 AZR 848/15.....	65
IV. Rechtsprechung des BVerwG.....	66
1. BVerwG – Urteil vom 24.11.1992, 1 D 66/91.....	66
2. BVerwG – Urteil vom 13.02.2008, 2 WD 9/07.....	67
F. Einführung einer Bagatellgrenze für geringwertige Vermögensdelikte.....	69
I. Begriff der Geringwertigkeit.....	69
II. Grundsätzliche Erwägungen.....	69
III. Gesetzesinitiativen.....	71
1. SPD.....	71
2. Bündnis 90 / Die Grünen.....	72
3. Die Linke.....	72
IV. Gründe für und gegen die Einführung einer Bagatellgrenze.....	73
V. Nutzung eines dreistufigen Prüfungsschemas bei einer Bagatellgrenze.....	79
VI. Zusammenfassung und Abwägung.....	81
G. Zusammenfassung und Beantwortung der Fragestellung.....	82
H. Ehrenwörtliche Erklärung.....	84

## Literaturverzeichnis

*Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid*

Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 5. Auflage, München 2017 (zitiert: APS – *Bearbeiter* – § und Rn).

*Bartels, Klaus*

Die arbeitsvertragliche Vertrauens(dis)kontinuität und ihre Folgen für § 626 BGB, Kündigungsgrund und nachträgliches Verhalten im Prozess, RdA 2010, 109

*Bader, Peter / Etzel, Gerhard / Fischermeyer, Ernst*

Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 11. Auflage, Köln 2015 (zitiert: KR – *Bearbeiter* - § und Rn).

*Belling, Detlev*

Die Kündigung wegen verdachtsbedingtem Vertrauenswegfall, RdA 1996, 223-240.

*Bengelsdorf, Peter*

Die kündigungsrechtliche Bewertung von Bagatelldelikten vor und nach dem Verfahren Barbara Emme, SAE 2011, 122-139

*Däubler, Wolfgang / Deinert, Olaf / Zwanziger, Bertram*

Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, 10. Auflage 2017 Frankfurt a.M. (zitiert: KSchR – *Bearbeiter* - § und Rn)

*Däubler, Wolfgang / Hjort, Jens-Peter / Schubert, Michael / Wolmerath, Martin*

Arbeitsrecht, Handkommentar Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 4. Auflage 2017 Baden-Baden (zitiert: HK-ArbR -*Bearbeiter* - § und Rn).

*Eichler, Hermann*

Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950

*Enderlein, Wolfgang*

Das erschütterte Arbeitgebervertrauen im Recht der verhaltensbedingten Tat- und Verdachtskündigung, RdA 2000, 325-330

*Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/ Linsemaier, Wolfgang*

Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 27. Auflage 2014 München (zitiert: Fitting - § und Rn).

*Fandel, Stefan / Kock, Martin*

Fall „Emmely“ – Wiederherstellung zerstörten Vertrauens, BB 2011, 59-61

*Fuhlrott, Michael*

Die fristlose Kündigung wegen Vermögensdelikten zwei Jahre nach «Emmely» – eine Bestandsaufnahme, ArbRAktuell 2012, 498

*Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Rolfs, Christian / Udsching, Peter*

BeckOK Arbeitsrecht, 45. Edition, München 2017 (zitiert: BeckOK ArbR – *Bearbeiter* – § und Rn)

*Gilberg, Dirk*

Statt Tat und Verdachtskündigung: Die Vertrauenskündigung, DB 2006, 1555-1562

- Grimberg, Herbert*  
Fristlose Kündigung – Interessenabwägung – Abmahnung, Kommentar zum BAG Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, AiB 2011, 61-64
- Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger*  
jurisPK-BGB Band 2, 8. Auflage 2017 (zitiert: jurisPK-BGB – *Bearbeiter* - § und Rn)
- Hunold, Wolf*  
Die Rechtsprechung zur Abmahnung und Kündigung bei Vertragsstörung im Vertrauensbereich, NZA-RR 2003, 57-65
- Hunold, Wolf*  
Rechtsprechung zur Kündigung wegen Vertrauensbruch nach „Emmely“, NZA-RR 2011, 561-568
- Kleinebrink, Wolfgang*  
Arbeitgeberseitige Strategien zur Verhinderung eines Aufbaus und zum Abbau eines Vertrauenskapitals, BB 2011, 2617-2622
- Klueß, Achim*  
Bagatelldelikte: Vertrauensverlust in der/die Rechtsprechung, AuR 5.2010, Aufsätze
- Klueß, Achim*  
Geringwertige Vermögensdelikte – keine zwangsläufige Entlassung, NZA 2009, 337 – 343
- Kröpli, Karl*  
Unterschiedliche Auswirkungen der Begehung von Bagatelldelikten – Ein bedenklicher Wertungswiderspruch?, ZRP 2010, 178
- Koch, Ulrich*  
Emmely und das Vertrauenskapital – Langjährige Mitarbeiter dürfen das!, Kommentar zum BAG Urteil vom 10.06.2010, BB 45/2010, Die erste Seite
- Kukat, Klaus*  
Kündigung bei beharrlicher Arbeitsverweigerung, BB 1997, 1103-1104
- Lepke, Achim*  
Kündigung bei Krankheit – Handbuch für die betriebliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis, 15. Auflage 2015 (zitiert: *Lepke* – Kündigung bei Krankheit – Rn)
- Luhmann, Niklas*  
Vertrauen, 5. Auflage, Stuttgart 2014.
- Moll, Wilhelm*  
Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017 (zitiert: MAH ArbR – *Bearbeiter* – § und Rn)
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*  
Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage 2017 München ( zitiert: Erfurter Kommentar – *Bearbeiter* – § und Rn)
- Preis, Ulrich*  
Minima (non) curat praetor? Pflichtverletzung und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund (I+II), AuR 2010, 186-192 und 242-247
- Preis, Ulrich / Lorenz, Pia*  
Bagatellkündigungen: Vertrauen kann zurückgewonnen werden., Legal Tribune Online, 10.06.2010, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/673/](https://www.lto.de/persistent/a_id/673/) (abgerufen am: 14.09.2017)

*Reuter, Wolf*

„Geringwertige Vermögensdelikte“ und Kündigungen – kein Änderungsbedarf beim BAG, NZA 2009, 594-595

*Richardi, Reinhard*

Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Auflage 2012 München (zitiert: Richardi – *Bearbeiter* - § und Rn)

*Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut / Oetker, Hartmut*

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 3.Auflage, München 2009 (zitiert: MüArbR – *Bearbeiter* – § und Rn)

*Rieble, Volker*

Barbara Emme – Ein Lehrstück über den Umgang mit der Justiz, NJW 2009, 2101-2105

*Schaub, Günther*

Die Abmahnung als Zusätzliche Kündigungsvoraussetzung, NZA 1997, 1185-1188

*Schiefer, Bernd*

Die Abmahnung – Aktuelle Brennpunkte, DB 2013, 1785-1791

*Schlachter, Monika*

*Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers*, NZA 2005, 433-437

*Schrader, Peter*

Abmahnung und „Vertrauenskapital“, NJW 2012, 342-348

*Stoffels, Markus*

Die „Emmely“-Entscheidung des BAG – bloß eine Klarstellung von Missverständnissen? Kommentar zum BAG Urteil vom 10.06.2010, NJW 2011, 118-123

*Willemsen, Heinz Josef*

Verhaltensbedingte Kündigung: Fünf Thesen und fünf Fragezeichen, RdA 2017, 115

## Abkürzungsverzeichnis

AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Fachzeitschrift)
BB	Der Betriebsberater (Fachzeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb (Fachzeitschrift)
GG	Grundgesetz
JuS	Juristische Schulung (Fachzeitschrift)
Mio	Millionen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Fachzeitschrift)
o.g.	oben genannt
RdA	Recht der Arbeit (Fachzeitschrift)
Rn	Randnummer
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Fachzeit- schrift)
s.g.	so genannt
StGB	Strafgesetzbuch

## A. Einleitung

Die außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, stellt die schärfste aller möglichen arbeitsrechtlichen Sanktionen dar. Sie führt unmittelbar zur fristlosen Beendigung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses und in der Folge dessen zu einer Einstellung der Gehaltszahlungen durch den Arbeitgeber. Damit wird dem Arbeitnehmer in der Regel seine Existenzgrundlage genommen, da er sich nicht nur dem Verlust seines Einkommens ausgesetzt sieht, sondern ihm ebenfalls eine Sperrfrist für den Bezug des Arbeitslosengeldes droht.<sup>1</sup>

Ein Vermögensdelikt zu Lasten des Arbeitgebers ist geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Aus diesem Grund wird derartigen Verfahren in der Öffentlichkeit, vor allem wenn es sich um geringwertige Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers handelt, eine große Aufmerksamkeit entgegengebracht.

### I. Problemstellung

Jahrelang galt der Grundsatz, dass ein Vermögensdelikt zu Lasten des Arbeitgebers, unabhängig von der tatsächlichen Schadenhöhe, eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Bereits im Jahr 1958 befasst sich das Bundesarbeitsgericht mit der Frage einer fristlosen Kündigung wegen des Verdachtes einer Straftat gegen den Arbeitgeber, obwohl der eingetretene Vermögensschaden gering war. Mit seiner Entscheidung vom 24.03.1958 entschied das Bundesarbeitsgericht, dass einer Arbeitnehmerin wegen des Verdachtes der Entwendung eines Betrages von 1,00 DM gekündigt werden dürfe.<sup>2</sup>

Dieser stringenten Auslegung blieb der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts auch in einer nachfolgenden Entscheidung vom 17.05.1984, welche in der Literatur oftmals als „Bienenstichfall“ bezeichnet wird, treu.<sup>3</sup> Hier stellte der 2. Senat noch einmal unmissverständlich klar, dass ein Vermögensdelikt zu Lasten des Arbeitgebers geeignet ist, das Vertrauen des jeweiligen Arbeitgebers in den Arbeitnehmer nachhaltig und unwiederbringlich zu erschüttern,

---

<sup>1</sup> KSchR – Söhngen – § 159 SGB III, Rn 18.

<sup>2</sup> BAG vom 24.03.1958, 2 AZR 587/55, DB 1958, 574.

<sup>3</sup> BAG vom 17.05.1984, 2 AZR 3/83.

und damit in der Konsequenz einen „wichtigen Grund“ im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB begründet, womit ein bestehendes Arbeitsverhältnis fristlos beendet werden kann.

Aufgrund der Höhe des Vermögensdeliktes und den Umständen der Entwendung kam es im Anschluss zu dieser Entscheidung in der Literatur zu einer kontroversen Debatte, die auch zu einer breiten Diskussion über die Einführung einer Bagatellgrenze führte.

Im Jahr 2003 bestätigte der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner sogenannten „Kümmerlingsentscheidung“ jedoch seine Rechtsprechung.<sup>4</sup> Er erstreckte sie sogar auf Sachverhalte, in welchem die entwendeten Gegenstände für den Arbeitgeber keinen wirtschaftlichen Wert mehr darstellen, da es sich um unverkäufliche Ware handelte. Auch in diesem Fall sollte der Sachverhalt den Arbeitgeber zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen. Hierbei führte der 2. Senat nochmals explizit aus, dass eine Eigentumsverletzung, unabhängig vom Wert der Ware, stets das in den Arbeitnehmer gesetzte Vertrauen in erheblicher Weise verletze.<sup>5</sup>

Mit Überraschung und teilweiser Verwunderung wurde dann das Urteil des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, die sogenannte „Emmely-Entscheidung“, aufgenommen. Mit dieser Entscheidung hob der 2. Senat ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg auf, welches eine fristlose Kündigung aufgrund eines geringwertigen Vermögensdelikts zu Lasten des Arbeitgebers bestätigte.<sup>6</sup> Dies führte in Teilen der Literatur zu Zustimmung<sup>7</sup> aber auch zu Ablehnung<sup>8</sup> dieser Entscheidung.

In der Entscheidung vom 10.06.2010 führte der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts aus, dass bei einer vorzunehmenden Interessenabwägung der beanstandungsfreien Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers eine erhebliche Bedeutung beizumessen sei.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> BAG vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03.

<sup>5</sup> BAG vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03, juris Rn 20,

<sup>6</sup> BAG vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09.

<sup>7</sup> Grimberg AIB 2011, 61-64.

<sup>8</sup> Kock / Fandel, BB 2011, 59-61; Kleinebrink, BB 2011, 2617.

<sup>9</sup> BAG vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, juris Rn 47.

Die Entscheidung betraf den Fall einer Klägerin, welche als Verkäuferin mit Kassentätigkeit seit mehr als 30 Jahren betriebszugehörig war. Im Januar 2008 kaufte die Klägerin bei ihrem Arbeitgeber ein und löste dabei zwei Leertgutbons im Wert von 0,48 Euro und 0,82 Euro ein, welche einige Tage zuvor gefunden und für den Fall, dass ein Kunde Anspruch darauf erheben würde, aufbewahrt wurden. Nach einigen Gesprächen zwischen der Beklagten und der Klägerin und der Anhörung des Betriebsrats, kündigte der Arbeitgeber im Februar 2008 das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise fristgemäß. Die Klägerin erhob daraufhin Kündigungsschutzklage

## II. Vorgehen im Rahmen dieser Master Thesis

In einem ersten Schritt soll der Begriff des Vertrauenskapitals im arbeitsrechtlichen Kontext dargestellt und erläutert werden. Dabei wird ein Schwerpunkt auf das Entstehen und den Verlust von Vertrauenskapital gelegt werden. Hiernach soll im weiteren Verlauf eine Auseinandersetzung mit dem Prüfungsschema des § 626 BGB erfolgen. Dort vor allem unter genauerer Betrachtung des „wichtigen Grundes“ für die außerordentliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Dabei wird der Verfasser insbesondere auf die Interessenabwägung eingehen, welche für die Frage der Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses von Relevanz ist.

Anschließend möchte sich der Verfasser mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Aktenzeichen 2 AZR 541/09, die so genannte „Emmely-Entscheidung“, auseinandersetzen, verbunden mit der Frage, ob mit dieser Entscheidung tatsächlich eine Änderung der Rechtssprechungspraxis verbunden ist und welche Auswirkungen diese Entscheidung auf die Arbeitsgerichtsbarkeit hatte.

Zum Abschluss wird eine vergleichende Betrachtung mit anderen Rechtsgebieten, unter anderem mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur selben Thematik, durchgeführt, um die Frage zu beantworten, ob man die Einführung einer Bagatellgrenze im Arbeitsrecht bei geringwertigen Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers befürworten oder ihr kritisch gegenüber stehen sollte.

## B. Das Arbeitsverhältnis

In Deutschland waren im Mai 2017 über 32 Millionen Menschen in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis tätig.<sup>10</sup> Da die Arbeitnehmer einen Großteil des Tages ihrer Beschäftigung nachgehen, hat die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse eine zentrale Bedeutung für das Zusammenleben in der Bundesrepublik Deutschland. Denn das Beschäftigungsverhältnis bindet die Arbeitnehmer nicht nur zeitlich und räumlich, sondern hat auch einen erheblichen Einfluss auf das Wohlbefinden und die Persönlichkeitsentfaltung. Darüber hinaus hat es selbstverständlich auch eine existenzielle Bedeutung, da die Arbeitnehmer aus diesem Beschäftigungsverhältnis in der Regel ihren Lebensunterhalt bestreiten.<sup>11</sup>

### I. Dauerschuldverhältnis und Arbeitnehmerbegriff

Als Unterkategorie des Dienstvertrages handelt es sich beim Arbeitsverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis<sup>12</sup>, das regelmäßig durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages zustande kommt. Dabei stellt der Arbeitsvertrag ein schuldrechtliches Austauschverhältnis dar, dessen Leistungsgegenstand eine zeitbestimmte Dienstleistung mit im Voraus nicht abgegrenzter Einzelleistung ist. Bei der Neufassung des § 611a BGB verzichtete der Gesetzgeber auch auf die Definition eines eigenen Begriffs für den Arbeitnehmer. Vielmehr übernahm man die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff<sup>13</sup>. Danach folgt aus dem Arbeitsvertrag inzident auch der Begriff des Arbeitnehmers, denn wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages im

---

<sup>10</sup> *Arbeitsagentur* - <https://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Statistik-nach-Themen/Beschaef-tigung/Beschaef-tigung-Nav.html> - letzter Aufruf am 24.08.2017.

<sup>11</sup> jurisPK-BGB – *Fandel/Kock* - § 611, Rn 1; Erfurter Kommentar – *Preis* - § 611 BGB, Rn1.

<sup>12</sup> jurisPK-BGB – *Fandel/Kock* - § 611a, Rn 6; jurisPK-BGB – *Fandel/Kock* - § 611, Rn 11; Erfurter Kommentar – *Preis* - § 611 BGB, Rn1-2.

<sup>13</sup> *Bundesarbeitsgericht* vom 21.02.2017 - 1 ABR 62/12 - juris Rn 26; *BAG* vom 15.02.2017 - 7 AZR 143/15 - juris Rn. 26; *BAG* vom 11.08.2015 - 9 AZR 98/14 - juris Rn 16; Erfurter Kommentar – *Preis* - § 611 BGB, Rn 37.

Dienste eines anderen zur Erbringung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist, ist ein Arbeitnehmer.<sup>14</sup>

Aus § 613 BGB ergibt sich, dass der Arbeitnehmer die geschuldeten Dienste „im Zweifel“ persönlich zu erbringen hat.<sup>15</sup> Individualabreden zwischen den Vertragsparteien sind jedoch möglich.<sup>16</sup> Diese sind bei Arbeitsverträgen jedoch sehr selten und spielen nur eine sehr geringe Rolle, da das Arbeitsverhältnis ein höchstpersönliches Leistungsaustauschverhältnis darstellt.<sup>17</sup> In ständiger Rechtsprechung hat dazu auch das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass jedes Arbeitsverhältnis als ein personenbezogenes Dauerschuldverhältnis anzusehen ist.<sup>18</sup>

## II. Vertrauen im Arbeitsverhältnis

Da ein Arbeitsvertrag damit im Regelfall eine persönlich zu erbringende Leistungspflicht des Arbeitnehmers begründet, geht man von einem persönlichen Vertragsverhältnis aus. In diesem Vertragsverhältnis spielen neben der Hauptleistungspflicht auch so genannte Nebenpflichten eine wesentliche Rolle. Dabei bestimmt sich der Inhalt dieser Nebenpflichten aus der durch den Arbeitsvertrag eingegangenen persönlichen Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.<sup>19</sup> Als Nebenpflicht ergibt sich zum Beispiel auch die Pflicht zur Rücksichtnahme und zur Förderung des eigentlichen Vertragszweckes. Auch darf der Arbeitgeber darauf vertrauen, dass der Arbeitnehmer keine Handlungen vornimmt, die dem Betrieb oder Unternehmen Schaden zufügen und die Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigen.<sup>20</sup>

Bis zur Mitte des letzten Jahrhunderts wurde das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis betrachtet, das ein gewisses gegenseitiges Vertrauensverhältnis (Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, Treupflicht

---

<sup>14</sup> jurisPK-BGB – Fandel/Kock - § 611a, Rn 10.

<sup>15</sup> jurisPK-BGB – Fandel/Kock - § 613, Rn 1.

<sup>16</sup> jurisPK-BGB – Fandel/Kock - § 613, Rn 2.

<sup>17</sup> jurisPK-BGB – Fandel/Kock - § 613, Rn 15.

<sup>18</sup> BAG vom 14.09.1994 – 2 AZR 164/94, BAGE 78, 18-30.

<sup>19</sup> Erfurter Kommentar – Preis – § 611 BGB, Rn 707f.

<sup>20</sup> Erfurter Kommentar – Preis – § 611 BGB, Rn 709.

des Arbeitnehmers) voraussetzt.<sup>21</sup> Auch wenn diese Ansicht des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses zwischenzeitlich als überholt betrachtet werden kann<sup>22</sup>, so hat der dahinter liegende Grundgedanke, dass dem Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach wie vor eine besondere Bedeutung zukommt, nach wie vor Geltung.

### 1. Definition Vertrauen

Vertrauen ist kein beständiger Wert an sich, sondern vielmehr ein unbestimmter Begriff, welcher der Ethik entstammt. Vertrauen ist die Erwartung, nicht durch das Handeln eines Anderen benachteiligt zu werden. Als solches stellt das Vertrauen die unverzichtbare Grundlage jeder Kooperation dar. Man kann zwischen Vertrauen in Personen und Vertrauen in Systeme unterscheiden. In Interaktionssituationen steht das Vertrauen stets im Zusammenhang mit Verantwortung.<sup>23</sup> Man kann sagen, dass das Vertrauen an die Richtigkeit, Wahrheit bzw. Redlichkeit von Personen, von Handlungen, Einsichten und Aussagen eines anderen oder von sich selbst geprägt ist. Zum Vertrauen gehört auch die Überzeugung der Möglichkeit von Handlungen und der Fähigkeit zu Handlungen. Neben diesen persönlichkeits-theoretischen Ansätzen, die die Quelle des Vertrauens in sozialisationsbedingten oder kulturell vermittelten Persönlichkeitsstrukturen suchen, gibt es institutionelle (ökonomische, soziologische, politologische) und sozialpsychologische Theorien (transaktionsanalytische Modelle), die versuchen, die Entstehung von Vertrauen in institutionellen Zusammenhängen bzw. in interpersonalen Beziehungen zu erklären.<sup>24</sup>

Dieser ethische Bezug stellt die Grundlage für ein sittliches Bewusstsein dar, welches in einem Rechtsgefühl mündet. Dieses Rechtsgefühl

---

<sup>21</sup> MüArbR – Richardi – § 3, Rn 15f.

<sup>22</sup> MüArbR – Richardi – § 3, Rn 20.

<sup>23</sup> Suchanek/Lin-Hi – Gabler Wirtschaftslexikon, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/9314/vertrauen-v6.html>, letzter Aufruf am 29.08.2017.

<sup>24</sup> Wikipedia – <https://de.wikipedia.org/wiki/Vertrauen>, letzter Aufruf am 29.08.2017.

besteht in der Achtung der geltenden Rechtsordnung und der Empörung über eine Missachtung derselben, welcher als ethischer Vertrauensbruch wahrgenommen wird. Diese Gefühlswelt des Vertrauens verschließt sich der rechtlichen Erfassung mehr, als sie sich ihr erschließt.<sup>25</sup> Gleichwohl kann festgestellt werden, dass sich Vertrauen auf die Zukunft ausrichtet und keine zwangsläufige Folgerung aus der Vergangenheit darstellt. Vielmehr stellt Vertrauen eine Information aus der Vergangenheit dar und wagt eine Prognose der Zukunft.<sup>26</sup> Vertrauen ist somit eine kritische Alternative, bei welcher der durch Vertrauensbruch bedingte Schaden größer sein kann als der aus dem Vertrauensverlust gezogene Vorteil.<sup>27</sup> Dieses so formulierte Vertrauen ist jedoch von einer bloßen Hoffnung oder unreflektierten Kontinuitätserwartung abzugrenzen.<sup>28</sup>

## 2. Der Aufbau von Vertrauen im Arbeitsverhältnis

Wie angeführt, bildet Vertrauen eine der Grundlagen des Zusammenlebens. Im Rahmen der arbeitsrechtlichen Vertragserfüllung geht es dabei speziell um die Zuversicht und wohl auch die Erwartung des Arbeitgebers in die Loyalität und Redlichkeit des Arbeitnehmers. Dazu gehört auch die Zuversicht des Arbeitgebers, dass sich der Arbeitnehmer nicht unlauter gegen die Interessen des Arbeitgebers stellen wird.<sup>29</sup> Dabei muss sich das Vertrauen des Arbeitgebers im Rahmen eines beanstandungslosen Arbeitsverhältnisses aufgebaut haben und darf sich nicht auf Sachverhalte stützen, die in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Entscheidend ist aber, dass sich das Vertrauen des Arbeitgebers auf eine vertragskonforme Verhaltensweise des Arbeitnehmers auf die Zukunft erstrecken muss.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Eichler – Seite 7, 107.

<sup>26</sup> Luhmann – Seite 23f.

<sup>27</sup> Luhmann – Seite 29.

<sup>28</sup> Luhmann – Seite 28f.

<sup>29</sup> Hunold – NZA-RR 2003, 57ff; Erfurter Kommentar – Preis – § 611 BGB, Rn 709.

<sup>30</sup> Enderlein – RdA 2000, 325ff.

Es geht jedoch nicht um das Vertrauen in die moralischen und persönlichen Qualitäten des Arbeitnehmers, sondern einzig um die objektiv zu beantwortende Frage, ob zukünftig mit einer vertragskonformen Pflichterfüllung zu rechnen ist oder nicht.<sup>31</sup> Auch erfährt ein störungsfrei verlaufendes Beschäftigungsverhältnis Bestätigung durch Kontinuität. Mögliche normale Meinungsverschiedenheiten, wie zum Beispiel abgelehnte Urlaubsanträge, abgelehnte Gehaltserhöhungen durch den Arbeitgeber oder etwa abgelehnte Bitten nach Mehrarbeit durch den Arbeitnehmer, haben keinen Einfluss auf das aufgebaute Vertrauen. Soweit der Arbeitnehmer sich Verstöße gegen die durch das Beschäftigungsverhältnis begründete Pflichten verhalten lassen muss, der Arbeitgeber diese Verstöße jedoch duldet, wird zwar das Vertrauensverhältnis gestört, es entsteht jedoch für den Arbeitnehmer ein vom Vertrauen in seine Person losgelöster Vertrauensstatbestand dahingehend, dass entsprechende Verstöße keine Kündigung begründen werden, zumindest nicht ohne vorangegangene Abmahnung.<sup>32</sup>

Fraglich ist hingegen, inwieweit Vertrauen aufgebaut werden kann. Denn unzweifelhaft muss bereits bei der Einstellung eines neuen Mitarbeiters ein Vertrauen in die vertragskonforme Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten vorliegen, denn sonst hätte sich der Arbeitgeber ja nicht zur Einstellung genau dieses Mitarbeiters entschlossen. Wenn sich hiernach das Arbeitsverhältnis erwartungsgemäß hinsichtlich der Redlichkeit und Loyalität des Arbeitnehmers entwickelt, so müsste sich das seit der Einstellung bestehende Vertrauen in den Mitarbeiter erhöhen. Dabei ist jedoch problematisch, dass „das Vertrauen“, welches zu Beginn des Arbeitsverhältnisses bestanden hat, eben so wenig messbar ist, wie ein „Vertrauen“, welches nach einem zehn- oder zwanzigjährigen beanstandungslos verlaufenen Beschäftigungsverhältnis besteht. Daraus lässt sich wiederum der Schluss ab-

---

<sup>31</sup> BAG vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349ff, Rn 47.

<sup>32</sup> Preis – AuR 2010, 242ff.

leiten, dass nicht generell feststellbar ist, bei welcher Art eines Verstoßes gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten ein vollständiger Verlust eines, wie auch immer gearteten, Vertrauenskapitals eintreten kann, welcher ggf. arbeitsrechtliche Konsequenzen rechtfertigt.

### 3. Vertrauenskapital

Interessanterweise wird das Wort „Vertrauenskapital“ in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum „Fall Emmely“ nicht ein einziges Mal angeführt. Lediglich in der viel beachteten Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts zum „Fall Emmely“ vom 10.06.2010 wird dieser Begriff gebraucht.<sup>33</sup> Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts wird eine über lange Jahre ungestörte Vertragsbeziehung nicht notwendigerweise durch eine erstmalige Vertrauenstäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört.<sup>34</sup> Im gleichen Urteil misst das Bundesarbeitsgericht dem in der Beschäftigungszeit erworbenen Maß an Vertrauen in die Korrektheit der Aufgabenerfüllung sowie in die Achtung der Vermögensinteressen des Arbeitgebers ein hohes Gewicht bei.<sup>35</sup> Auch in der Literatur wird zum Begriff des Vertrauenskapitals ausgeführt, dass die mit dem Arbeitnehmer gleichzusetzende Vertrauensperson einen gewissen Kredit genieße, bei dem auch negative Erfahrungen absorbiert werden können.<sup>36</sup> Im Grunde genommen stellt das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung bei der Interessenabwägung der Dauer der Betriebszugehörigkeit noch einen weiteren, eigentlich gleichartigen Aspekt, nämlich die beanstandungslose Beschäftigungszeit, zur Seite.<sup>37</sup> Dabei entsteht der Eindruck, dass der Interessenhäufung der Vortritt vor der Interessenintensität gegeben wird.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> BAG – Pressemitteilung 42/10 vom 10.06.2010.

<sup>34</sup> BAG vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349ff, Rn35.

<sup>35</sup> BAG vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349ff.

<sup>36</sup> Luhmann – Seite 37.

<sup>37</sup> Preis – AuR 2010, 242ff.

<sup>38</sup> Preis – AuR 2010, 242ff.

Dies erscheint insoweit problematisch, als sich das eine aus dem anderen ergeben kann. Da beide Aspekte sich aus der Dauer des Arbeitsverhältnisses ergeben können, wird zugunsten des Arbeitnehmers bei der Frage der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eine zweifelhafte Doppelwertung vorgenommen. Denn die beanstandungsfreie Beschäftigungszeit korreliert im Idealfall mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit.<sup>39</sup> Zwar ist es richtig, der beanstandungsfreien Beschäftigungsdauer ein hohes Gewicht bei der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers beizumessen, da die aufgrund der Interessenabwägung zu treffende Entscheidung regelmäßig existenzielle Belange des betroffenen Arbeitnehmers berührt. Es ist jedoch bedenklich, eine „doppelte“ Berücksichtigung gleichartiger Aspekte vorzunehmen, da damit einem Mehr an gleichartigen Interessen der Vorrang vor der Interessenintensität eingeräumt wird.<sup>40</sup>

Das Vertrauenskapital wird zum Teil auch schon als neues Rechtsinstitut bezeichnet<sup>41</sup>, andererseits jedoch auch angezweifelt. Die ablehnende Haltung wird mit dem Hinweis begründet, dass die Berücksichtigung eines Vertrauenskapitals in anderen Vertragsarten (z.B. Mietvertrag oder Darlehnsvertrag) nicht vorstellbar ist.<sup>42</sup>

Insgesamt muss jedoch festgehalten werden, dass das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung noch wichtige Fragen offen gelassen hat. Klärungsbedürftig ist etwa, wie ein Vertrauenskapital angesammelt werden kann. Weiter ist nicht klar, wie einmal erworbenes Vertrauen wieder „verbraucht“ werden kann, wie ein Vertrauenserwerb gestoppt werden kann und welche Voraussetzungen vorliegen müssen, ein Vertrauenskapital mit einer einzigen Pflichtverletzung vollständig abzubauen.<sup>43</sup> Auch wurde durch das Bundesarbeitsgericht bisher offen gelassen, welche Pflichtverstöße im Einzelnen welchen

---

<sup>39</sup> Koch – BB 45/2010, Die erste Seite.

<sup>40</sup> Koch – BB 45/2010, Die erste Seite.

<sup>41</sup> Koch – BB 45/2010, Die erste Seite

<sup>42</sup> Koch – BB 45/2010, Die erste Seite; *Willemsen* – RdA 2017, 115ff.

<sup>43</sup> *Fandel/Kock* – BB 2011, 59ff.

Abzug von einem gebildeten Vertrauenskapital rechtfertigen. Weiterhin wurde insbesondere die Frage offen gelassen, ob nun verschiedene Konten für Vertrauen aufgebaut werden können. Denn bisher galt der Grundsatz, dass unterschiedliche Pflichtverstöße nicht zur Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung aufsummiert werden dürfen. Muss dann jetzt für jede Art der Pflichtverletzung ein eigenes Konto mit aufgebautem Vertrauen geführt werden?

Trotz all der offenen Fragen findet das Vertrauenskapital Einzug in die Rechtsprechung. Es wird dem Bundesarbeitsgericht vorbehalten bleiben, eine Konkretisierung der offenen Fragen vorzunehmen.

#### 4. Erschütterung des Vertrauens

Im Rahmen einer Abwägung muss unterschieden werden, ob ein vorhandenes Vertrauen völlig abhandengekommen ist, stark oder auch nur geringfügig gestört wurde. Dabei hängt die Beantwortung dieser Frage sehr stark davon ab, welche gegen arbeitsvertragliche Pflichten gerichtete Handlung des Arbeitnehmers im Raum steht. Auch das konkrete mit dem Arbeitnehmer bestehende Beschäftigungsverhältnis spielt dabei eine entscheidende Rolle. Denn wenn der Arbeitnehmer einer Pflichtverletzung verdächtigt wird oder diese sogar nachgewiesen werden kann, verwandelt sich das Vertrauen des Arbeitgebers in Misstrauen. Damit verbunden geht die Vermutung einher, dass der Arbeitnehmer auch zukünftig zum Nachteil des Arbeitgebers handeln könnte. Dies kann letztlich zum Kündigungsgrund werden, da das im Beschäftigungsverhältnis erforderliche Vertrauen weggefallen ist.<sup>44</sup> Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der durch den Arbeitnehmer begangene Pflichtverletzung eine vorsätzlich begangene Tat zugrunde liegt. Andernfalls würde kein „Wollen“ des Arbeitnehmers vorliegen, so dass der Vorwurf den Arbeitgeber vorsätzlich schädigen zu wollen, nicht erhoben werden kann. Daher kann der Arbeitgeber,

---

<sup>44</sup> Gilberg – DB 2006, 1559.

anders als bei einer vorsätzlichen Tat, bei fahrlässigen Pflichtverletzungen, in der Regel weiter vertrauen.

In der Literatur spricht man an dieser Stelle auch von Vertrauenskündigung, da es dem Arbeitnehmer an seiner persönlichen Eigenschaft der Vertrauenswürdigkeit fehle.<sup>45</sup> Fraglich ist seit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum „Fall Emmely“, ob die geringe Schadenhöhe Auswirkungen auf das Maß des Vertrauensverlustes hat und wann ein vorhandenes Vertrauenskapital aufgebraucht ist.

#### 5. Vertrauensverlust bei geringwertigen Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers

In seinem Urteil zum „Fall Emmely“ hat das Bundesarbeitsgericht nun den Versuch unternommen, durch das Konstrukt des Vertrauenskapitals eine weitergehende Objektivierung des Vertrauens zu erreichen, in dem es das Maß an Vertrauen an die Dauer der ungestörten Betriebszugehörigkeit gebunden hat. Dabei wurde jedoch nicht die in der Rechtsprechung schon existierende Annahme verworfen, dass ein Vertrauensverlust oder die Zerstörung des Vertrauens schon mit der Begehung der Tat angenommen wird.<sup>46</sup> Da durch die Tat des Arbeitnehmers eine Störung des Vertrauensbereiches erfolgt ist, Vertrauen jedoch keine objektiv messbare Größe darstellt, muss nun im Rahmen der Interessenabwägung untersucht werden, inwieweit alle Einzelheiten der Tat Auswirkungen auf das Vertrauen des Arbeitgebers haben können. Das Vertrauenskapital ergibt sich mithin aus dem Anfangsvertrauen, dem angesammelten Vertrauen und den Abzügen, die sich aus dem konkreten Fall ergeben. Wie schon dargestellt, sind die Begrifflichkeiten zum Thema Vertrauen jedoch relativ unbestimmt, so dass Vorhandensein von Vertrauen eine höchstpersönliche innere Tatsache des jeweils Betroffenen ist, welche für Dritte von

---

<sup>45</sup> *Gilberg* – DB 2006, 1559.

<sup>46</sup> *Klueß* – AuR 5, 2010, Seite 4.

außen jedoch nicht objektivierbar festgestellt werden kann.<sup>47</sup> Hinsichtlich dieses Beurteilungsproblems hat sich die Rechtsprechung damit beholfen, dass der Arbeitgeber lediglich die die Kündigung auslösende Tat selbst, nicht aber den daraus folgenden Vertrauensverlust darlegen musste.<sup>48</sup>

Möchte man nun jedoch auch ein Vertrauenskapital berücksichtigen, so stellt sich die Frage, inwieweit ein Abzug von einem vorhandenen Vertrauenskapital vorgenommen werden soll und muss. Hierbei ist sicher auch zu berücksichtigen, ob sich der Arbeitnehmer an einer beliebigen Sache bereichert hat oder an einer, welche ihm persönlich anvertraut wurde. Im zweiten Fall ist das in ihn gesetzte Vertrauen wohl ungleich höher, so dass ein eingetretener Vertrauensverlust schwerwiegender erscheint.

Gleichwohl soll die Höhe des eingetretenen Schadens nach vereinzelter Auffassung keine besondere Rolle spielen, so dass ein geringwertiges Vermögensdelikt nicht anders zu gewichten ist, als eine hochwertige Vermögensschädigung, da es um den eingetretenen Vertrauensverlust in die Redlichkeit des Arbeitnehmers gehe.<sup>49</sup> Dies war auch die vorherrschende Rechtsprechung bis zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts im „Fall Emmely“, in welchem die Schadenhöhe zum Teil gar nicht berücksichtigt wurde. So entschied das LAG Baden-Württemberg noch wenige Monate zuvor im Falle eines 36 Jahre lang Beschäftigten, welcher 10 Paar Arbeitshandschuhe und Unterlegscheiben im Gesamtwert von 11,00 EUR entwendet haben sollte, keine Interessenabwägung vorzunehmen, so dass die Schadenhöhe gar keine Berücksichtigung fand.<sup>50</sup> Das Bundesarbeitsgericht stellte mit seiner Entscheidung im „Fall Emmely“ erstmalig fest, dass auch

---

<sup>47</sup> *Bengelsdorf* – SAE 2011, 133.

<sup>48</sup> *Belling* – RdA 1996, 225f.

<sup>49</sup> *LAG Hamm* – Urteil vom 30.09.2010, 21 Sa 26/10, BZA-RR 2011, 76.

<sup>50</sup> *LAG Baden-Württemberg* – Urteil vom 23.02.2010, 8 Sa 9/09, BeckRS 2011, 65963.

die wirtschaftlichen Folgen in einer Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.<sup>51</sup> Dies wird aber sicher nur für die Fälle gelten, in denen der eingetretene Schaden nicht außerordentlich hoch ist, denn es kann nicht außer Betracht bleiben, ob ein massiver wirtschaftlicher Schaden eingetreten ist oder wie im „Fall Emmely“, ein Schaden von 1,30 EUR entstand. Diese Annahme wird auch dadurch gestützt, dass die Rechtsprechung das Vertrauenskapital stets im Zusammenhang mit der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses sieht.<sup>52</sup> Darüber hinaus hat die Rechtsprechung immer wieder betont, dass auch geringwertige Vermögensdelikte das Vertrauen massiv und nachhaltig beeinträchtigen können.<sup>53</sup>

Darüber hinaus kann wohl auch ausgeschlossen werden, dass das Bundesarbeitsgericht im „Fall Emmely“ bei einer vier- oder fünfstelligen Schadenssumme zur gleichen Entscheidung gelangt wäre. Die Schadenhöhe kann damit eine entscheidende Bedeutung im Rahmen der Abwägung der Interessen erlangen. Gleichwohl geht es hauptsächlich darum, dass das Vertrauen des Arbeitgebers negativ betroffen ist und nicht um die tatsächliche Schadenhöhe. Es dürfte bei der Abwägung auch auf die Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen und die genauen Umstände der Tat ankommen. Hatte der Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensstellung inne, so dürften auch schon bei geringwertigen Schäden gravierende Auswirkungen auf das Vertrauenskapital zu verzeichnen sein. Demgegenüber erscheint bei Arbeitnehmern ohne besondere Vertrauensstellung eine andere Beurteilung durchaus denkbar. Man wird daher davon ausgehen müssen, dass die Höhe des Schadens nicht den entscheidenden Einfluss auf eine richterliche Bewertung zum Verlust des Vertrauenskapitals hat. Vertrauen muss daher ein eigenständiger Aspekt bei der Interessenabwägung sein, der neben der im Einzelfall relevanten Schadenhöhe gewürdigt werden muss.

---

<sup>51</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09.

<sup>52</sup> LAG Hamm – Urteil vom 23.09.2011, 7 Sa 1264/10, BeckRS2012, 65706.

<sup>53</sup> BAG – Urteil vom 10.02.1999, 2 ABR 31/98, NZA 1999, 708.

## 6. Wiederherstellung von Vertrauen

Kommt es während des Arbeitsverhältnisses zu Pflichtverletzungen, so wird der Vorrat an Vertrauen geringer, jedoch ist damit nicht zwingend davon auszugehen, dass gar kein Vertrauen mehr vorhanden ist. Denn in diesem Fall wäre das Vertrauenskapital auf null gesunken, was in der Regel zu einer Beendigung eines Arbeitsverhältnisses führt. Ist jedoch noch Vertrauen vorhanden, bedarf es theoretisch nicht der Wiederherstellung von Vertrauen. Denn auch zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses dürfte das Vertrauen zunächst nur gering sein, ehe es mit fortlaufender ungestörter Vertragsdauer anwächst. Wenn man von diesem Punkt ausgeht, so wird deutlich, dass es sich bei der Frage der Wiederherstellung eines Vertrauens im Rahmen einer außerordentlichen Kündigung stets um einen Fall handelt, der zum vollständigen Vertrauensverlust geführt hat. Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch durch seine langjährige Rechtsprechung eine Orientierungshilfe zu der Frage geschaffen, wann denn eine Wiederherstellung von Vertrauen möglich erscheint, denn viele Jahre war eine Abmahnung bei einem Verstoß im Vertrauensbereich grundsätzlich nicht notwendig.<sup>54</sup> Damit war auch eine Wiederherstellung von Vertrauen ausgeschlossen. Später modifizierte das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung dahingehend, dass bei Störungen im Vertrauensbereich eine Abmahnung dann nicht entbehrlich erscheint, wenn der Arbeitnehmer annehmen durfte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig bzw. der Arbeitgeber werde sein Verhalten nicht als den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten ansehen.<sup>55</sup> Weiter präzisierend entschied das Bundesarbeitsgericht später, dass ein Abmahnerfordernis bei jeder Kündigung zu prüfen sei, die wegen eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers oder aus einem Grund in seiner Person ausgesprochen wurde, den er

---

<sup>54</sup> BAG – Urteil vom 04.04.1974, 2 AZR 452/73, BAGE 26, 116.

<sup>55</sup> BAG – Urteil vom 30.06.1983, 2 AZR 524/81; BAG – Urteil vom 14.02.1996, 2 AZR 274/95, NJW 1996, 2253.

durch steuerbares Verhalten beseitigen und somit eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden konnte.<sup>56</sup> Damit war die Wiederherstellung eines Vertrauens grundsätzlich möglich. Allerdings konkretisierte das Bundesarbeitsgericht seine Auffassung dahingehend, dass dies nicht für schwere Pflichtverletzungen gelte, bei denen der Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit kennen musste und die Hinnahme des Arbeitgebers offensichtlich ausgeschlossen war, so dass eine Wiederherstellung des für das Arbeitsverhältnis notwendigen Vertrauens nicht erwartet werden kann.<sup>57</sup> Später erkannte das Bundesarbeitsgericht sogar an, dass es selbst bei Störungen im Vertrauensbereich durch Eigentums- und Vermögensdelikte Fälle geben könne, in denen eine Abmahnung nicht ohne weiteres entbehrlich erscheine.<sup>58</sup> Allerdings stellte das Bundesarbeitsgericht später auch fest, dass es Pflichtverletzungen geben kann, die so schwerwiegend erscheinen, dass eine Wiederherstellung des Vertrauens auch nach langjähriger beanstandungsfreier Tätigkeit ausgeschlossen erscheint.<sup>59</sup>

Leider ließ das Bundesarbeitsgericht offen, was denn genau „schwerwiegende Pflichtverletzungen“ sind. Offenbar war es die Entwendung von Leergutbons im Wert von 1,30 EUR im „Fall Emmely“ nicht. Somit bleibt die Frage nach schwerwiegenden Pflichtverstößen weiterhin der Wertung der Umstände des Einzelfalles vorbehalten. Anerkannte Wege oder Regeln, wie Vertrauen wieder hergestellt werden kann, gibt es bisher nicht. Man wird allerdings sagen können, dass ein Vertrauen dann unwiederbringlich zerstört ist, wenn nach einer Abmahnung einschlägige Pflichtverletzungen durch den Arbeitnehmer fortgesetzt werden.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> BAG – Urteil vom 04.06.1997, 2 AZR 526/96, BAGE 86, 95ff.

<sup>57</sup> BAG – Urteil vom 10.02.1999, 2 ABR 31/98, BAGE 91, 30ff.

<sup>58</sup> BAG – Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 103/08, NZA 2009, 1198ff.

<sup>59</sup> BAG – Urteil vom 09.06.2011, 2 AZR 381/10, BB 2011, 2623ff.

<sup>60</sup> Preis/Lorenz – Legal Tribune Online, 10.06.2010, abgerufen am 14.09.2017.

### C. Außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Wie eingangs ausgeführt, handelt es sich bei einem Arbeitsverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis. Für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann es verschiedene Gründe geben, für die auch der Gesetzgeber eine Vielzahl von Beendigungsmöglichkeiten geschaffen hat, um einseitige oder gegenseitig nicht mehr gewollte Arbeitsverhältnisse zu beenden. Beispielhaft sind hier nur die Befristung von Arbeitsverhältnissen, Aufhebungsverträge oder die Erreichung einer vertraglich vereinbarten Altersgrenze genannt.

Die außerordentliche Kündigung als einseitige Beendigung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses stellt dabei einen Ausnahmefall dar. Dieser Art der Beendigung müssen gewichtige Gründe vorausgegangen sein. Die Gründe müssen derart schwerwiegend sein, dass eine Beschäftigung bis zum Erreichen der normalen Kündigungsfrist der jeweiligen Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden kann.<sup>61</sup> Ziel der außerordentlichen Kündigung ist keine „Vergeltung“ einer zuvor aufgetretenen Verfehlung, sondern die Besorgnis, dass vergleichbare Pflichtverletzungen auch in der Zukunft auftreten könnten. Notwendig ist somit eine „Negativprognose“ für die Zukunft.<sup>62</sup>

#### I. Normzweck des § 626 BGB

Bereits bei Einführung des BGB im Jahre 1900 war im § 626 BGB die Möglichkeit normiert, sich von einem Dienstverhältnis aus wichtigem Grund fristlos lösen zu können. Im Rahmen der Fortentwicklung des Bürgerlichen Gesetzbuches, verdankt der § 626 BGB seine heutige Fassung dem 1. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.09.1969. In diesem wurde neben dem Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine Kündigung auch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung eingefügt.<sup>63</sup> In dieser Norm kam der mittlerweile durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 314 BGB normierte allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass jedes Dauerschuldverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet werden kann, wenn im konkreten Einzelfall dem kündigenden Vertragspartner

---

<sup>61</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 8.

<sup>62</sup> KSchR – Däubler – § 626 BGB, Rn 33; Erfurter Kommentar – Niemann – § 626, Rn1.

<sup>63</sup> KSchR – Däubler – § 626 BGB, Rn 1.

die Aufrechterhaltung eines Dauerschuldverhältnisses bis zum Ablauf der regulären Kündigungsfrist oder zum Vertragsablauf, nicht zugemutet werden kann. § 626 BGB stellt insoweit die Spezialvorschrift zu § 314 BGB dar und geht dieser in allen arbeitnehmerähnlichen Dienstverträgen vor.<sup>64</sup> § 626 BGB schützt Arbeitgeber und Arbeitnehmer davor, an ein unzumutbares Beschäftigungsverhältnis gebunden zu sein und stellt damit ein unverzichtbares Freiheitsrecht beider Vertragsparteien dar.<sup>65</sup>

Damit die außerordentliche Kündigung eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses nach § 626 BGB wirksam ist, hat diese verschiedene Voraussetzung zu erfüllen. Da es sich um ein vertragliches Gestaltungsrecht handelt, muss eine Vertragspartei, welche eine Beendigung anstrebt, zunächst eine entsprechende Willenserklärung, hier speziell eine Kündigungserklärung für das bestehende Beschäftigungsverhältnis abgeben. Da es sich um eine einseitig rechtsgestaltende und empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, muss diese der anderen Vertragspartei auch zugehen. Mit dem Zugang der Willenserklärung beim Empfänger wirkt diese rechtsgestaltend.<sup>66</sup> Weiterhin ist es erforderlich, dass die Kündigungserklärung in Schriftform zu erfolgen hat.<sup>67</sup>

## II. Aufbau des § 626 BGB

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 626 BGB eine Möglichkeit eröffnet, sich von bestehenden Dienstverträgen zu lösen. Allerdings stellt diese Vorschrift dabei den Normanwender insoweit vor ein Problem, als auf eine Aufzählung möglicher Gründe für eine sofortige Vertragsbeendigung verzichtet wird. Vielmehr wird als Begründung auf den „wichtigen Grund“ verwiesen. Die Tatbestandsvoraussetzung, die dem § 626 BGB jedoch zu entnehmen sind, sind die Folgenden:

- das Vorliegen der Störung des Dienstverhältnisses

---

<sup>64</sup> Erfurter Kommentar – *Niemann* – § 626 BGB, Rn 3; *KSChR – Däubler* – § 626 BGB, Rn 8.

<sup>65</sup> *APS – Vossen* – § 626 BGB, Rn 6.

<sup>66</sup> *KSChR – Däubler* – § 626 BGB, Rn 12, 14.

<sup>67</sup> *KSChR – Däubler* – § 626 BGB, Rn 37.

- diese muss auf Tatsachen beruhen, welche über die Gegenwart hinaus auch auf die Zukunft fortwirken
- die Fortführung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder vereinbarten Beendigung darf nicht zumutbar sein
- die Interessen des Kündigenden an einer sofortigen Beendigung müssen höher sein, als die Interessen des Gekündigten an der Weiterführung des Dienstverhältnisses.

Was jedoch nach den Umständen des Einzelfalles zählt, nach welchen Kriterien diese abzuwägen sind und wie sich letztendlich die Unzumutbarkeit bestimmt, wird vom Gesetzgeber offen gelassen. Damit fehlt ein klarer begrifflicher Rahmen, was zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit in der Praxis führt. Denn wie ein konkreter Einzelfall von den jeweils zuständigen Arbeitsgerichten ausgelegt wird, kann im Vorfeld nicht beurteilt werden.<sup>68</sup>

Aus Sicht des Verfassers ist dies für die Praxis zwar bedauerlich, trägt jedoch der Tatsache Rechnung, dass es sich bei einer außerordentlichen Kündigung immer um einen Sonderfall der Beendigung eines Dienstverhältnisses handelt. Für diesen Fall der unmittelbaren Beendigung sind im Voraus kaum alle denkbaren und vorkommenden Gründe aufzählbar. Was im Einzelfall damit tatsächlich ein „wichtiger Grund“ ist, obliegt somit richtigerweise der Wertung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit.

### III. Allgemeine Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung

Die eben angeführten Besonderheiten als Voraussetzung für eine Kündigung nach § 626 BGB erfordern damit eine Einzelfallbezogenheit, die es ausschließt, dass bestimmte Tatsachen ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalles stets als „wichtiger Grund“ anerkannt werden können.<sup>69</sup> Somit muss festgestellt werden, dass es keine „absoluten“ Kündigungsgründe gibt.<sup>70</sup> Eine Ausnahme bildeten bis vor wenigen Jahren jedoch noch normierte absolute Kündigungsgründe im Seemannsgesetz (SeemG), doch sind

---

<sup>68</sup> KSchR – Däubler – § 626 BGB, Rn 25.

<sup>69</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 5.

<sup>70</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 5; KSchR – Däubler – § 1 KSchG, Rn 688.

diese im zwischenzeitlich geltenden Seearbeitsgesetz (SeeArbG) ebenfalls nicht mehr vorhanden.<sup>71</sup> Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt, ist nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts vorrangig Sache des Tatsachengerichts. Für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist nicht der subjektive Kenntnisstand des Kündigenden, sondern der objektiv vorliegende Sachverhalt, der objektive Kündigungsanlass, entscheidend.<sup>72</sup> Auch müssen die Gründe, welche einer außerordentlichen Kündigung zugrunde liegen, gravierender sein als diejenigen welche für eine ordentliche Kündigung vorliegen müssen. Vor allem, da sich die als Voraussetzung vorliegende Unzumutbarkeit auf die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist bezieht.<sup>73</sup> Ferner muss, soweit es sich um den Vorwurf einer Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten und damit in der Person des Arbeitnehmers liegender Gründe handelt, ein Verschulden gegeben sein.<sup>74</sup> Eine weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer ungünstigen Zukunftsprognose, so dass die Fortführung des Beschäftigungsverhältnisses bis zu einem regulären Beendigungstermin nicht zumutbar wäre, die Sorge also berechtigt ist, dass sich derartige Pflichtverletzungen auch in der Zukunft wiederholen werden. Man spricht hierbei von einer s.g. Negativprognose.<sup>75</sup> Weiter wäre eine außerordentliche Kündigung nur zulässig, wenn sie Verhältnismäßig ist. Das heißt, dass sie nicht in unzulässiger Weise eine Rechtsposition der anderen Seite verschlechtert. Andere mildere Mittel, wie z. B. eine Abmahnung, dürfen als Sanktionsmöglichkeit nicht mehr in Betracht kommen. Die außerordentliche Kündigung muss als Ultima Ratio betrachtet werden.<sup>76</sup> Außerdem darf kein konkludenter oder ausdrücklicher Verzicht auf den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung etwa dadurch vorliegen, dass der Arbeitgeber wegen der zur Rede stehenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers bereits mildere Maßnahmen ergriffen hat.<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup> KSchR –Däubler – § 626 BGB, Rn 1.

<sup>72</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 5.

<sup>73</sup> KSchR –Däubler – § 626 BGB, Rn 28.

<sup>74</sup> KSchR –Däubler – § 626 BGB, Rn 31.

<sup>75</sup> KSchR –Däubler – § 626 BGB, Rn 33.

<sup>76</sup> KSchR –Däubler – § 626 BGB, Rn 34.

<sup>77</sup> KSchR –Däubler – § 626 BGB, Rn 34.

#### IV. Gründe für eine außerordentliche Kündigung

Eine Einteilung der unterschiedlichen Kriterien einer außerordentlichen Kündigung erscheint sinnvoll, um eine differenzierte Betrachtung vornehmen zu können. Hierfür werden in der Literatur zwei unterschiedliche Ansätze vertreten. Der erste stellt für die Unterscheidung folgende Bereiche zur Verfügung:

- Störung im Leistungsbereich
- Störung im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Arbeitnehmer
- Störung im Vertrauensbereich
- Störung im Unternehmensbereich.<sup>78</sup>

Nach dieser Variante nimmt auch das Bundearbeitsgericht die Kategorisierung vor. Allerdings ist diese nicht abschließend. Die Hoffnung bestand darin, dass sich aus dieser Zusammenfassung jeweils gemeinsame Voraussetzungen für alle wichtigen Gründe und Unterschiede für bestimmte Bereiche ableiten lassen.<sup>79</sup>

Eine weitere in der Literatur vertretene Meinung richtet sich an der Unterscheidung der Kündigungsgründe zu § 1 KSchG aus. Hiernach wird zwischen:

- Personenbedingten Kündigungen
- Verhaltensbedingten Kündigungen
- Betriebsbedingten Kündigungen

unterschieden.<sup>80</sup> Die Gründe einer außerordentlichen Kündigung unterscheiden sich damit nicht von jenen, welche ein Arbeitgeber für die Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes benötigt. Darüber hinaus muss er eine außerordentliche Kündigung jedoch auch mit Tatsachen belegen, die eine sofortige Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses rechtfertigen, weil ihm die Einhaltung der regulären Kündigungsfrist nicht zumutbar wäre.<sup>81</sup> Da sich diese Abhandlung mit der Frage

---

<sup>78</sup> APS – Vossen / Dörner – § 626 BGB, Rn 59.

<sup>79</sup> APS – Vossen / Dörner – § 626 BGB, Rn 60.

<sup>80</sup> APS – Vossen / Dörner – § 626 BGB, Rn 61.

<sup>81</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 64.

der außerordentlichen Kündigung bei geringwertigen Vermögensdelikten befasst und diese zumeist als verhaltensbedingte Kündigung erfolgen, wird auf eine Darstellung der betriebsbedingten Kündigung verzichtet.

### 1. Personenbedingte Kündigung

Bei dieser Art der Kündigung sind die Gründe dafür in der Person des Arbeitnehmers vorhanden, eines Verschuldens des Gekündigten bedarf es nicht. Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht oder nicht mehr zu erbringen im Stande ist oder die Möglichkeit zur Erbringung verloren hat, weil seine persönlichen Fähigkeiten und Leistungen dazu nicht oder nicht mehr ausreichen.<sup>82</sup> Dies kann subjektive oder objektive Gründe haben.<sup>83</sup> Auch ist es den Arbeitnehmern hierbei nicht mehr möglich, die Störung des Arbeitsverhältnisses zu steuern. Die häufigste Ursache hierfür sind Erkrankungen, wobei nicht die Krankheit selber, sondern die Auswirkungen der Erkrankung die Störung auf das Arbeitsverhältnis darstellt.<sup>84</sup>

### 2. Verhaltensbedingte Kündigung

In Fällen eines vertragswidrigen Verhaltens von Arbeitnehmern kommt eine verhaltensbedingte Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses in Betracht. Hierbei müssen durch den Arbeitnehmer die ihm aus dem Beschäftigungsverhältnis obliegenden Haupt- oder Nebenpflichten verletzt worden und zugleich eine andere Verhaltensweise möglich gewesen sein.<sup>85</sup> Die meisten Beispiele für derartige Kündigungsgründe sind Beschimpfungen, Tätlichkeiten, Unpünktlichkeit und Verweigerung der Arbeit.<sup>86</sup> Ein wesentlicher Unterschied zur personenbedingten Kündigung liegt somit in der Steuerungsfähigkeit des Verhaltens durch den Arbeit-

---

<sup>82</sup> KSchR – *Deinert* – § 1 KSchR, Rn 85.

<sup>83</sup> KSchR – *Deinert* – § 1 KSchR, Rn 86.

<sup>84</sup> KSchR – *Deinert* – § 1 KSchR, Rn 95ff.

<sup>85</sup> KSchR – *Däubler* – § 1 KSchR, Rn 685.

<sup>86</sup> jurisPK-BGB – *Weth* – § 626 BGB, Rn 17.

nehmer. Dieses zugrunde liegende Verhalten kann dem Arbeitnehmer jedoch nur als Leistungsstörung vorgeworfen werden, wenn es rechtswidrig und schuldhaft war und mit einer fahrlässigen oder vorsätzlichen Handlung einhergegangen ist.<sup>87</sup> Hierunter sind auch Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers, sofern keine krankhafte Störung beim Arbeitnehmer vorliegt, zu klassifizieren. In der Regel sind diese ein geeigneter Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses.<sup>88</sup> Wenn jedoch dem Arbeitnehmer kein konkretes Fehlverhalten vorgeworfen werden kann, sondern Gründe lediglich in gewissen dem Arbeitnehmer anhaftenden Eigenschaften zu suchen sind, ist eine verhaltensbedingte Kündigung nicht möglich.<sup>89</sup> Für die Frage, ob eine verhaltensbedingte Kündigung möglich ist, ist auch zu beurteilen, ob eine vertragsbezogene Leistungsstörung vorliegt. Ein im Privatleben des Arbeitnehmers liegender Grund ist in der Regel nicht geeignet, um eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen.<sup>90</sup> Sofern in einem, zwar nicht vertragswidrigen, aber bedeutsamen Verhalten des Arbeitnehmers Zweifel an dessen Fähigkeiten und Eignung zur Erbringung der Arbeitsleistung aufkommen, ist lediglich eine personenbedingte Kündigungsmöglichkeit zu prüfen.<sup>91</sup>

### 3. Störbereiche nach dem Bundesarbeitsgericht

Wie bereits dargelegt, nimmt das Bundesarbeitsgericht eine Unterscheidung der einzelnen Kündigungsgründe anhand von folgenden Störbereichen vor. Dazu zählen der Vertrauensbereich, der Leistungsbereich, der Betriebsbereich und der Unternehmensbereich.<sup>92</sup> Jedoch ist diese Systematisierung der Kündigungsgründe durch das Bundesarbeitsgericht nicht unumstritten. Die Kritik richtet sich vor allem gegen eine fehlende Differenzierung bezüglich der Notwendigkeit einer Abmahnung. Stattdessen

---

<sup>87</sup> BAG Urteil vom 21.11.1996, 2 AZR 357/95; *Kukat* – BB1997, 1103f.

<sup>88</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 108.

<sup>89</sup> KSchR – *Däubler* – § 1 KSchR, Rn 687.

<sup>90</sup> KSchR – *Däubler* – § 1 KSchR, Rn 685.

<sup>91</sup> *Schlachter* – NZA 2005, 435.

<sup>92</sup> APS – *Vossen / Dörner* – § 626 BGB, Rn 61.

besteht die Gefahr, dass durch allzu schnellen Rückgriff auf die Kategorie Vertrauensbereich, Loyalitätspflichten angenommen werden, die es in Wirklichkeit gar nicht gibt.<sup>93</sup> Denn die Einteilung führte in der Vergangenheit zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn es um die Notwendigkeit der Erteilung von Abmahnungen gegangen ist. Das Bundesarbeitsgericht ging im Allgemeinen davon aus, dass bei Kündigungen im Vertrauensbereich und im Betriebsbereich keine Abmahnung erforderlich war. Denn ein einmal gestörter Betriebsfrieden oder ein einmal gestörtes Vertrauensverhältnis könne nicht wiederhergestellt werden.<sup>94</sup> Diese Rechtsauffassung hat sich jedoch durch die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts überholt, da nicht stets von vornherein ausgeschlossen werden kann, das verloren gegangene Vertrauen wiederhergestellt werden kann.<sup>95</sup>

a. Der Vertrauensbereich

Eine Störung im Vertrauensbereich ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber den Glauben an die Gutwilligkeit, Loyalität und Redlichkeit des Arbeitnehmers verloren hat. Er hat damit die Befürchtung, dass sich der Arbeitnehmer gegen seine Interessen stellen wird. Damit steht der Charakter und nicht die Qualifikation des Arbeitnehmers im Mittelpunkt. Allerdings ist die Annahme eines Vertrauensbereiches insoweit nicht ungefährlich, als damit das Beschäftigungsverhältnis mit Elementen angereichert wird, die keine vertragliche Grundlage haben. Nur dann, wenn die Tätigkeit ihrer Art nach ein Vertrauensverhältnis voraussetzt, kann dessen Störung für eine Kündigung relevant sein.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> KSchR – *Däubler* – § 1 KSchG, Rn 686; APS – *Vossen / Dörner* – § 1 KSchG, Rn 269.

<sup>94</sup> *Schaub* – NZA 1997, 1185 f; KSchR – *Deinert* – § 314 BGB, Rn 24f.

<sup>95</sup> BAG vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, juris Rn 35f.

<sup>96</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 45.

b. Der Leistungsbereich

Eine Störung im Leistungsbereich liegt vor, wenn die Arbeitspflichten verletzt werden, wie z.B. aufgrund von Schlechtleistung oder Nichtleistung. Damit verletzt der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag, wenn er seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt.<sup>97</sup> Früher ging man bei einer Störung im Leistungsbereich stets davon aus, dass eine Abmahnung erforderlich sein sollte. Diese Sicht wurde in der Zwischenzeit aufgegeben. Zwar geht man weiterhin davon aus, dass eine Abmahnung regelmäßig erforderlich ist, diese bei besonders schwerwiegenden und hartnäckigen Vertragsverletzungen aber auch entbehrlich sein kann.<sup>98</sup>

c. Der Betriebsbereich

Als ein weiterer Störbereich wird das Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander und zu ihren Vorgesetzten angesehen. Im Betriebsbereich handelt es sich somit meist um Störung des Betriebsfriedens. Dies umfasst Verstöße gegen betriebliche Vorschriften, wie z.B. ein betriebliches Alkoholverbot. Aber auch Tätlichkeiten gegenüber anderen Arbeitnehmern oder die Vorgesetzten zählen hierunter.<sup>99</sup>

d. Der Unternehmensbereich

Eine Störung des Unternehmensbereiches hat für die Praxis der außerordentlichen Kündigungen eher geringe bis gar keine Bedeutung.<sup>100</sup> Relevant für eine außerordentliche Kündigung könnte der Verrat von Betriebsgeheimnissen sein, der jedoch auch dem Vertrauensbereich zugeordnet werden kann. Auf eine weitergehende Darstellung wird daher verzichtet.

---

<sup>97</sup> KR – Fischermeier – § 626 BGB, Rn 167.

<sup>98</sup> KSchR – Deinert – § 314 BGB, Rn 38.

<sup>99</sup> KR – Fischermeier – § 626 BGB, Rn 168.

<sup>100</sup> KR – Fischermeier – § 626 BGB, Rn 170.

## V. Der „wichtige Grund“ als Rechtfertigung für eine Kündigung

Neben den allgemeinen Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung, muss auch ein s.g. „wichtiger Grund“ vorliegen, um sich unmittelbar von einem bestehenden Arbeitsverhältnis lösen zu können. Aber was ist ein „wichtiger Grund“? Da der Gesetzgeber auf eine abschließende Aufzählung möglicher Tatbestände, welche als „wichtige Gründe“ in Betracht kommen, verzichtete, forderte er Kritik geradezu heraus. Die Kritiker führen als Begründung an, dass die Offenheit als unbestimmter Rechtsbegriff eine vorhersehbare Rechtsprechung verhindert. Im Ergebnis führe dies zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.<sup>101</sup> Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass mit einer normativen Festlegung des Gesetzgebers, die Zukunftsoffenheit des § 626 BGB stark gefährdet wäre. In der Folge hätte das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit zugunsten abstrakter genereller Wertungen erhebliche Einschränkungen erfahren.<sup>102</sup> Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines „wichtigen Grundes“ erfüllt, ist nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts vorrangig Sache des Tatsachengerichts. Für das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ ist nicht die subjektive Einschätzung des Kündigenden, sondern der objektiv vorliegende Sachverhalt also der objektive Kündigungsanlass, entscheidend.<sup>103</sup>

Um jedoch dem Vorwurf der Rechtsunsicherheit begegnen zu können und ein Maß an Rechtssicherheit zu gewinnen und die Rechtsanwendung zu erleichtern, wird die Bildung von Fallgruppen durch die Rechtsprechung ange-regt.<sup>104</sup> Nach diesen soll der Rechtsanwender dann die Konstellationen erkennen können, in denen typischerweise die Voraussetzung der Norm erfüllt oder nicht erfüllt sind.<sup>105</sup> Dies ist jedoch bislang nicht in vollem Umfang gelungen.<sup>106</sup> Das hat zur Folge, dass ein Rückgriff auf eine rechtssichere Definition des Begriffes „wichtiger Grund“ nicht möglich ist. In der Folge kommt es

---

<sup>101</sup> KSchR - *Däubler* – § 626 BGB, Rn 25; KR –*Fischermeier* – § 626 BGB, Rn 82.

<sup>102</sup> KSchR - *Däubler* – § 626 BGB, Rn 26.

<sup>103</sup> jurisPK-BGB – *Weth* – § 626 BGB, Rn 5.

<sup>104</sup> APS – *Vossen* – § 626 BGB, Rn 21.

<sup>105</sup> Erfurter Kommentar – *Niemann* – § 626 BGB, Rn 15.

<sup>106</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 26.

nun dazu, dass bestimmte Verhaltensweisen trotz voller Vergleichbarkeit von einzelnen Arbeitsgerichten unterschiedlich beurteilt werden.<sup>107</sup>

Da es sich bei einem Beschäftigungsverhältnis um einen Dienstvertrag handelt, muss es sich bei den vorgeworfenen Pflichtverstößen um schuldrechtliche Pflichtverstöße handeln. Diese vorwerfbaren Handlungen müssen so gravierend sein, dass eine Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar geworden ist. Durch die Schwere der Pflichtverletzung darf eine Abmahnung oder ein anderes milderes Mittel nicht mehr geeignet sein, eine günstige Zukunftsprognose des Beschäftigungsverhältnisses treffen zu können. Dadurch ist dem Arbeitgeber ein Zuwarten bis zum Ablauf der regulären Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar.<sup>108</sup> Die Rechtsprechung versucht eine Konkretisierung des Begriffes „wichtiger Grund“ durch eine Prüfung in zwei Stufen.<sup>109</sup>

#### 1. Das zweistufige Prüfungsschema

Die Theorie des zweistufigen Prüfungsschemas hat seinen Ausgangspunkt in der s.g. „Bienenstichentscheidung“ des Bundesarbeitsgerichts<sup>110</sup> und wird nach wie vor für die Prüfungen im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB verwendet.<sup>111</sup> Im Einzelnen folgt diese Ansicht der Theorie, dass der „wichtige Grund“ in zwei Stufen zu prüfen sei.

##### a. Geeignetheit des Grundes „an sich“

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichtes ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben und eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.<sup>112</sup> Der Begriff der „an sich“ Eignung wurde durch die Rechtsprechung im

---

<sup>107</sup> APS – Vossen – § 626 BGB, Rn 21.

<sup>108</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 8.

<sup>109</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 5.

<sup>110</sup> BAG vom 17.05.1984 – 2 AZR 3/83, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14.

<sup>111</sup> BeckOK ArbR – Stoffels – § 626 BGB, Rn 45.

<sup>112</sup> BeckOK ArbR – Stoffels – § 626 BGB, Rn 46.

Rahmen der Entstehung des zweistufigen Prüfungsaufbaus entwickelt. Eine grundsätzliche Eignung liegt vor, wenn der Sachverhalt ohne Beachtung der besonderen Umstände des Einzelfalls geeignet ist, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben.<sup>113</sup> Hierbei wird eine Art Negativfilter angewandt um zu prüfen, ob bestimmte Sachverhalte von vornherein ausscheiden und damit generell nicht als „wichtiger Grund“ in Betracht kommen.<sup>114</sup> Dies kommt für Umstände in Betracht, die keine Rückwirkung auf das Beschäftigungsverhältnis haben oder dem Arbeitgeber bereits bei der Einstellung bekannt waren.<sup>115</sup>

Allerdings gibt es an der Prüfung in dieser Form der ersten Stufe auch Kritik. Diese bemängelt, dass die „Filterfunktion“ gering bis nicht vorhanden ist.<sup>116</sup> Und auch das Bundesarbeitsgericht hat bereits anerkannt, dass eine Differenzierung nur von beschränktem Wert sei.<sup>117</sup> Denn bislang sind keine „ungeeigneten“ Kündigungsgründe durch das Bundesarbeitsgericht festgestellt worden.<sup>118</sup> Die Kritik erkennt zutreffend, dass der ersten Stufe der Prüfung für eine außerordentliche Kündigung keine Funktion zukommt. Denn wenn man von zwei zu prüfenden Tatbeständen ausgeht, von denen der erste immer als erfüllt angesehen werden kann, leistet die Theorie des zweistufigen Prüfungsaufbaus keinen hilfreichen Beitrag zur Auslegung des Begriffes „wichtiger Grund“.

Auch das Bundesarbeitsgericht hat dies für den dieser Arbeit zugrundeliegenden Sachverhalt einer außerordentlichen Kündigung wegen Eigentumsdelikten zu Lasten des Arbeitgebers bereits erkannt und festgestellt: *„Weiter widerspricht es der Rechtssicherheit dienenden systematischen Zweiteilung des § 626 Abs. 1 BGB in den wichtigen*

---

<sup>113</sup> BAG Urteil vom 15.11.1984 - 2 AZR 613/83, AP BGB § 626 Nr. 87; MAH ArbR – Reinartz – §44, Rn 9.

<sup>114</sup> KschR – Däubler – § 626 BGB, Rn 42.

<sup>115</sup> KschR – Däubler – § 626 BGB, Rn 42.

<sup>116</sup> BeckOK ArbR – Stoffels – § 626 BGB, Rn 49.

<sup>117</sup> BAG Urteil vom 04.06.1997 – 2 AZR 526/96, AP BGB 626 Nr. 137.

<sup>118</sup> Stoffels – NJW 2011, 120.

*Grund an sich und die nachfolgende Zumutbarkeitsprüfung unter Interessenabwägung, wenn rechtswidrigen und vorsätzlichen Verletzungen des Eigentums oder Vermögens des Arbeitgebers von vornherein die Eignung für eine außerordentliche Kündigung abgesprochen wird, weil die Schädigung des Arbeitgebers geringfügig ist. Um Geringfügigkeit zu bejahen, ist eine Wertung erforderlich, was dafür spricht, die Schadenshöhe der Zumutbarkeitsprüfung im Rahmen der Interessenabwägung zuzuordnen.“<sup>119</sup>*

b. Interessenabwägung und Prognoseprinzip

Sofern man bei der Prüfung in der ersten Stufe festgestellt hat, dass der konkret vorliegende Sachverhalt „an sich“ geeignet ist, was in der Praxis je kaum zu verneinen sein wird, so gelangt man nunmehr zur zweiten entscheidenden Stufe der Prüfung.<sup>120</sup> Hierbei muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile geprüft werden, ob dem Kündigenden eine Weiterbeschäftigung oder ein Zuwarten bis zum regulären Kündigungstermin unzumutbar wäre.<sup>121</sup> Zwar verlangt das Gesetz die Abwägung der Interessen beider Vertragspartner, so dass auch subjektive Umstände aus den Verhältnissen der Beteiligten berücksichtigt werden können. Jedoch ist die rechtliche Würdigung dieser Umstände im Rahmen der Interessenabwägung, insbesondere bei der Beurteilung ihrer Schutzwürdigkeit und bei ihrer Gewichtung im Verhältnis zu anderen Abwägungsfaktoren von der Warte eines objektiven Betrachters aus vorzunehmen.<sup>122</sup> Dabei ist bereits nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB darauf abzustellen, ob die „Fortsetzung“ des Beschäftigungsverhältnisses zumutbar wäre. Notwendig ist deshalb eine negative Einschätzung (Negativprognose) über

---

<sup>119</sup> BAG Urteil vom 12.08.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28.

<sup>120</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 73.

<sup>121</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 47, 55, 73.

<sup>122</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 50.

die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses. Eine weitere gedeihliche Fortführung des Arbeitsverhältnisses muss ausgeschlossen sein. Würde man dieses s.g. Prognoseprinzip nicht zugrunde legen, so würde sich die außerordentliche Kündigung als Strafe darstellen.<sup>123</sup> Auf dieser Basis ist sodann zu beurteilen, ob das Vertragsverhältnis durch die Vorkommnisse auch künftig beeinträchtigt werden wird, etwa weil mit Wiederholungen zu rechnen ist oder ob das Vertrauensverhältnis irreparabel zerstört ist. Die erneute Begehung einer Pflichtverletzung trotz einer dem Arbeitnehmer zuvor wegen einer gleichartigen Pflichtverletzung erteilten Abmahnung, lässt regelmäßig den Schluss auf eine bestehende Wiederholungsgefahr zu und erhärtet damit die Negativprognose.<sup>124</sup> Das Bundesarbeitsgericht zieht den Kreis der berücksichtigungsfähigen Interessen erst einmal sehr weit. Die Interessenabwägung beziehe sich auf alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände des Einzelfalles. Dabei müssten die bei der Abwägung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte vollständig und widerspruchsfrei sein.<sup>125</sup> Demgegenüber wird im Schrifttum eine Begrenzung der Interessenabwägung auf arbeitsvertraglich relevante Umstände gefordert. Interessen, die nicht auf das Vertragsverhältnis bezogen seien, könnten eine Kündigung niemals begründen.<sup>126</sup> Dieser Meinung ist in ihrem Grundanliegen beizutreten. Der zentrale Bezugspunkt der Interessenabwägung ist der durch den Arbeitsvertrag vorprogrammierte Leistungsaustausch samt allen Nebenpflichten der Parteien. Würde man sich über diese durch den Vertragszweck legitimierte Begrenzung hinwegsetzen, liefe die Interessenabwägung Gefahr, in eine nicht mehr normativ geleitete Billigkeitsabwägung abzugleiten. Es ist daher notwendig, der Nähe der jeweiligen Faktoren zu den arbeitsvertraglichen Pflichten

---

<sup>123</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 33; BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 70.

<sup>124</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 72.

<sup>125</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 46; BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 74.

<sup>126</sup> APS – *Vossen* – § 626 BGB, Rn 111f.

maßgebliche Bedeutung für ihre Relevanz im Abwägungsvorgang zukommen zu lassen. Je geringer der Bezug des jeweiligen Umstandes zum Arbeitsvertrag und je mehr er der Privatsphäre des Arbeitnehmers zuzuordnen ist, desto geringer ist das ihm in der Interessenabwägung beizumessende Gewicht.<sup>127</sup>

Aber auch an der Begründung für eine außerordentliche Kündigung, dass eine zukünftige störungsfreie Vertragserfüllung nicht mehr zu erwarten ist, bestehen berechtigte Zweifel in der Literatur. Denn wenn man, wie das Bundesarbeitsgericht, eine Zukunftsprognose stellen soll, so würden Kündigungen in jenen Fällen scheitern, in denen sonst nicht über die Berechtigung der außerordentlichen Kündigung diskutiert werden müsste. Zum Beispiel im Falle eines AT-Angestellten, welcher seit 13 Jahren als Betriebsingenieur und Gruppenleiter beschäftigt ist und über eine eigens hierfür heimlich gegründete Firma zu Lasten des Arbeitgebers über mehr als ein Jahrzehnt Schmiergeldzahlungen in einer Größenordnung von insgesamt mindestens 1,4 Mio DM kassiert und hierfür nach Aufdeckung dieser als Untreue und Bestechlichkeit zu qualifizierenden Handlung die außerordentliche Kündigung erhält. Würde man das Prognoseprinzip so verstehen, wie es das Bundesarbeitsgericht für sachgerecht erachtet, so wäre die Kündigung wohl unwirksam. Denn es ist kaum zu erwarten, dass der Betreffende nach Aufdeckung erneut so eine Tat begehen würde. Zudem würde eine strafrechtliche Verurteilung so zu denken geben, dass an seiner zukünftigen Vertragstreue und einer dauerhaft störungsfreien Vertragserfüllung kaum gezweifelt werden könnte. Gleichwohl hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts die Kündigungsschutzklage unter Hinweis auf das gravierende Fehlverhalten des Klägers abgewiesen, ohne sich mit der Perspektive einer Vertragsfortsetzung auch nur ansatzweise zu beschäftigen. Dieser Fall zeigt eindrucksvoll, dass es in der Praxis Fälle gibt, in denen sich

---

<sup>127</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 74.

das Rechtsgefühl in nachvollziehbarer Weise dagegen sträubt, die Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Arbeitgeber von der spekulativen Erwägung abhängig zu machen, wie sich das Vertragsverhältnis nach dem Vorgefallenen denn möglicherweise in Zukunft fortentwickelt könnte. Dass es jedenfalls bei besonders schwerwiegenden Vertragsverstößen (Diebstahl, Körperverletzung, Beleidigung etc.) nicht zwingend auf eine Wiederholungsgefahr ankommen kann, liegt auf der Hand.<sup>128</sup>

Aber unabhängig von den Fragen und der Kritik zur Prüfung der ersten Stufe und dem Prognoseprinzip auf der zweiten Stufe, ist die Zweistufentheorie nach wie vor die herrschende Auffassung.<sup>129</sup>

## 2. Das dreistufige Prüfungsschema

Die Kritik an dem zweistufigen Prüfungsschema führte dazu, dass auch andere Ansätze entwickelt wurden, mit diesem Problem besser umzugehen. Das Bundesarbeitsgericht verwendet teilweise selbst eine dreistufige Prüfungslogik.<sup>130</sup> Dies wird in der Literatur diskutiert, ohne selbst die Bezeichnung des dreistufigen Prüfungsschemas zu verwenden. Ursprünglich stammt das dreistufige Prüfungsschema aus Kündigungssachverhalten, bei denen aus krankheitsbedingten Gründen gekündigt wurde. Hierbei wendet auch das Bundesarbeitsgericht bei derartigen Sachverhalten dieses dreistufige Modell an.<sup>131</sup> Danach wird vorgeschlagen, auf einer ersten Stufe zu prüfen, ob der Kündigungsgrund „an sich“ geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dabei wird angeregt, die Kündigungsgründe in Anlehnung an den § 1 Abs. 2 KSchG vorzu-

---

<sup>128</sup> Willemsen – RdA 2017, 115f.

<sup>129</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 5.

<sup>130</sup> HK-ArbR – Griebeling – § 626 BGB, Rn 49f.

<sup>131</sup> Lepke – Kündigung bei Krankheit, II. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber, Rn 217.

nehmen und in verhaltens-, betriebs- und personenbedingte Kündigungen zu untergliedern.<sup>132</sup> Innerhalb dieser Unterteilung wäre es dann möglich, für jede Kategorie entsprechende Fallgruppen zu bilden um Wertungswidersprüche zu verhindern.<sup>133</sup>

In der zweiten Stufe würde man die Zukunftsprognose für das Beschäftigungsverhältnis vornehmen. Hierbei würde die Beurteilung erfolgen, inwieweit eine Wiederholungsgefahr vorliegt, da die außerordentliche Kündigung ja eine Reaktion auf zukünftig zu erwartende Leistungsstörungen sein soll.<sup>134</sup> Es soll hier auch geprüft werden, ob eine Vermeidung zukünftiger Leistungsstörungen mit einem milderen Mittel als der außerordentlichen Kündigung erreicht werden kann.<sup>135</sup>

In der dritten Stufe käme das Verhältnismäßigkeitsprinzip zum Tragen. In dieser Stufe würde die notwendige Prüfung der Umstände des Einzelfalles Berücksichtigung finden, die Interessen der Vertragspartner würden gegeneinander abgewogen und die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme beurteilt werden.<sup>136</sup>

Dieses Prüfungsschema ändert zwar die Struktur der Prüfung, es schafft jedoch keine neuen Elemente. Im Ergebnis erbringt auch eine dreistufige Prüfung keine genauere Begrifflichkeit des „wichtigen Grundes“ hervor, so dass es weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung bleibt, eine einzelfallgerechte Prüfung vorzunehmen.<sup>137</sup>

#### D. Geringwertige Vermögensdelikte als „wichtiger Grund“

Im Rahmen rechtlicher Diskussionen, aber auch in breiten Bevölkerungsschichten, sind Kündigungen wegen geringwertiger Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers immer wieder Anlass zu Auseinandersetzungen über deren Kündigungsrelevanz. Vor allem in den Jahren nach der Weltfinanzkrise 2008 wurden die Diskussionen zu Urteilen wegen geringwertiger Vermögensdelikte zu Lasten

---

<sup>132</sup> KSchR - *Däubler* – § 626 BGB, Rn 44.

<sup>133</sup> *Preis* – AuR 2010, 188; MüArbR – *Wank* – § 98, Rn 49.

<sup>134</sup> MüArbR – *Wank* – § 98, Rn 51.

<sup>135</sup> Erfurter Kommentar – *Niemann* – § 262 BGB, Rn 25.

<sup>136</sup> Erfurter Kommentar – *Niemann* – § 262 BGB, Rn 25f.

<sup>137</sup> HK-ArbR – *Griebeling* – § 626 BGB, Rn 48.

des Arbeitgebers in breiten Bevölkerungsschichten geführt, da breite Schichten der Öffentlichkeit die Verhältnismäßigkeit in den Urteilen als nicht ausgewogen erachteten. Denn wenn auf der einen Seite ein nur sehr geringer oder gar kein Schaden entstanden ist, auf der anderen Seite aber der Verlust des Arbeitsplatzes und damit der Verlust der Existenzgrundlage steht, wird einer derartigen Rechtsprechung die Ausgewogenheit abgesprochen. Und dies vor dem Hintergrund der Finanzkrise, in welcher Managementfehler und Fehlverhalten im Management zu Millionenschäden führten und keinerlei Sanktionen nach sich zogen.

Das Bundesarbeitsgericht vertrat in der Vergangenheit eine strikte Position in Fällen der außerordentlichen Kündigung aufgrund geringwertiger Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers. Mit der Entscheidung zum „Fall Emmely“<sup>138</sup> wurde die bereits laufende rechtliche Diskussion zu derartigen Kündigungsgründen noch einmal zusätzlich befeuert.

Aber was genau sind „geringwertige“ Vermögensdelikte? Das Arbeitsrecht an sich kennt keine „Geringwertigkeit“. In Teilen der Literatur wird gefordert sich an das Strafrecht anzulehnen und deren strafrechtliche Geringfügigkeitsgrenze zu übernehmen.<sup>139</sup> Dort ist in § 248 StGB normiert, dass Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen nur auf Antrag verfolgt werden. Aber auch im Strafrecht ist der Begriff „Geringwertigkeit“ nicht näher definiert. Somit handelt es sich auch hier um einen unbestimmten Rechtsbegriff und die Auslegung durch die Strafgerichte erfolgt unter Berücksichtigung deren besonderen Abwägungsgesichtspunkten und sozialpräventiven Erwägungen.<sup>140</sup> Aber dies hilft in der arbeitsrechtlichen Bewertung wenig weiter. Bedeutet Geringwertigkeit im Arbeitsrecht dann, dass zumindest noch ein gewisser Wert oder Nutzen vorhanden sein muss? Denn ein Gegenstand, der keinen Wert mehr besitzt, zumindest nicht für den Arbeitgeber, würde nicht unter den Tatbestand eines Vermögensdelikts fallen. Letztlich kann darauf keine verlässliche Antwort gegeben werden. Die Ten-

---

<sup>138</sup> BAG Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09.

<sup>139</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 110.

<sup>140</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 111.

denz in der Rechtsprechung ist jedoch, dass, je geringer der Wert des tatsächlichen Schadens, desto mehr wird die Schwere der Schuld und Pflichtverletzung zu Lasten des aufgebauten Vertrauens hinterfragt.

#### I. Strafbare Handlung im Sinne des Strafgesetzbuches

Zunächst stellt eine strafbare Handlung des Arbeitnehmers gegen das Vermögen seines Arbeitgebers einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung durch diesen dar.<sup>141</sup> Allerdings nur, wenn die Tat, gewollt oder ungewollt, in einem Zusammenhang mit dem bestehenden Beschäftigungsverhältnis steht.<sup>142</sup> Soweit man jedoch die Strafbarkeit im Sinne des StGB bejaht, entsteht lediglich ein Indiz für das Bestehen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB. Denn einen Zusammenhang zwischen Straf- und Arbeitsrecht verneint das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung zum „Fall Emmely“ ausdrücklich.<sup>143</sup> Das Verhalten eines Arbeitnehmers soll auch dann als wichtiger Grund in Betracht kommen, wenn es nicht strafbar im Sinne des Strafgesetzbuches sein sollte. Für die kündigungsrechtliche Bewertung wären weder die sachenrechtliche noch die strafrechtliche Bewertung maßgebend. Entscheidungserheblich wären vielmehr der Verstoß gegen die sich aus dem Beschäftigungsverhältnis ergebenden Haupt- und Nebenpflichten und der damit einhergegangene Vertrauensverlust. Somit kann auch eine nicht strafbare Handlung eine erhebliche Verletzung der sich aus dem Arbeitsvertrag erwachsenden Pflichten im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Dies soll insbesondere für die Fälle gelten, in denen der Arbeitnehmer, entgegen den Weisungen seines Arbeitgebers, einen Verstoß gegen die unmittelbaren Vermögensinteressen des Arbeitgebers begeht.<sup>144</sup> Diese Grundsätze stellen die Eckpfeiler des Bundesarbeitsgerichts bei der Beurteilung von Kündigungssachverhalten dar, wonach ausschließlich die arbeitsrechtliche und nicht die strafrechtliche Wertung entscheidend ist. Denn würde ein Zu-

---

<sup>141</sup> KSchR – Däubler – § 626, Rn 108.

<sup>142</sup> KSchR – Däubler – § 626, Rn 105.

<sup>143</sup> BAG Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 30.

<sup>144</sup> BAG Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 30;

sammenhang zwischen strafrechtlicher und arbeitsrechtlicher Wertung bestehen, so würde dies dem zivilrechtlichen Charakter eines Dienstverhältnisses nicht gerecht. Vor allem ein weiterer Punkt muss hierbei berücksichtigt werden. Im Strafrecht sind Eigentum und Vermögen eines Arbeitgebers nur lückenhaft geschützt. Zum Beispiel wenn der Arbeitnehmer in seiner Freizeit durch Nutzung des Eigentums seines Arbeitgebers gegen dessen ausdrücklichen Willen in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber Aufträge Dritter ausführt. Damit schädigt er seinen Arbeitgeber, in dem er diesem einen Umsatzausfall beschert. Nach strafrechtlichen Maßstäben wäre dieses Verhalten als Gebrauchsanmaßung nicht strafbar.

Es bleibt jedoch festzuhalten, dass bei Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers, trotz fehlender Verbindung zwischen Straf- und Arbeitsrecht, oftmals auch ein Straftatbestand verwirklicht ist.

## II. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei geringwertigen Vermögensdelikten

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde erstmals 1978 durch das Bundesarbeitsgericht in das Arbeitsrecht eingeführt.<sup>145</sup> Grundlage war der im Verfassungs- und Verwaltungsrecht entwickelte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs der Verwaltung gegenüber dem Bürger. Danach muss der Eingriff den die Verwaltung vollzieht, in einem angemessenen Verhältnis zu ihrem Zweck stehen.<sup>146</sup> Vorher wurde im Rahmen von Kündigungsschutzfragen lediglich die „Billigkeit“ der Kündigung geprüft.

Konkret bedeutet diese Voraussetzung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, dass die sich die aus einer Kündigung ergebenden Folgen auf die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu betrachten sind. Hintergrund ist die Feststellung, dass nur bei einem ausgeglichenen Kräfteverhältnis ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien möglich ist und damit die verschiedenen Rechtspositionen der Beteiligten geschützt werden. Somit ist nach dem Bundesarbeitsgericht eine außerordentliche Kündigung nur dann zulässig, wenn es, unter Beachtung alle Umstände des

---

<sup>145</sup> BAG Urteil vom 30.05.1978, 2 AZR 630/78, AP BGB §626, Nr. 70.

<sup>146</sup> BVerfG Beschluss vom 16.03.1971, 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BeckRS 1971, 103653.

Einzelfalles, kein geeigneteres milderes Mittel gibt, um das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen.<sup>147</sup> Damit muss vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung geprüft werden, ob mildere Mittel ausreichen um ein zukünftiges Fehlverhalten auszuschließen. Bei geringwertigen Vermögensdelikten ist aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes somit die Möglichkeit des Ausspruches einer vorherigen Abmahnung zu prüfen. In seiner Entscheidung zum „Fall Emmely“ stellt das Bundesarbeitsgericht deutlich heraus, dass es einer Abmahnung nur dann nicht bedarf, wenn eine Verhaltensänderung seitens des Arbeitnehmers in der Zukunft auch durch eine Abmahnung nicht zu erwarten ist.<sup>148</sup> Dies ist grundsätzlich nicht neu, wurde jedoch durch das Bundesarbeitsgericht dort besonders herausgestellt. Meinungen in der Literatur vertreten die Auffassung, dass diese Herausstellung so zu verstehen ist, dass geringwertige Delikte zu Lasten des Arbeitgebers diesen nun nicht mehr stets zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen.<sup>149</sup> Denn seit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes zu der s.g. „Bienenstichentscheidung“ galt der Grundsatz, dass der eingetretene Vertrauensverlust nicht wieder hergestellt werden könne und eine der Kündigung vorrausgehende Abmahnung damit überflüssig sei.<sup>150</sup> Diese Ansicht wurde durch das Bundesarbeitsgericht in nachfolgenden Entscheidungen modifiziert und verschärft. Dabei wurden die Fragen hinsichtlich der Bereicherung des Arbeitnehmers und des Schadens für den Arbeitgeber konkretisiert.<sup>151</sup> Allerdings erfolgte bereits ein Jahr vor dem Urteil zum „Fall Emmely“ eine bemerkenswerte Änderung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, welches auf einmal auch bei Vertrauensstörungen im Bereich von Eigentums- und Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers eine Abmahnpflicht für möglich hielt.<sup>152</sup> Das Bundesarbeitsgericht führt dafür Beispiele an, in welchem für den Arbeitnehmer zwar die Verbotswidrigkeit seiner Handlung klar sei, er jedoch

---

<sup>147</sup> BAG Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 34.

<sup>148</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 35.

<sup>149</sup> *Stoffels* – NJW 2011, 121.

<sup>150</sup> BAG – Urteil vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98, BAGE 92, 184-203.

<sup>151</sup> *Klueß* – AuR 5, 2010, 5.

<sup>152</sup> BAG – Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 103/08, BeckRS 2009, 69593.

annehmen dürfe, der Arbeitgeber würde dies nicht als erhebliches Fehlverhalten sanktionieren und der Bestand des Arbeitsverhältnisses würde nicht auf dem Spiel stehen. Damit hatte das Bundesarbeitsgericht erstmalig seine vorherige Rechtsprechung zu o.g. Thematik relativiert.

Unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist somit stets jenes Mittel zu wählen, welches den Einzelnen am wenigsten beeinträchtigt.<sup>153</sup> Eine außerordentliche Kündigung, auch im Falle des Vorliegens geringwertiger Vermögensdelikte, darf nur die letztmögliche Maßnahme für den Kündigungsberechtigten sein.<sup>154</sup>

### 1. Die Abmahnung

Als ein milderer Mittel zur außerordentlichen Kündigung kommt eine Abmahnung in Betracht. Dies vor allem dann, wenn die Pflichtverletzung in einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers liegt. In diesem Fall ist die Abmahnung durchaus geeignet, um das Verhalten des Arbeitnehmers zukünftig nachhaltig positiv zu beeinflussen. Seit der Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2002 findet bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen der § 314 Abs. 2 BGB Anwendung. Demnach ist die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und eine Abmahnung erfolglos geblieben ist. Bis zur Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 wurde ein entsprechendes Abmahnerfordernis aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hergeleitet. Dabei kommen der Abmahnung verschiedene Funktionen zu. Zum einen eine Warnfunktion, eine Hinweis- und eine Dokumentationsfunktion. Darüber hinaus wird ihr seit der Aufnahme der Kategorie des Vertrauenskapitals durch die Rechtsprechung eine Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion zugesprochen.<sup>155</sup> Auch wenn sich in der Normierung des § 626 BGB keine vergleichbare Formulierung findet, wirkt sich die Regelung des

---

<sup>153</sup> BVerfG Beschluss vom 16.03.1971, 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BeckRS 1971, 103653.

<sup>154</sup> Erfurter Kommentar – Niemann – § 626 BGB, Rn 25a.

<sup>155</sup> Schrader – NJW 2012, 342ff.

§ 314 Abs. 2 BGB auf die Auslegung des § 626 BGB durch die Rechtsprechung aus.<sup>156</sup>

Auch dürfte unbestritten sein, dass die Abmahnung tatsächlich das mildere Mittel gegenüber einer außerordentlichen Kündigung ist. Auf diese könne nur verzichtet werden, wenn dem Arbeitnehmer eine schwere Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann und diesem die Rechtswidrigkeit seines Tuns ohne weiteres erkennbar war.<sup>157</sup> Zwar wird auch vereinzelt die Auffassung vertreten, dass eine Abmahnung grundsätzlich nicht geeignet ist, da das Risiko zukünftiger Vertragsverletzungen nicht komplett ausgeschlossen werden kann. Dies sei lediglich durch eine Kündigung zu gewährleisten.<sup>158</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass damit die Verhältnismäßigkeitsprüfung ad absurdum geführt wird, wenn stets nur das stärkste Mittel in Betracht kommt um zukünftige Vertragsverletzungen sicher ausschließen zu können. Dies ist auch nicht die Intention der ständigen Rechtsprechung und des Gesetzgebers, welche von der Wahl des Mittels ausgehen, welches unter Abwägung der Umstände die Betroffenen am geringsten belastet, gleichwohl der Erreichung des Zieles gerecht wird. In der Literatur wird daher mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass bei steuerbarem Verhalten die Abmahnung in der Regel das geeignete und erforderliche Mittel darstellt, zukünftige Vertragstreue zu erreichen.<sup>159</sup>

## 2. Die ordentliche Kündigung

Eine ordentliche Kündigung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses beendet dieses zum Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist. Für eine ordentliche Kündigung kommt jeder „an sich“ geeigneter Kündigungsgrund in Frage, somit auch Gründe, welche Grundlage für eine außerordentliche Kündigung sind. Gegenüber einer außerordentlichen Kündigung stellt die ordentliche Kündigung das mildere Mittel dar.

---

<sup>156</sup> APS – Vossen – § 626 BGB, Rn 74b.

<sup>157</sup> Kleinbrink – BB 2011, 2618.

<sup>158</sup> Bengelsdorf – SAE 2011, 131.

<sup>159</sup> Preis – DB 1990, 687.

Denn bei einer ordentlichen Kündigung entsteht keine Sperrfrist für den Bezug des Arbeitslosengeldes, wohingegen die Arbeitsagenturen bei außerordentlichen Kündigungen häufig Sperrfristen verhängen. Diese können dadurch für den gekündigten Arbeitnehmer existenzielle Folgen haben. Auch muss festgestellt werden, dass eine ordentliche Kündigung das härtere Mittel gegenüber einer Abmahnung darstellt. Der Unterschied zu einer außerordentlichen Kündigung besteht darin, dass für diese eine derart erhebliche Pflichtverletzung vorliegen muss, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar macht. Bei der hier zu untersuchenden Fragestellung der Verstöße wegen geringwertigen Vermögensdelikten, ist somit auch eine Abwägung zu treffen, ob dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, den Ablauf der normalen Kündigungsfrist abzuwarten und den Arbeitnehmer in diesem Zeitraum anders zu beschäftigen, stärker zu kontrollieren oder auch von der Erbringung der Arbeitsleistung freizustellen. Erst wenn der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände für den Einzelfall belegen kann, warum eine ordentliche Kündigung gerade hier nicht ausreicht um Pflichtverletzungen, auch bis zum Ende der regulären Kündigungsfrist, auszuschließen, darf eine außerordentliche Kündigung in Betracht gezogen werden.

### 3. Die Änderungskündigung

Ein weiteres Mittel, welches in Betracht kommen könnte, ist die Änderungskündigung. Bei diesem Mittel kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis um dem Arbeitnehmer gleichzeitig die Fortsetzung desselben zu geänderten arbeitsvertraglichen Bedingungen anzubieten. Eine Änderungskündigung kann ordentlich oder auch außerordentlich erfolgen.<sup>160</sup> Auch unterliegt diese dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsprüfung, muss also für den Einzelfall angemessen sein um das angestrebte Ziel, die Erfüllung der ihm obliegenden arbeitsvertraglichen Pflichten, durch den Arbeitnehmer, zu erreichen. Damit hat der Arbeitgeber auch bei perso-

---

<sup>160</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 209.

nen- und verhaltensbedingten Gründen eine Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz in Betracht zu ziehen.<sup>161</sup> Da im Arbeitsrecht keine Sanktion des Fehlverhaltens durchgeführt werden soll, sondern lediglich darauf abgestellt wird, inwieweit eine zukünftige Vertragstreue gesichert werden kann, so wird es im Fall von Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers wohl eher darum gehen, den Arbeitnehmer einen Arbeitsbereich zuzuweisen, an dem das Risiko weiterer derartiger Verfehlungen ausgeschlossen oder erheblich minimiert werden kann. Dies wäre sicher auch das mildere Mittel, soweit als Alternativen lediglich eine außerordentliche oder eine ordentliche Kündigung in Betracht kommen. Entscheidend bei der Betrachtung wird sein, ob der Arbeitgeber genügend andere Verwendungsmöglichkeiten in seinem Betrieb hat, auf denen der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann, um eine Änderungskündigung in Betracht zu ziehen. Auch wird für diese Entscheidung erheblich sein, ob die Prognose des Arbeitgebers insoweit positiv ausfällt, dass mit einer derartigen Maßnahme die zukünftige positive Vertragserfüllung ausreichend sichergestellt werden kann. Wäre diese positive Prognose für die Zukunft nicht vorhanden, so wäre das Mittel der Änderungskündigung nicht geeignet.

#### 4. Sonstige Möglichkeiten des Arbeitgebers

Neben den ausführlicher aufgeführten Reaktionsmöglichkeiten hat der Arbeitgeber noch weitere Möglichkeiten auf eine Vertragsstörung des Arbeitnehmers zu reagieren. Da diese jedoch in der täglichen Praxis, vor allem in Bezug auf geringwertige Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers, kaum Relevanz besitzen, möchte ich diese nur kurz ohne weitere Erläuterungen anführen. Zu den genannten Maßnahmen zählen vor allem Ermahnungen, Konfliktgespräche, Versetzungen, Suspendierungen und Strafanzeigen.

---

<sup>161</sup> APS – Vossen – § 626 BGB, Rn 88.

### III. Interessenabwägung bei geringwertigen Vermögensdelikten

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Wahl des Mittels zum Abstellen der Vertragsstörung zu prüfen. Neben der Bewertung des Mittels ist im Vorfeld eine Abwägung der Interessen der Beteiligten durchzuführen. Dies ist Ausfluss aus der Formulierung in § 626 Abs. 1 BGB. Nur wenn sich im Rahmen einer durchzuführenden Interessenabwägung herausstellt, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist, darf zum Mittel einer außerordentlichen Kündigung gegriffen werden. In der Formulierung des § 626 BGB findet sich jedoch keine nähere Beschreibung der zu berücksichtigenden Interessen. Im Rahmen der Rechtsprechung wurde die Interessenabwägung vielfach thematisiert, wobei einzelne Interessen zugelassen und andere verworfen worden sind.

#### 1. Grundsätze

Die Grundvoraussetzung für eine korrekte Interessenabwägung ist zunächst das Finden der relevanten Interessen. Hiernach sind diese einzeln zu bewerten und anschließend in Form der Abwägung der einzelnen Gesichtspunkte gegenüber zu stellen.<sup>162</sup> Diesem Standpunkt begegnet jedoch auch Kritik. Hierbei wird vor allem angeführt, dass über die berücksichtigungsfähigen Interessen ein zu großer Spielraum besteht, so dass eine Beschränkung der zu berücksichtigenden Interessen notwendig erscheint.<sup>163</sup> Hierbei ist zu beachten, dass die Interessenabwägung nicht erst im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens erfolgt, sondern bereits durch den Arbeitgeber vorgenommen werden soll. Dazu ist es erforderlich, den Arbeitnehmer vor seiner Kündigung anzuhören und das Ergebnis auch gut zu dokumentieren. Denn ohne Anhörung läuft der Arbeitgeber Gefahr, wesentliche Interessen des Arbeitnehmers nicht zu berücksichtigen, da er sie ja oftmals nicht einmal kennt. Wenn es dann tatsächlich dazu kommen sollte, dass berechnigte Interessen nicht berücksichtigt wurden, so kann dies im Zweifel zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.

---

<sup>162</sup> Bengelsdorf – SAE 2011, 128.

<sup>163</sup> Preis – DB 1988, 1446.

## 2. Schutzwürdige Interessen

Das Bundesarbeitsgericht zieht den Kreis der berücksichtigungsfähigen Interessen erst einmal sehr weit. Die Interessenabwägung beziehe sich auf alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände des Einzelfalles. Dabei müssten die bei der Abwägung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte vollständig und widerspruchsfrei sein.<sup>164</sup> Demgegenüber wird im Schrifttum eine Begrenzung der Interessenabwägung auf arbeitsvertraglich relevante Umstände gefordert. Interessen, die nicht auf das Vertragsverhältnis bezogen seien, könnten eine Kündigung niemals begründen.<sup>165</sup> Dieser Kritik ist in ihrem Grundanliegen beizutreten. Der zentrale Bezugspunkt der Interessenabwägung ist der durch den Arbeitsvertrag vorprogrammierte Leistungsaustausch samt allen Nebenpflichten der Parteien. Würde man sich über diese durch den Vertragszweck legitimierte Begrenzung hinwegsetzen, liefe die Interessenabwägung Gefahr, in eine nicht mehr normativ geleitete Billigkeitsabwägung abzugleiten. Es ist daher notwendig, der Nähe der jeweiligen Faktoren zu den arbeitsvertraglichen Pflichten, maßgebliche Bedeutung für ihre Relevanz im Abwägungsvorgang zukommen zu lassen. Je geringer der Bezug des jeweiligen Umstandes zum Arbeitsvertrag ist und je mehr er der Privatsphäre des Arbeitnehmers zuzuordnen ist, desto geringer ist das ihm in der Interessenabwägung beizumessende Gewicht.<sup>166</sup> Aber auch dieser Ansicht kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Eine derartige Begrenzung würde zu schweren Abgrenzungsproblemen führen, denn das Interesse des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsverhältnis festzuhalten, beruht häufig auf privaten Gründen. Ausreichend wäre es hingegen, die Nähe der einzelnen Interessen zu den arbeitsvertraglichen Pflichten einer maßgeblicheren Bedeutung beizumessen. Je geringer der Bezug zum Arbeits-

---

<sup>164</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 46; BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 74.

<sup>165</sup> APS – *Vossen* – § 626 BGB, Rn 111f.

<sup>166</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 74.

verhältnis, desto geringer der beizumessende Wert bei einer Interessenabwägung.<sup>167</sup> Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass eine ausschließliche Beschränkung der zu berücksichtigenden Interessen auf einen konkreten Bezug zum Arbeitsverhältnis es dem Arbeitgeber erleichtert würde, sich aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis zu lösen. Denn seinen eigenen Interessen stünde nur eine geringe Anzahl von berücksichtigungsfähigen Interessen auf Seiten des Arbeitnehmers entgegen. Dies widerspricht jedoch dem Ziel des Gesetzgebers, der gerade nicht will, dass es zu willkürlichen oder plötzlichen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen kommt.

Aus Sicht des Bundesarbeitsgerichtes lassen sich die zu berücksichtigenden Interessen nicht abschließend festhalten.<sup>168</sup> Da es jedoch sinnvoll erscheint, eine Gewichtung der zu berücksichtigenden Interessen vorzunehmen, sollte eine Gewichtung umso höher vorzunehmen sein, je näher dieses Interesse dem Arbeitsverhältnis zuzuordnen ist. Dabei erscheint eine Einteilung in vertragsbezogene, betriebs- und unternehmensbezogene, personenbezogene und sonstige Interessen sinnvoll.

a. Vertragsbezogene Interessen

Als ein besonders stark zu gewichtendes vertragsbezogenes Element hat das Bundesarbeitsgericht die Dauer der Betriebszugehörigkeit herausgestellt. Je länger die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist, desto stärker ist diese zugunsten des Arbeitnehmers zu werten.<sup>169</sup> Allerdings muss erwähnt werden, dass bei geringwertigen Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers, eine lange Betriebszugehörigkeit auch negativ bewertet werden kann. Dies vor allem, wenn der Arbeitgeber durch eine langjährige ungestörte Vertragsbeziehung ein besonderes Maß an Vertrauen in die Redlichkeit des Arbeitnehmers setzt und dabei auch auf Kontrollmaßnahmen verzichtet.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> BeckOK ArbR – *Stoffels* – § 626 BGB, Rn 74; KR – *Fischermeier* – § 626 BGB, Rn 252.

<sup>168</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229, Rn 34.

<sup>169</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229, Rn 34.

<sup>170</sup> *Stoffels* – NJW 2011, 121f.

Diesen Sachverhalt muss der Arbeitgeber allerdings dezidiert vortragen und sicher belegen und darlegen können. Ansonsten wird sich die lange Betriebszugehörigkeit in einer Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken. Dies betont auch das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung aus 2010, dass einem beanstandungsfreien Beschäftigungsverhältnis eine hohe Bedeutung beizumessen sei.<sup>171</sup>

Auch wird bei einer Betrachtung der Interessen des Arbeitnehmers, die gesamte Dauer der Betriebszugehörigkeit betrachtet. Wird aus dieser Perspektive klar, dass das gesamte Arbeitsverhältnis bisher beanstandungsfrei gewesen ist, so wird man diesem Umstand ein höheres Gewicht beizumessen haben, als bei bereits wiederholtem Fehlverhalten während des Beschäftigungsverhältnisses.

Auch für den Sachverhalt der geringwertigen Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers, sind Unterscheidungen notwendig. So wird speziell in diesem Bereich betrachtet, ob der Arbeitnehmer mit Tätigkeiten betraut ist, welche einen Zugriff auf Vermögensgegenstände des Arbeitgebers erlauben und ein entsprechendes Fehlverhalten gezielt erfolgte oder ob es sich bei dem Fehlverhalten um eine s.g. Gelegenheitstat handelte.<sup>172</sup> Auch wird in der Literatur vertreten, dass Führungs- und Vorbildfunktionen des Arbeitnehmers bei einer Interessenabwägung bei Vermögensdelikten stärker zu Lasten des Arbeitnehmers wirken sollten.<sup>173</sup>

b. Betriebs- und unternehmensbezogene Interessen

Betriebliche und unternehmensbezogene Auswirkungen eines Fehlverhaltens werden in einer Interessenabwägung immer zugunsten des Arbeitgebers gewertet. Dabei kann es sich um wirtschaftliche Auswirkungen oder auch um immaterielle Verluste wie Rufschädigungen und Imageverluste handeln. Auch eine Wiederholungsgefahr

---

<sup>171</sup> BAG – Urteil vom 28.01.2010, 2 AZR 1008/08, AP BGB § 626 Nr. 227, Rn 26.

<sup>172</sup> Preis – AuR 2010, 247.

<sup>173</sup> Hunold – NZA-RR 2011, 568.

ist zugunsten des Arbeitgebers zu werten.<sup>174</sup> Dies darzulegen obliegt dem Arbeitgeber. Er hat auch sein Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses darzulegen und in diesem Zusammenhang die ihn treffende Unzumutbarkeit am weiteren Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu belegen.

Die Höhe des Schadens kann grundsätzlich bei der Interessenabwägung auf der 2. Stufe der Prüfung des § 626 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden.<sup>175</sup> Aber erst mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes zum „Fall Emmely“ wurde höchstrichterlich festgestellt, dass die Schadenhöhe ein Kriterium bei der Interessenabwägung sein kann.<sup>176</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt fand die Höhe des Schadens teilweise bei der Abwägung keine Berücksichtigung. Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes konnte man aber unmittelbar eine Wirkung auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte erkennen. So entschied noch 2010 noch das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, dass ein Schaden von EUR 166 nicht ausreicht, um das entstandene Vertrauen bei 40jähriger Betriebszugehörigkeit vollkommen zu zerstören.<sup>177</sup> Und auch das Landesarbeitsgericht Hamm stellte fest, dass ein Stromdiebstahl im Wert von ca. 1,8 Cent nicht ausreichend sei, um ein Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen<sup>178</sup> während die Aneignung von Buchenholz im Wert von EUR 250 bis EUR 300 den Bereich der Geringfügigkeit überschreite.<sup>179</sup> In der Literatur wird eine heftige Debatte darüber geführt, ob die Schadenhöhe überhaupt bei der Interessenabwägung Berücksichtigung finden sollte. Der eine Teil rechtfertigt die Berücksichtigung eines entstandenen Schadens mit der im Gesetz geforderten vollumfänglichen Interessenabwägung. Die Kritiker sehen hierin allerdings lediglich ein

---

<sup>174</sup> KSchG – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 47.

<sup>175</sup> APS – *Vossen* – § 626 BGB, Rn 104f.

<sup>176</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229, Rn 34.

<sup>177</sup> LAG *Berlin-Brandenburg* – Urteil vom 16.09.2010 - 2 Sa 509/10, BeckRS 2010, 73000.

<sup>178</sup> LAG *Hamm* – Urteil vom 02.09.2010 - 16 Sa 260/10, BeckRS 2010, 72669.

<sup>179</sup> LAG *Hamm* – Urteil vom 25.03.2011 - 10 Sa 1788/10, BeckRS 2011, 72484.

Einfallstor um einer tatsächlichen oder vermeintlichen Einzelfallgerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, so dass ein Ergebnis oftmals von der „Bauchentscheidung“ des zuständigen Richters abhängig ist.<sup>180</sup> Unabhängig davon muss jedoch festgestellt werden, dass die Höhe des eingetretenen Schadens ein Indiz bei der Interessenabwägung sein wird. Je höher der Schaden, desto eher dürfte zukünftig eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein.

Ein weiteres Interesse auf Seiten des Arbeitgebers besteht in der Aufrechterhaltung der Ordnung und Disziplin aller Mitarbeiter. Der Arbeitgeber hat berechtigtes sowie gesteigertes Interesse daran, dass allen Mitarbeitern klar ist, dass bei Verstößen, insbesondere Vermögensdelikten, eine Gefahr für den Bestand ihres Beschäftigungsverhältnisses besteht. Diese Ansicht wird auch durch das Bundesarbeitsgericht geteilt, dass aus Gründen der Abschreckung anderer Arbeitnehmer eine Duldung von Vermögensdelikten nicht verlangt werden könne.<sup>181</sup> Dieser Präventionseffekt wird von Teilen der Literatur abgelehnt, da mit der außerordentlichen Kündigung keine Sanktion für die Vergangenheit erfolgen soll.<sup>182</sup> Gleichwohl betrachtet das Bundesarbeitsgericht den Aspekt der Prävention als ein bedingt zu berücksichtigendes Interesse des Arbeitgebers.<sup>183</sup>

c. Personenbezogene Interessen

Als personenbezogene Interessen kommt eine Vielzahl von Varianten in Frage. In der Regel werden diese bei einer Interessenabwägung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB zugunsten des Arbeitnehmers wirken. Hintergrund ist die harte Folge einer außerordentlichen Kündigung für den betroffenen Arbeitnehmer in seiner beruflichen Entwicklung,

---

<sup>180</sup> *Willemsen* – RdA 2017, 123.

<sup>181</sup> BAG – Urteil vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03, juris, Rn 22.

<sup>182</sup> KSchR – *Däubler* – § 626 BGB, Rn 47.

<sup>183</sup> BAG – Beschluss vom 16. Dezember 2004, 2 ABR 7/04, juris, Rn 33.

den sozialrechtlichen Konsequenzen (Sperrfrist für das Arbeitslosengeld), einem Ansehensverlust und dem Verlust von Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgungen.<sup>184</sup>

Als ein zu berücksichtigendes Element kommt das Lebensalter in Betracht. Bereits in § 622 Abs. 2 BGB ist für die Dauer der Kündigungsfristen durch den Gesetzgeber festgelegt worden, dass diese mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit ansteigen. Damit wollte der Gesetzgeber dem Lebensalter der Beschäftigten eine Bedeutung für den Fall einer ordentlichen Beendigung des Arbeitsvertrages geben. Dies muss daher auch im Rahmen einer außerordentlichen Kündigung berücksichtigt werden. Auch in der Literatur wird das Lebensalter als ein zu berücksichtigendes Element bei der Interessenabwägung gesehen.<sup>185</sup> Allerdings darf nicht unerwähnt bleiben, dass das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung einen Wandel in der Berücksichtigung des Lebensalters vollzogen hat. So wurde anfangs das Lebensalter noch als schutzwürdig betrachtet.<sup>186</sup> In nachfolgenden Entscheidungen rückte das Bundesarbeitsgericht jedoch wieder von dieser Auffassung ab und verneinte eine Berücksichtigung des Lebensalters. Es begründete dies mit der fehlenden Nähe des Lebensalters zum Arbeitsvertrag.<sup>187</sup> In seiner Rechtsprechung zum „Fall Emmely“ berücksichtigt das Bundesarbeitsgericht das Lebensalter ebenfalls nicht, allerdings misst es der Betriebszugehörigkeit eine entscheidende Bedeutung bei.<sup>188</sup> Auch die Chancen auf dem Arbeitsmarkt für den zu kündigenden Arbeitnehmer, soll bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden.<sup>189</sup> Weiterhin sollen Unterhaltspflichten bei einer Interessenabwägung nicht ohne Beachtung bleiben.<sup>190</sup>

---

<sup>184</sup> KschR – Däubler – § 626 BGB, Rn 48.

<sup>185</sup> KschR – Däubler – § 626 BGB, Rn 48.

<sup>186</sup> BAG – Urteil vom 22.02.1980, 7 AZR 295/78, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 6.

<sup>187</sup> BAG – Urteil vom 16. März 2000, 2 AZR 75/99, juris Rn 44.

<sup>188</sup> BAG – Urteil vom 10. Juni 2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 48ff.

<sup>189</sup> jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 10.

<sup>190</sup> KschR – Däubler – § 626 BGB, Rn 48; jurisPK-BGB – Weth – § 626 BGB, Rn 10.

In der Literatur ist die Berücksichtigung von personenbezogenen Interessen generell sehr umstritten. Zum einen wird angeführt, dass oftmals eine fehlende Nähe zum Arbeitsvertrag vorhanden ist, zum anderen könne eine Berücksichtigung im Rahmen der Interessenabwägung bei zwei gleichartigen Verstößen unterschiedlicher Arbeitnehmern unter Umständen auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. In der Folge wären die Restriktionen bei ein und demselben Fehlverhalten unterschiedlich.<sup>191</sup> Anzumerken bleibt, dass es zu jedem einzelnen Punkt unterschiedliche Ansichten gibt und diese in der einen oder anderen Weise Eingang in Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts gefunden haben oder auch in Entscheidungen desselben unberücksichtigt blieben.

d. Sonstige zu berücksichtigende Interessen

Als weiteres Kriterium ist das Interesse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, vom Arbeitgeber genauso behandelt zu werden, wie jeder andere Arbeitnehmer. Somit muss der Arbeitgeber den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Artikel 3 GG beachten. Allerdings ist die Anwendbarkeit des Artikels 3 GG umstritten, da dieser lediglich für das Verhältnis Staat und Bürger anzuwenden sei.<sup>192</sup> Eine Anwendung im Bereich des Arbeitsrechts wird mit dem Argument abgelehnt, dass damit eine umfassende Einzelfallabwägung nicht mehr möglich sei. Eine mittelbare Auswirkung auf die Interessenabwägung wäre jedoch nicht ausgeschlossen.<sup>193</sup> Dies gilt insbesondere wenn bei sonst gleichen Ereignissen eine unterschiedliche Behandlung von den betroffenen Arbeitnehmern vorgenommen wird.<sup>194</sup> Dies ist bei der Kündigung wegen geringwertiger Vermögensdelikte gegenüber dem Arbeitnehmer von besonderer Bedeutung. Denn es würde ein Wer-

---

<sup>191</sup> Schrader – NJW 2012, 343.

<sup>192</sup> Erfurter Kommentar – Oetker – §1 KSchG, Rn 90.

<sup>193</sup> APS – Vossen – § 626 BGB, Rn 99, m.w.N..

<sup>194</sup> KR – Fischermeier – § 626 BGB, Rn 324f; APS – Vossen – § 626 BGB, Rn 99.

tungswiderspruch entstehen, wenn der Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer außerordentlich kündigt und gegenüber weiteren Betroffenen keinerlei Maßnahmen ergreift.<sup>195</sup>

### 3. Interessenabwägung

Bei der Interessenabwägung ist nun zu klären, ob die Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder die Interessen des Arbeitnehmers an der Fortführung desselben überwiegen. Im Ergebnis muss festgestellt werden, ob eine außerordentliche Kündigung, unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles, rechtlich zulässig ist oder nicht.

Dazu sind die eben angeführten einzelnen Interessen beider Parteien einer Abwägung zu unterziehen. Es muss zunächst entschieden werden, welche beiderseitigen Interessen überhaupt bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. Im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens wird durch den oder die Richter eine Wertentscheidung gefällt, welche auch vom subjektiven Vorverständnis beeinflusst wird.<sup>196</sup> Der Prozess der Interessenabwägung ist obligatorisch und soll möglichst in jedem Sachverhalt zu einer Lösung führen, die im Ergebnis eine größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit bietet. Dabei ist das Gericht gehalten, die Interessen der Parteien fest- sowie gegenüberzustellen und eine Bewertung und Gewichtung derselben durchzuführen. In seiner Wertung ist das Gericht sehr frei, muss jedoch in der Abwägung das Willkürverbot nach Artikel 3 GG beachten.<sup>197</sup>

Da jedoch nicht festgelegt ist, welche Interessen der beiden Parteien berücksichtigt werden und wenn ja, auch nicht mit welcher Intensität, ist eine Vorhersage des Ergebnisses einer Interessenabwägung nicht möglich. Dabei müssen Wertungen vorgenommen werden, wie stark der Eingriff in eine Rechtsposition der Betroffenen ist und wie nah das betroffene Interesse zum Beschäftigungsverhältnis steht. Wie wirkt sich ein

---

<sup>195</sup> KschR – Däubler – § 626 BGB, Rn 118.

<sup>196</sup> KSchG – Däubler – § 626 BGB, Rn 46.

<sup>197</sup> BVerfG – Beschluss vom 24.02.1971, 1 BvR 435/68, NJW 1971, 1647.

Verschulden auf die Interessenabwägung aus? Vor allem bei geringwertigen Vermögensdelikten ist erheblich, ob eine heimliche Tatbegehung erfolgt ist oder nicht. Und auch die Folgen für die Betroffenen dürfen nicht außer Acht gelassen werden.

Im Ergebnis sollte eine Entscheidung stehen, welche in einem angemessenen Verhältnis zu ihren Folgen steht.

#### IV. Unzumutbarer Weiterbeschäftigungsanspruch

In der Formulierung des § 626 Abs. 1 BGB ist eine wesentlicher Teil auf die Prüfung der Unzumutbarkeit im Rahmen einer außerordentlichen Kündigung gerichtet. Dabei soll im Wege der Interessenabwägung geklärt werden, ob eine Weiterbeschäftigung zumutbar oder unzumutbar ist. Auch hier muss festgestellt werden, dass ein klarer begrifflicher Rahmen fehlt und es somit den Arbeitsgerichten überlassen bleibt, diesen auszufüllen.<sup>198</sup>

Vor allem im Bereich der geringwertigen Vermögensdelikte wird sich die Frage der Zumutbar- oder Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung häufig an der Frage entscheiden, ob noch ausreichend Vertrauen in den Arbeitnehmer vorhanden, so dass zu einem milderen Mittel als zur außerordentlichen Kündigung gegriffen werden kann.

#### E. Rechtsprechung zu außerordentlichen Kündigungen bei Vermögensdelikten

##### I. Rechtsprechung Bundesarbeitsgericht vor „Emmely“

##### 1. BAG – Urteil vom 17.05.1984, 2 AZR 3/83 – „Bienenstichfall“

In diesem s.g. „Bienenstichfall“ war die Frage zu klären, ob eine außerordentliche Kündigung gegen eine Verkäuferin aufgrund des Verzehrs eines Stück Bienenstichs im Wert von DM 1,30 rechtswirksam ist.

Hierbei kam das Bundesarbeitsgericht zu der Feststellung, dass die unrechtmäßige Entwendung von Eigentum des Arbeitgebers an sich geeignet ist, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Allerdings ist eine umfassende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles notwendig.<sup>199</sup> An

---

<sup>198</sup> APS – Vossen – § 626 BGB, Rn 21.

<sup>199</sup> BAG – Urteil vom 17.05.1984, 2 AZR 3/83, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14, (II.1.).

diesem Umstand ändert auch der möglicherweise geringe Wert des Eigentums des Arbeitgebers nichts. An der grundsätzlichen Geeignetheit als „wichtiger Grund“ hält das Bundesarbeitsgericht fest. Auch stellt es unmittelbar fest, dass die Prüfung für die Berechtigung einer außerordentlichen Kündigung in zwei Stufen zu erfolgen habe, der Wert des Eigentumsdeliktes jedoch grundsätzlich erst auf der zweiten Stufe geprüft werden könne, da es sich um eine Wertungsfrage handelt.<sup>200</sup> Weiter stellt das Bundesarbeitsgericht klar, dass bei Störungen im Vertrauensbereich, eine Abmahnung entbehrlich ist, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich und schuldhaft gehandelt hat.<sup>201</sup> Die außerordentliche Kündigung der Verkäuferin war nach der Feststellung des Bundesarbeitsgerichts somit rechtswirksam erfolgt.

## 2. BAG – Urteil vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98

In dieser Entscheidung ging es um einen Arbeitnehmer, welcher als ICE-Stewart in den Bordrestaurants der Deutschen Bahn beschäftigt gewesen ist. Hierbei soll er drei Tassen, ein Packung Kochschinken sowie eine Dose Olivenöl, im Gesamtwert von DM 19,57 entwendet haben. Auch in dieser Entscheidung stellt das Bundesarbeitsgericht klar heraus, dass ein Vermögensdelikt zu Lasten des Arbeitgebers ein „wichtiger Grund“ sei um eine außerordentliche Kündigung zu stützen. Es stellt auch wiederholt fest, dass der tatsächliche wirtschaftliche Schaden nicht im Rahmen der 1. Prüfstufe des „wichtigen Grundes“ an sich zu beurteilen sei. Vielmehr sei erst im Rahmen der Interessenabwägung und Zumutbarkeitsprüfung eine Wertung vorzunehmen und mit den restlichen Interessen der Beteiligten abzuwägen.<sup>202</sup>

## 3. BAG – Urteil vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03 – „Kümmerlingentscheidung“

In dieser Entscheidung ging es um eine Arbeitnehmerin, welche als Beschäftigte in einer Spirituosenabteilung 62 Minifläschchen Alkoholika

---

<sup>200</sup> BAG – Urteil vom 17.05.1984, 2 AZR 3/83, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14, (II.1.b.).

<sup>201</sup> BAG – Urteil vom 17.05.1984, 2 AZR 3/83, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14, (III.).

<sup>202</sup> BAG – Urteil vom 12.08.1999, 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28, (II.2.bb.).

und zwei Rollen Küchenkrepp entwendet hatte. Hierbei wurde vorgetragen, dass diese Ware für die Arbeitgeberin nicht mehr verkäuflich gewesen sei. Auch in diesem Fall hielt das Bundesarbeitsgericht an seinen aufgestellten Grundsätzen zur außerordentlichen Kündigung fest. Hierbei stellen Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers grundsätzlich einen Sachverhalt dar, der geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu stützen. Diese Eigentumsverletzung ist, unabhängig vom Wert des Schadens geeignet, das Vertrauen des Arbeitgebers nachhaltig zu brechen.<sup>203</sup> Damit stellt eine derartige Tat stets einen „wichtigen Grund“ für eine außerordentliche Kündigung dar. Dies ist auf der ersten Stufe des § 626 Abs. 1 BGB zu prüfen.<sup>204</sup> Erst auf der zweiten Stufe dürfe dann eine komplette Würdigung der Umstände des Einzelfalles erfolgen um zu beurteilen, ob eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zumutbar ist oder mildere Mittel geeignet sind, zu einer Nichtberechtigung der außerordentlichen Kündigung zu führen.<sup>205</sup> Bei dieser Interessenabwägung dürfe auch nicht der wirtschaftliche Wert außer Acht gelassen werden. Selbst eine für den Arbeitgeber nicht mehr im normalen Geschäftsbetrieb verkaufsfähige Ware, könne immer noch einen Wert für diesen darstellen.<sup>206</sup> Somit war auch diese außerordentliche Kündigung rechtswirksam erfolgt.

Die aufgeführten Urteile des Bundesarbeitsgerichtes stellen jedoch lediglich einen kleinen Ausriss aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes vor der hier diskutierten „Emmely“-Entscheidung dar. Es ließen sich noch einige weitere Entscheidungen anfügen, wie zum Beispiel die Entwendung von Kiwi-Früchten (13.12.84 – 2 AZR 633/82), die Entwendung eines Lippenstiftes (16.10.86 – 2 AZR 695/85), der Diebstahl von Kraftstoff (03.04.86 – 2 AZR 324/85) oder die Entwendung eines Liters Sahne (10.02.99 – 2 ABR 31/98). In allen Entscheidungen betonte das Bundesarbeitsgericht

---

<sup>203</sup> BAG – Urteil vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03, AP BGB § 626 Nr. 179, (II.1.b.).

<sup>204</sup> BAG – Urteil vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03, AP BGB § 626 Nr. 179, (II.1.c.).

<sup>205</sup> BAG – Urteil vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03, AP BGB § 626 Nr. 179, (II.1.c.).

<sup>206</sup> BAG – Urteil vom 11.12.2003, 2 AZR 36/03, AP BGB § 626 Nr. 179, (II.1.d.aa.).

die Systematik eines 2-stufigen Prüfungsaufbaus bei einer außerordentlichen Kündigung, wobei in der ersten Stufe die Prüfung der Eignung „an sich“ zu erfolgen habe und auf der zweiten Stufe eine Einzelfallabwägung vorzunehmen sei.

## II. Die „Emmely“-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts

Am 10.06.2010 verkündete das Bundesarbeitsgericht seine vielbeachtete Entscheidung zum s.g. „Fall Emmely“.<sup>207</sup> Hierbei ging es um die außerordentliche Kündigung einer Verkäuferin wegen der rechtswidrigen Aneignung zweier Leergutbons im Wert von EUR 1,30.

### 1. Die Entscheidungsgründe des BAG

In den Entscheidungsgründen legt der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts noch einmal deutlich dar, dass es für die Frage der Rechtmäßigkeit einer außerordentlichen Kündigung auf eine umfassende Abwägung der Interessen ankommt. Es muss demnach dem Arbeitgeber nach Abwägung aller Interessen, nicht mehr zumutbar sein, das Vertragsverhältnis fortzusetzen. Hierbei ist zunächst die Eignung des Vorwurfes als geeigneter Grund „an sich“ zu prüfen und im zweiten Schritt eine Abwägung der Einzelinteressen an den konkreten Umständen des Einzelfalles durchzuführen.<sup>208</sup> Das Bundesarbeitsgericht stellte hierzu fest, dass auch in diesem konkreten Fall ein geeigneter Grund „an sich“ vorliegen würde. In dem Aneignen der zwei Leergutbons und dem Einlösen derselben zum eigenen Vorteil, wäre ein vorsätzliches und pflichtwidriges Verhalten der Klägerin zu sehen. Damit liege ein Verstoß gegen das Eigentum und das Vermögen des Arbeitgebers vor, welches typischerweise, unabhängig vom Wert des eingetretenen Schadens, als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht komme.<sup>209</sup> Denn mit seiner Tat gegen das Vermögen seines Arbeitgebers verletzt der Arbeitnehmer in schwerwiegender

---

<sup>207</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367.

<sup>208</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 16.

<sup>209</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 25.

Weise seine schuldrechtlichen Verpflichtungen aus seinem Arbeitsvertrag, wobei die Höhe eines eingetretenen Schadens keine Rolle spiele.<sup>210</sup> Hierbei komme es nicht auf die Höhe eines eventuellen Schadens an, sondern auf eine nachhaltige Erschütterung eines in den Arbeitnehmer gesetzten Vertrauens. Eine fehlende Vertrauensgrundlage könne die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar machen.<sup>211</sup>

Damit wurde die erste Stufe im zweistufigen Prüfungsschema durch das Bundesarbeitsgericht im Fall „Emmely“ als erfüllt angesehen.

Hiernach war eine Interessenabwägung durchzuführen, um bei einer Einzelfallbewertung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, zu prüfen, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung zumutbar ist. Auch hierbei stellt das Bundesarbeitsgericht noch einmal fest, dass die Abwägungsgründe nicht abschließend festgelegt werden können. Vielmehr müssen die stattgefundenen Vertragspflichtverletzungen, der Grad des Verschuldens, eine mögliche Wiederholungsgefahr und die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf Berücksichtigung finden. Nur wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist und keine mildereren Mittel vorhanden sind, darf eine außerordentliche Kündigung erfolgen. Eine derartige außerordentliche Kündigung dient dann auch ausschließlich dem Zweck, künftige Störungen zu vermeiden.<sup>212</sup>

In diesem konkreten Fall sahen es die Richter des Bundesarbeitsgerichts unter Abwägung der Umstände des Einzelfalles als erwiesen an, dass das durchaus vertragswidrige Verhalten der Klägerin nicht ausreiche, eine außerordentliche Kündigung zu stützen. Vielmehr wäre es dem Arbeitgeber zumutbar, auf das mildere Mittel einer Abmahnung zurück zu greifen.

Das Bundesarbeitsgericht stellte klar, dass die Tat der Klägerin eine objektiv schwere Pflichtverletzung darstelle, da sich die Klägerin gegen die direkte Anweisung ihres Vorgesetzten pflichtwidrig verhalten habe, denn

---

<sup>210</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 26.

<sup>211</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 27,30.

<sup>212</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 34.

sie war mit der Verwahrung und ggf. Verbuchung der Bons beauftragt.<sup>213</sup> Jedoch sei, auch wenn dies das Vertrauen in die Redlichkeit der Klägerin stark erschütterte, zu Gunsten der Klägerin zu werten, dass die Einlösung der Leergutbons in Anwesenheit einer Kollegin und der Vorgesetzten erfolgte. Die Richter gingen somit davon aus, dass die Klägerin bei Einlösung der Bons unweigerlich hätte Nachfragen auslösen müssen. Das Bundesarbeitsgericht wertete diesen Umstand zu Gunsten der Klägerin und legte es dieser so aus, dass diese ihr Verhalten als tolerabel oder zumindest noch korrigierbar einschätzte. Und für eine Wiederherstellung von Vertrauen würde es einen Unterschied darstellen, ob eine Pflichtverletzung auf einer falschen Einschätzung beruhe oder ob eine Pflichtverletzung auf Heimlichkeit angelegt sei, wie zum Beispiel der unbeobachtete Griff in die Kasse.<sup>214</sup>

Weiterhin bemängelte das Bundesarbeitsgericht an der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts die unzureichende Berücksichtigung der beandstandungsfreien Betriebszugehörigkeit, da eine bereits langjährige Vertrauensbeziehung nicht notwendigerweise bei einer ersten Pflichtverletzung unwiederbringlich und nachhaltig zerstört würde. Je länger die Vertragsbeziehung Bestand habe, desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, dass ein Vertrauen nicht vollständig zerstört und ein Wiederaufbau möglich sei. Dabei kommt es allein auf die von einem subjektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage an, ob der Arbeitgeber mit einer zukünftig korrekten Vertragserfüllung des Arbeitnehmers rechnen könne.<sup>215</sup>

## 2. Kurze Zusammenfassung zu dieser Entscheidung

Nach genauerer Ansicht der Entscheidungen zum „Fall Emmely“ bleibt festzustellen, dass sich der grundsätzliche Tenor des Bundesarbeitsgerichtes im Fall von außerordentlichen Kündigungen bei Verstößen im Vertrauensbereich nicht geändert hat. Obwohl dieses Urteil in der Presse ein

---

<sup>213</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 40ff.

<sup>214</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 42.

<sup>215</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 47.

großes Echo hervorgerufen hat und auch in der Literatur zu umfangreichen Diskussionen führte, ist die grundsätzliche Ansicht des Bundesarbeitsgerichts weiterhin nicht geändert worden. Vielmehr muss festgestellt werden, dass das Bundesarbeitsgericht in dem zu entscheidenden Einzelfall „Emmely“ eine Interessenabwägung zu Gunsten der Klägerin vorgenommen hat. Die Begründung dafür ist das nicht auf Heimlichkeit ausgelegte Vergehen, wie es das Bundesarbeitsgericht umfangreich darlegt.<sup>216</sup>

### III. Folgeentscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes

#### 1. BAG – Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08

In diesem zu entscheidenden Sachverhalt ging es um eine Verkäuferin, welche widerrechtlich außerhalb ihrer Arbeitszeit vorhandene Gutscheine nutzte, um den Kaufpreis von Waren um insgesamt ca. EUR 36,00 zu mindern. Auch hier hielt das Bundesarbeitsgericht den Sachverhalt eines „wichtigen Grundes“ für eine außerordentliche Kündigung für gegeben.<sup>217</sup> Vermögensdelikte kämen, unabhängig vom eingetretenen Schaden, dafür in Betracht. Denn maßgeblich sei nicht der eingetretene Schaden, sondern die Pflichtverletzung und der damit einhergehende Vertrauensbruch.<sup>218</sup> Das gelte selbst dann, wenn die stattgehabte Verletzung der Vermögensinteressen des Arbeitgebers außerhalb der Arbeitszeit des Arbeitnehmers stattgefunden habe und die Einlösung bei einer Kollegin erfolgt sei. Der Klägerin war von vornherein klar, dass ihr Verhalten pflichtwidrig war und sei in eigener Bereicherungsabsicht erfolgt. Die Wertung, dass damit das Vertrauen des Arbeitgebers unwiederbringlich zerstört sei und ein milderes Mittel der Reaktion nicht in Betracht komme, sei nicht rechtsfehlerhaft.<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 45.

<sup>217</sup> BAG – Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08, AP BGB § 626 Nr. 232, Rn 17.

<sup>218</sup> BAG – Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08, AP BGB § 626 Nr. 232, Rn 18.

<sup>219</sup> BAG – Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 485/08, AP BGB § 626 Nr. 232, Rn 26.

## 2. BAG – Urteil vom 21.06.2012, 2 AZR 153/11

Hierbei ging es um eine Verkäuferin, welche sich nach Überzeugung des Gerichts, zumindest an zwei Tagen jeweils mindestens eine Zigarettenschachtel aneignete. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin.

Das Landesarbeitsgericht sah die ordentliche Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses als berechtigt an. Die daraufhin eingelegte Revision war zwar insoweit erfolgreich, als es zu einer Zurückverweisung kam. Dies betraf jedoch lediglich die Frage eines bestehenden Verwertungsverbotes vorliegender Videoaufnahmen. Hinsichtlich der Grundsätze zur Prüfung einer außerordentlichen Kündigung, hielt das Bundesarbeitsgericht an seiner Rechtsprechung fest und bestätigt nach „Emmely“ erneut, dass Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers auch bei nur geringem Wert zu einer nachhaltigen Zerstörung des Vertrauens führen können. Damit sind sie geeignet, einen wichtigen Grund im Sinne § 626 BGB darzustellen, um eine außerordentliche Kündigung zu tragen.<sup>220</sup>

## 3. BAG – Urteil vom 22.09.2016, 2 AZR 848/15

Auch in dieser relativ neuen Entscheidung stellt das Bundesarbeitsgericht unmissverständlich klar, dass zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte, auch wenn der eingetretene Schaden gering ist, grundsätzlich für eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber in Betracht kommen. Entscheidend sei nicht die Höhe des eingetretenen Schadens, sondern der durch die Pflichtverletzung eingetretene Vertrauensverlust.<sup>221</sup> Hier war der Fall der stellvertretenden Filialleiterin einer Tankstelle zu entscheiden, welche sich durch das mehrmalige Scannen einer Musterpfandflasche einen Betrag von EUR 3,25 zu eignen machte, wodurch der für den Arbeitgeber eingetretene Schaden überschaubar war. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass eine Wertung im Rahmen der Interessenabwägung nicht fehlerhaft sei, wonach die lang-

---

<sup>220</sup> BAG – Urteil vom 22.09.2016, 2 AZR 153/11, BAGE 142, 176-187, Rn. 17.

<sup>221</sup> BAG – Urteil vom 22.09.2016, 2 AZR 848/15, AP BGB § 626 Nr. 259, Rn. 16.

jährig ungestörte Beschäftigung der Arbeitnehmerin und der relativ geringe Schaden, den Vertrauensverlust gerade bei einer stellvertretenden Filialleiterin und KassiererIn nicht aufgewogen habe. Gerade bei einer derartigen Vertrauensbeziehung müsse der Arbeitgeber vom uneingeschränkten Vertrauen in die Arbeitnehmerin überzeugt sein können.<sup>222</sup>

#### IV. Rechtsprechung Bundesverwaltungsgericht

##### 1. BVerwG – Urteil vom 24.11.1992, 1 D 66/91

In dem zu entscheidenden Fall ging es um einen Beamten im Postdienst, welcher die bei der Paketzustellung angefallenen Nachgebühren und Zustellgebühren in einer Höhe von insgesamt DM 30,50 nicht ordnungsgemäß abrechnete und selbst verbrauchte. Allerdings zahlte er, jedoch erst nach Aufdeckung, mehrere Tage später diesen Betrag noch an der Zustellkasse ein.

In seiner Entscheidung stellt auch das Bundesverwaltungsgericht unmissverständlich klar, dass eine Verwaltung auf die Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit ihrer Beamten angewiesen sei. Eine Verwendung von anvertrauten Geldern zu eigennützigen Zwecken, zerstört das unabdingbare Vertrauen in die Zuverlässigkeit und der Beamte müsse daher grundsätzlich mit der Auflösung des Beamtenverhältnisses rechnen.<sup>223</sup> Weiterhin würde in diesem Fall keiner der vier bisherigen Milderungsgründe vorliegen. Diese wären:

- Unverschuldet unausweichliche wirtschaftliche Notlage
- Einmalige, unbedachte Gelegenheitstat in einer besonderen Versuchungssituation
- Tat als Folge einer psychischen Zwangssituation des Täters
- Schadenausgleich und Offenbarung vor Entdeckung gegenüber dem Dienstherrn.

Allerdings fügte das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung diesen vier Gründen einen weiteren hinzu. Und zwar die Geringfügigkeit

---

<sup>222</sup> BAG – Urteil vom 22.09.2016, 2 AZR 848/15, AP BGB § 626 Nr. 259, Rn. 17.

<sup>223</sup> BVerwG – Urteil vom 24.11.1992, 1 D 66/91, NJW 1994, 210.

des Zugriffsobjektes.<sup>224</sup> Hierbei stellte es fest, dass für die Bewertung eines Dienstvergehens nicht unberücksichtigt bleiben dürfe, wie das ihm zugrundeliegende Verhalten in der Öffentlichkeit und der Rechtsordnung eingestuft werde. Dabei wies das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich darauf hin, dass bei einem relativ geringen Wert des Zugriffsobjektes das Unrechtsbewusstsein und damit das Gefühl für die Schwere der Tat in der Bevölkerung und damit auch beim Beamten herabgesetzt seien. Trotz der unterschiedlichen Zwecke von Straf- und Disziplinarrecht können sich Anhaltspunkte für die disziplinarrechtliche Bewertung eines Vergehens aus der vom Gesetzgeber vorgesehenen Behandlung von Vermögenskleinkriminalität, hier insbesondere § 248a StGB, ergeben. Insoweit ging das Bundesverwaltungsgericht zum Zeitpunkt seiner Entscheidung von einer Bagatellgrenze von DM 50,00 aus, ohne darin allerdings eine starre Grenze zu sehen. Allerdings stehe der wirtschaftliche Wert für die Bewertung des Fehlverhaltens nicht als einziges Abwägungskriterium im Raum. Vielmehr gilt es bei der Beurteilung aus dem gesamten Persönlichkeitsbild des Beamten die Entscheidung zu treffen, ob der Beamte im öffentlichen Dienst weiterhin tragbar sei.<sup>225</sup>

## 2. BVerwG – Urteil vom 13.02.2008, 2 WD 9/07

Bei diesem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes ging es um einen Soldaten, welcher Motorenöl und Frostschutzmittel im Gesamtwert von EUR 12,75 aus dem Materiallager entwendete und sie für sein eigenes privates Kraftfahrzeug nutzte. Hierbei führte das Bundesverwaltungsgericht erneut aus, dass mit einem derartigen Vergehen das Vertrauen des Dienstherrn maßgeblich erschüttert werden könne. Auch wäre der Verstoß geeignet, das Beamtenverhältnis zu lösen. Allerdings müsse in der Abwägung neben den bekannten Milderungsgründen auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleiben, denn die Bemessung der Disziplinarstrafe müsse in einem angemessenen Verhältnis zum Dienstver-

---

<sup>224</sup> Kröpil – ZRP 2010, 179.

<sup>225</sup> BVerwG – Urteil vom 24.11.1992, 1 D 66/91, NJW 1994, 210.

gehen stehen. Aufgrund des relativ geringen Schadensbetrages, der erkennbar unter der von den zuständigen Senaten im Bundesverwaltungsgericht mittlerweile herangezogenen „Bagatellgrenze“ von EUR 50,00 liege, käme eine Auflösung des Beamtenverhältnisses nicht in Frage. Es sei für die Maßnahmenbemessung nicht unerheblich, ob der vorsätzlich verursachte Vermögensschaden im Millionenbereich liegt oder im Rahmen des s.g. Bagatellbereiches. Denn die Hemmschwelle die ein Täter zu überwinden habe, sei in solchen Fällen nicht gleich.<sup>226</sup>

Dies sind lediglich zwei Fälle in denen das Bundesverwaltungsgericht in Entscheidungen eine Bagatellgrenze bei Vermögensdelikten zu Lasten des Dienstherrn berücksichtigte und als Milderungsgrund anerkannte. Darüber hinaus sind weitere Entscheidungen dazu auffindbar.

Man kann auch feststellen, dass das Bundesverwaltungsgericht bei identischer Fallgestaltung ein Prüfschema wiederholt anwendet, welches dem des Bundesarbeitsgerichtes ähnlich ist. Neben der Prüfung des Auflösungsgrundes als Merkmal, vergleichbar dem „wichtigen Grund“ an sich, erfolgt eine dezidierte Interessenabwägung aller Besonderheiten des Einzelfalles. Dabei gehen beide Gerichtsbarkeiten davon aus, dass ein Vermögensdelikt das Vertrauensverhältnis nachhaltig und dauerhaft zerstören kann und als Grund für eine Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses geeignet ist. Allerdings erkennt das Bundesverwaltungsgericht den Vermögenswert, soweit er innerhalb des Bagatellbereiches bleibt, als Milderungsgrund an.

---

<sup>226</sup> BVerwG – Urteil vom 13.02.2008, 2 WD 9/07, DÖV 2008, 1056f.

## F. Einführung einer Bagatellgrenze für geringwertige Vermögensdelikte

### I. Begriff der Geringwertigkeit

Die „Geringwertigkeit“ ist ähnlich dem „wichtigen Grund“ ein unbestimmter Rechtsbegriff. Obwohl in den Rechtsgrundlagen des Arbeitsrechts eine entsprechende Verwendung dieses Begriffes fehlt, wird er doch im Rahmen der Auslegung des „wichtigen Grundes“ nach § 626 Abs. 1 BGB verwendet. Seine Entlehnung findet sich wohl im § 248a StGB, wonach der Diebstahl und die Unterschlagung geringwertiger Sachen nur auf Antrag verfolgt werden. Durch die Heranziehung des Begriffes „Geringwertigkeit“ versucht die Arbeitsgerichtsbarkeit wohl, die schwere der Pflichtverletzung und damit das Verschulden des Arbeitnehmers bewerten zu können. Mit dieser Wertung wird im Bereich der Eigentums- und Vermögensdelikte eine separate Untergruppe gebildet, die der geringwertigen Vermögensdelikte.

### II. Grundsätzliche Erwägungen

Die Frage zu den geringwertigen Vermögensdelikten begleitet die Arbeitsgerichte von Beginn an. Auf der einen Seite geht es um einen kaum messbaren wirtschaftlichen Schaden und auf der anderen Seite um eine existenzbedrohende Konsequenz. Die Geringwertigkeit eines Vertragsverstößes kann der Anknüpfungspunkt dafür sein, den Verstoß als Bagatelle zu werten. Auch ist es in der Praxis so, dass es im Ermessensspielraum des Arbeitgebers liegt, ob er derartige Verstöße sanktionslos hinnimmt. Als Beispiel wird oftmals die Gleichheit der Auswirkungen zwischen dem häufig tolerierten privaten Telefonieren während der Arbeitszeit auf Kosten des Arbeitgebers und einem geringwertigen Vermögensdelikt wie dem Diebstahl von Frikadellen am Buffet hergestellt.<sup>227</sup> Problematisch an dem Sachverhalt der geringwertigen Vermögensdelikte ist, auch unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen, die gesellschaftliche Akzeptanz der arbeitsgerichtlichen Entscheidungen. Vor allem im Rahmen der Weltfinanzkrise in den Jahren 2008 und 2009, in welcher teilweise haarsträubende Fehler und Pflichtversäumnisse des Managements einige Unternehmen an den Rand eines Zusammenbruchs brachten oder im

---

<sup>227</sup> Preis – AuR 2010, 242.

aktuellen Fall der Insolvenz der Fluglinie Air Berlin, gleichwohl ein weitere Vergütung in Millionenhöhe erfolgte, sind die so genannten Bagatelldelikte in einer breiten Öffentlichkeit diskutiert worden. Dabei fällt es schwer einer breiten Öffentlichkeit ein Verständnis zu vermitteln, dass auf der einen Seite gravierende Pflichtversäumnisse leitender Angestellter keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen haben, auf der anderen Seite jedoch kleinste Verstöße des Arbeitnehmers für diesen durch den Verlust des Arbeitsplatzes existenziell bedrohlich werden. Auch erfolgt im Strafrecht, in Anlehnung an § 248a StGB, eine großzügigere Handhabung in der Verfolgung geringwertiger strafrechtlicher Tatbestände. Im Arbeitsrecht stellen diese Tatbestände jedoch einen „wichtigen Grund“ dar, welcher zur außerordentlichen Kündigung führen kann. Es ist offensichtlich, dass in der Öffentlichkeit bei der Bewertung dieser Fragestellungen, die grundsätzlichen unterschiedlichen Abwägungsgesichtspunkte zwischen Strafrecht und Arbeitsrecht nicht erkannt werden. Während im Strafrecht eine Sanktion aufgrund eines stattgehabten Gesetzesverstößes erfolgt, welcher als repressiv und vergangenheitsbezogen zu klassifizieren ist, handelt es sich im Arbeitsrecht um eine Abwägung und Prognose über den zukünftigen Verlauf und das Vertrauensverhältnis des Beschäftigungsverhältnisses. Auch wenn der Verlust des Arbeitsplatzes in der breiten Öffentlichkeit als Sanktion des Vermögensdeliktes bewertet wird und damit eine Analogie für den nicht juristischen Betrachter besteht, so erteilt das Bundesarbeitsgericht dieser Auffassung eine klare Absage. Maßgeblich für die Frage der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ist ausschließlich die Prognose über eine störungsfreie Vertragserfüllung in der Zukunft.<sup>228</sup>

Die Diskussion in der breiten Öffentlichkeit berührt dabei Fragen der Akzeptanz unserer Gesellschaftsordnung und diese betreffen nicht ausschließlich die Akzeptanz der Öffentlichkeit in unsere Rechtsordnung, sondern umfassen auch den Eigentumsschutz, Fragen unternehmerischer Freiheiten sowie Verdacht und Vertrauen.

---

<sup>228</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367, Rn 28.

### III. Gesetzesinitiativen

Neben der Rechtsdiskussion zu Kündigungen bei geringwertigen Vermögensdelikten, wurde diese Diskussion, im Zuge der Weltfinanzkrise, auch in einer breiten Öffentlichkeit geführt. Dies führte dazu, dass auch von mehreren Bundestagsfraktionen im Zuge der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg zum „Fall Emmely“ ein Handlungsbedarf gesehen wurde. Die folgenden Gesetzesinitiativen erfolgten jedoch vor der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes.

#### 1. SPD

Die Bundestagsfraktion der SPD<sup>229</sup> hat aufgrund der öffentlichen Debatte zu geringwertigen Vermögensdelikten einen Gesetzesentwurf in den 17. Deutschen Bundestag eingebracht. Dieser sollte zu einer Ausweitung des Kündigungsschutzes bei Delikten mit nur geringen wirtschaftlichen Schäden beitragen. Dabei verfolgte die SPD-Fraktion das Ziel, geringwertige Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers mit anderen Vertragsverstößen in Arbeitsverhältnissen gleich zu stellen und bei einer erstmaligen Verletzung gegen das Vermögen des Arbeitgebers in der Regel eine Abmahnung als Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung gesetzlich zu normieren. Nach dem Gesetzesvorschlag sollte sich die Grenze, bei welcher man von einem wirtschaftlich geringen Schaden ausgeht, an § 248a StGB orientieren. Zur Begründung führte die Fraktion der SPD an, dass es durch den Arbeitnehmer schwerlich zu widerlegen sei, wenn der Arbeitgeber als Begründung ein zerstörtes Vertrauensverhältnis anführt. Außerdem wurde die Interessenabwägung des Einzelfalles durch die Arbeitsgerichtsbarkeit kritisiert, welche in solchen Fällen regelmäßig zu Lasten des gekündigten Arbeitnehmers ausgeht.<sup>230</sup> Nach einer Gesetzesänderung sollte nur in Ausnahmefällen von einem unwiederbringlich gestörten Vertrauensverhältnis ausgegangen werden. Außerdem sollten

---

<sup>229</sup> SPD – BT-Drucksache 17/648.

<sup>230</sup> *Deutscher Bundestag* – [http://webarchiv.bundestag.de/achive/2013/0118/presse/hib/2010\\_02/2010\\_034/05.html#](http://webarchiv.bundestag.de/achive/2013/0118/presse/hib/2010_02/2010_034/05.html#) - letzter Aufruf am 16.11.2017.

Verdachtskündigen ausgeschlossen werden, da sich hierbei der Arbeitnehmer nur durch den Beweis seiner Unschuld entlasten könne.

## 2. Bündnis 90 / Die Grünen

Auch die beantragte Gesetzesänderung von der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen<sup>231</sup> sah eine Änderung der bestehenden Gesetzeslage vor. Hierbei sollte, ähnlich wie bei dem Gesetzesentwurf der SPD, im Regelfall eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung nur bei vorheriger Abmahnung durch den Arbeitgeber möglich sein. Dies sollte auch bei Eigentums- und Vermögensverletzungen gelten. Weiter wird in der Antragsbegründung aufgeführt, dass nach einer Änderung weiterhin außerordentliche Kündigungen möglich sein, soweit der Schaden des Arbeitgebers in einer wirtschaftlich relevanten Größenordnung eingetreten ist oder das Fehlverhalten gravierend sei. Eine Bagatellgrenze wurde hierbei nicht festgelegt, sondern sollte im Einzelfall beurteilt werden.

## 3. Die Linke

Der Antrag der Fraktion Die Linke<sup>232</sup> war der Gesetzesänderungsantrag, welcher die größten Auswirkungen auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte gehabt hätte. In seiner Formulierung wird auf den Zusatz „in der Regel“ verzichtet, so dass bei geringwertigen Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers ohne vorherige Abmahnung keine außerordentliche Kündigung mehr statthaft gewesen wäre. Außerdem wäre mit einer entsprechenden Änderung ein Verbot von Verdachtskündigungen einhergegangen. Als Begründung führten die Politiker an, dass zwar eine Einzelfallabwägung vorzunehmen sei, diese in der Rechtsanwendung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit jedoch regelmäßig zur Feststellung des irreparablen zerstörten Vertrauens des Arbeitgebers führe und damit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sei. Die Kritik entzündet sich daran, dass zu den für die Abwägung und der Einzelfallbetrachtung unbe-

---

<sup>231</sup> *Bündnis 90 / Die Grünen* – BT-Drucksache 17/1986.

<sup>232</sup> *Die Linke* – BT-Drucksache 17/649.

stimmten Rechtsbegriffen des „wichtigen Grundes“ und der „Zumutbarkeit“ ein weiterer undefinierter Begriff des „Vertrauens“ eingeführt wurde. Somit ließe sich die Verletzung oder Zerstörung mit einer entsprechenden Begründung auf jeden Fall ausweiten.<sup>233</sup>

Diese Gesetzesinitiativen von drei im Bundestag vertretenen Parteien zeigen deutlich, dass die Diskussion um Kündigungen wegen geringwertiger Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers, nicht nur in Kreisen der Rechtsfindung breit diskutiert wurde, sondern auch in der breiten Öffentlichkeit. Dies nötigte die Politik zu Stellungnahmen und auch eigenen Gesetzesinitiativen der damaligen Oppositionsparteien. Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes zum „Fall Emmely“, entspannte sich die Diskussion in der Öffentlichkeit und beschränkte sich wieder auf die Diskussion im Kreise der Rechtsfindung. Keiner der geplanten Gesetzesänderungen wurde tatsächlich vollzogen und auch nach der Bundestagswahl 2013 trieb die SPD ihren Gesetzesänderungsantrag nicht mehr voran.

#### IV. Gründe für und gegen die Einführung einer Bagatellgrenze

Die Befürworter einer Bagatellgrenze führen in ihrer Argumentation an, dass es nicht weiter hinnehmbar sei, dass es eine unterschiedliche Wertung bei geringwertigen Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers gibt. Es sei einer breiten Öffentlichkeit nicht vermittelbar, dass durch die unterschiedlichen Gerichte bei vergleichbaren Sachverhalten völlig unterschiedlich entschieden wird. So sei bisher kein Fall nachweisbar, in welchem der Bundesgerichtshof oder ein Oberlandesgericht, bei der Auslegung des § 626 Abs. 1 BGB eine fristlose Kündigung bei geringwertigen Vermögensdelikten von Geschäftsführen bestätigt hätte.<sup>234</sup> Und auch im Beamtenrecht werde die Höhe eines Schadens, soweit er die Geringfügigkeitsgrenze des § 248a StGB nicht überschreitet, als Milderungsgrund angesehen, der eine unmittelbare Entfernung aus dem Beamtenverhältnis verhindere.<sup>235</sup> Dazu

---

<sup>233</sup> *Die Linke* – BT-Drucksache 17/649.

<sup>234</sup> *Klueß* – AuR 5/2010, S. 4ff.

<sup>235</sup> *Kröpil* – ZRP 2010, 179.

müsse man betrachten, dass auch ein historischer Vergleich der Entwicklung von Beamtenrecht und Schuldrecht für die Einführung einer Bagatellgrenze spreche. Denn auch das Bundesverwaltungsgericht erkennt eine Bagatellgrenze erst seit 1992 in Höhe von zwischenzeitlichen EUR 50,00 an.<sup>236</sup> Weiter gehe auch das Bundesarbeitsgericht<sup>237</sup> in einer Entscheidung davon aus, dass es einer gleichen Auslegung von Arbeits- und Disziplinarrecht bedürfe.

Außerdem wird von den Befürwortern einer Bagatellgrenze angeführt, dass bei geringwertigen Vermögensdelikten das Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung als auch beim Täter deutlich geringer ist, als bei Objekten mit höherem Wert. Weiter sei eine unterschiedliche Auslegung der Arbeits-, Verwaltungsgerichts- und ordentlichen Gerichtsbarkeit verfassungswidrig.<sup>238</sup> Es müsse eine sich an § 248a StGB orientierende Geringfügigkeitsgrenze in allen drei Gerichtsbarkeiten eingeführt werden, bei der eine außerordentliche Kündigung nur nach Ausspruch einer vorherigen Abmahnung statthaft sei. Als Stütze wird dabei auch auf die Neufassung des § 314 Abs. 2 BGB verwiesen, welcher stets eine Abmahnung fordere.<sup>239</sup>

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Bundesarbeitsgericht in einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Verletzung des Eigentums des Arbeitgebers eine Erschütterung der notwendigen Vertrauensgrundlage sieht, welche eine Weiterbeschäftigung in Frage stellen kann. Denn die Vertrauensgrundlage ist in diesem Fall unabhängig von der Höhe des entstandenen Schadens erschüttert. Damit drückt das Bundesarbeitsgericht explizit aus, dass eine Vertrauensgrundlage nicht zwangsläufig zerstört sein muss. Auch sieht das Bundesarbeitsgericht keinen Widerspruch zwischen Straf- und Schuldrecht. Denn das Arbeitsrecht habe keinen Sanktionscharakter, sondern sei mit seiner Prognosefunktion auf die Zukunft ausgerichtet. Weiter sieht das Bundesarbeitsgericht, auch erneut in der Begründung zum „Fall Emmely“, keinen ver-

---

<sup>236</sup> Grimberg – AiB 2011, 65.

<sup>237</sup> BAG – Urteil vom 21.06.2001, 2 AZR 325/00, JurionRS 2001, 10244, Rn 35.

<sup>238</sup> Klueß – NZA 2009, 337 ff.

<sup>239</sup> Klueß – NZA 2009, 337 ff.

gleichbaren Zusammenhang zwischen Beamten- und Arbeitsrecht. Denn anders als im Arbeitsrecht, gäbe es im Beamtenrecht ein abgestuftes System von Sanktionsmöglichkeiten des Dienstherrn bei Pflichtverletzungen.<sup>240</sup> Auch wird bestritten, dass es eine Analogiefähigkeit zwischen den drei Rechtsgebieten geben kann.<sup>241</sup> Begründet wird diese Ablehnung mit der viel engeren Beziehung zwischen Beamten und Dienstherrn. Denn nur Beamte hätten disziplinarische Sanktionen zu befürchten.<sup>242</sup>

Dabei sollte man jedoch beachten, dass es auch im Disziplinarrecht von Beamten nur dann abgestufte Sanktionsmöglichkeiten gibt, wenn das Vertrauensverhältnis zum Beamten noch nicht völlig zerstört ist.<sup>243</sup> Allerdings sollte man im Arbeitsrecht weitere Möglichkeiten der Reaktion auf ein Fehlverhalten in Betracht ziehen. In Betracht kämen dabei auch die Möglichkeit einer Versetzung sowie die Möglichkeit einer Änderungskündigung. Bei dieser wäre auch eine Vertragsänderung, zum Beispiel eine Abgruppierung oder Änderung der Arbeitsumstände, möglich.

Den Bedenken, dass bei Einführung einer Bagatellgrenze Probleme mit auch nur marginalen Grenzüberschreitungen auftauchen würden, wird entgegengehalten, dass sich dies im Rahmen der Interessenabwägung leicht lösen ließe. Denn auch Strafgerichte hätten diese Problematik zu lösen, so dass dies auch für die Arbeitsgerichtsbarkeit kein unlösbares Problem darstellen sollte. Im Übrigen würde eine Überschreitung ja nicht automatisch die Kündigung auslösen, sondern der Sachverhalt würde ja im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen sein.

Auch sei eher unwahrscheinlich, dass die Einführung einer Bagatellgrenze zu einer Erhöhung derartiger Delikte führen würde. Weder in der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte nach der

---

<sup>240</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349-367.

<sup>241</sup> Reuter – NZA 2009, 594.

<sup>242</sup> Rieble – NJW 2009, 2104f.

<sup>243</sup> Klueß – AuR 5 2010, S 4ff.

„Emmely“ Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts lässt sich ein entsprechender Trend finden. Im Übrigen würden die Gegner einer Bagatellgrenze in ihrer Argumentation verkennen, dass ein Schutz vor einer fristlosen Kündigung lediglich bei einer ersten Tat greifen würde. Im Wiederholungsfall würde eine Interessenabwägung erfolgen, die auch zu einer außerordentlichen Kündigung führen könnte. Der Arbeitnehmer solle lediglich im Rahmen eines einmaligen Fehlverhaltens vor existenziellen Folgen durch den Verlust des Arbeitsplatzes geschützt werden.

Allerdings muss den Gegnern einer Bagatellgrenze dahingehend zugestimmt werden, dass eine Einführung einer wie auch immer gearteten Grenze, sich den wandelnden Preis- und Wertvorstellungen anpassen müsste. Auch das Bundesverwaltungsgericht ging in seiner Entscheidung im Jahr 1992 von einer Grenze von DM 50,00 aus, wohingegen wir heute im Bereich einer Grenze von EUR 50,00 angelangt sind, also einer knappen Verdoppelung. Weiter dürfe nicht übersehen werden, dass die Einführung einer Bagatellgrenze als „Einladung“ missverstanden werden könnte, gegen das Vermögen des Arbeitgebers zu agieren. Ein Beschäftigungsverhältnis baut jedoch auf Vertrauen auf, somit darauf, dass sich beide Vertragsparteien darauf verlassen, ihre vertraglichen Verpflichtungen ernst zu nehmen. Und als eine dieser Pflichten ist die Achtung des Vermögens des Arbeitgebers anzusehen. Auch handelt es sich hierbei um ein universelles Verständnis des Miteinanders, so dass jedem bewusst ist, dass aus einem Verstoß auch Konsequenzen erwachsen. Denn bereits im 7. Gebot ist festgehalten „Du sollst nicht stehlen“. Eine Bagatellgrenze ist dabei auch nicht als Ausnahmetatbestand enthalten. Dieser universelle biblische Geltungsanspruch ist unabhängig davon, wie eine strafrechtliche Einordnung geboten ist.<sup>244</sup> Ferner bedeutet auch ein Unterschreiten der Bagatellgrenze im Strafrecht nicht, dass ein Strafverfahren ausgeschlossen sei. Auf Antrag oder bei besonderem öffentlichem Interesse würden auch diese Straftaten verfolgt. Auch vertreten die meisten Strafgerichte die Meinung, dass bereits der Diebstahl von geringwertigen Vermögenswerten eine Ahndung durch die Gerichte gebieten könne.<sup>245</sup> Ebenso

---

<sup>244</sup> Fischer – jurisPK-ArbR 48/2010 Anm. 1.

<sup>245</sup> Reuter – NZA 2009, 594.

könne aufgrund ggf. vorhandener mangelhafter Rechtsdurchsetzung in einem Rechtsgebiet, nicht die Absenkung der Normen in anderen Rechtsgebieten gefordert werden.<sup>246</sup>

Bei der Einführung einer Bagatellgrenze müsste auch bedacht werden, dass sich eine solche negativ auf die abschreckende Wirkung einer außerordentlichen Kündigung auswirken würde und damit indirekt die Arbeitnehmerschaft zu solchen Delikten verleiten würde.<sup>247</sup> Die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen seien nicht abschätzbar. Bereits heute wird zum Beispiel im Einzelhandel ein Schaden von gut 1.120 Mio EUR, und damit gut ein Drittel des gesamten Schadens, durch unehrliche Mitarbeiter verursacht.<sup>248</sup> Damit würde die Einführung zu einer Unterminierung des Rechtsbewusstseins führen.<sup>249</sup> Ferner würde eine derartige Grenze die Vermögensinteressen der Arbeitgeber, auch und gerade im Einzelhandel, unverhältnismäßig hart treffen und dazu führen, dass durch den Arbeitgeber vermehrt auf andere Kontroll- und Überwachungseinrichtungen zurückgegriffen werden müsste. Dies würde jedoch zu erheblichen Kosten auf Seiten der Arbeitgeber führen. Auch, da eine lückenlose Überwachung weder rechtlich zulässig noch wohl technisch möglich ist, sollte an der abschreckenden Wirkung einer möglichen außerordentlichen Kündigung nichts geändert werden.<sup>250</sup>

Die Befürworter für die Einführung einer Bagatellgrenze begründen dies unter anderem mit einem Vergleich zu Ehrverletzungen und Arbeitsverweigerungen. Hierbei müssen die Ehrverletzungen „erheblich“ sein und der Arbeitsverweigerung muss die „Beharrlichkeit“ attestiert werden können, um Grundlage für eine außerordentliche Kündigung zu sein.<sup>251</sup>

Dabei berücksichtigen die Befürworter allerdings nicht, dass es bei den angeführten Beispielen durchaus zu Auslegungsspielräumen kommen kann,

---

<sup>246</sup> Rieble - NJW 2009, 2104f.

<sup>247</sup> Reuter – NZA 2009, 594.

<sup>248</sup> EHI – <https://www.handelsdaten.de/handelsthemen/inventurdifferenzen>, zuletzt aufgerufen am 28.11.2017, 12.13 Uhr.

<sup>249</sup> Stoffels – NJW 2011, 120.

<sup>250</sup> Schlachter – NZA 2005, 433ff.

<sup>251</sup> KSchR - Däubler - § 626 BGB, Rn 110.

welche seitens des Arbeitnehmers lediglich einer falschen Wertung unterzogen werden. Demgegenüber besteht beim Diebstahl eines Vermögensgegenstandes, auch wenn der Wert noch so gering sein mag, kein Zweifel über das Verboten sein des eigenen Tuns.<sup>252</sup>

Für die Einführung einer Bagatellgrenze spricht auch die Auslegung zum Vertrauen im Arbeitsverhältnis durch das Bundesarbeitsgericht. Denn wenn sich zum Beispiel im „Fall Emmely“ nicht eine, sondern zwei Mitarbeiterinnen die Leergutbons geteilt hätten, so wäre ein gleichartiger Verstoß von beiden begangen worden. Wenn jetzt der eine Mitarbeiter über 30 Jahre im Betrieb ohne Beanstandungen beschäftigt gewesen ist, während der zweite nur wenige Jahre ein beanstandungsloses Beschäftigungsverhältnis vorweisen kann, so hätte die Interessenabwägung bei beiden Fällen auch unterschiedlich ausgehen können. Was im Ergebnis nicht vermittelbar wäre, das für ein und denselben Verstoß, zwei unterschiedliche Ergebnisse vorliegen. Mit der Einführung einer Bagatellgrenze könnte diese Abgrenzungsproblematik vermieden werden und eine breitere Akzeptanz in die Rechtsprechung aufgebaut werden.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn schon das Sprichwort *„Wenn zwei das Gleiche tun, so ist es noch lange nicht dasselbe“*, bringt treffend zum Ausdruck, was der Wesenskern der Rechtsprechung ist. Hierbei hat die Gerichtsbarkeit die Aufgabe eine umfassende Interessenabwägung des jeweiligen Einzelfalles durchzuführen. Und dies führt ja geradezu zwangsläufig zu Einzelfallentscheidungen, die sich auch für gleichartige Verstöße unterscheiden können. Dies fordert ja der Gesetzgeber durch den Gesetzestext des § 626 Abs. 1 BGB explizit. Und dem würde eine Bagatellgrenze genau entgegen wirken. Da die Entscheidungen in der Abwägung auch auf die Zukunft des Arbeitsverhältnisses gerichtet sind, kann auch dies zu durchaus unterschiedlichen Wertungen führen. Weiter darf bei der Diskussion um die Bagatellgrenze nicht außer Acht gelassen werden, dass die Einführung einer derartigen Grenze nur schwerlich mit dem offen gestalteten Tatbestand

---

<sup>252</sup> KSchR – Däubler – § 626 BGB, Rn 111.

des § 626 Abs. 1 BGB in Übereinstimmung gebracht werden kann. Dies führt zu Abgrenzungsproblemen und ist ohne Änderungen am Text des § 626 BGB nicht begründbar. Ferner würde die Bagatellgrenze dazu führen, dass bereits auf der ersten Stufe der Prüfung zum § 626 Abs. 1 BGB ein wertungsbedürftiger Gesichtspunkt Einzug finden würde.<sup>253</sup> Somit wäre das bisher gültige Prüfschema des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr in jedem Fall unmittelbar anwendbar. Denn es müsste ja bewertet werden, wie sich in dieser konkreten Situation die „an sich“ Eignung darstellt. Dabei wären auch unterschiedliche Wertungen, Ersttäter und Wiederholungstäter, denkbar. Aber diese Wertung soll nach der geltenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erst im Rahmen der Interessenabwägung und somit auf der zweiten Stufe erfolgen. Auch verkennen die Befürworter einer Bagatellgrenze, dass der Wert des Vermögensverstoßes ja nicht unberücksichtigt bleibt. Vielmehr wird dieser Sachverhalt auf der zweiten Stufe der Interessenabwägung berücksichtigt. Und wie man unter anderem der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes zum „Fall Emmely“ entnehmen kann, führt ein geringwertiger Vermögensverstoß nicht automatisch zu einer außerordentlichen Kündigung.

#### V. Nutzung eines dreistufigen Prüfungsschemas bei einer Bagatellgrenze

Nach den eben gezeigten Darlegungen, lässt sich eine Bagatellgrenze nicht ohne weiteres in das momentan vom Bundesarbeitsgericht verwendete zweistufige Prüfschema integrieren. Wenn man der Einführung einer Bagatellgrenze jedoch trotz der aufgeführten Argumente näher treten möchte und um die Prüfung des Verstoßes von der Interessenabwägung auf der zweiten Stufe zu entnehmen, so bleibt nur die Einführung eines neuen Prüfungsschemas. Da eine Prüfung und Wertung auf der ersten Stufe ausscheidet, würde der Verfasser die Umstellung auf ein dreistufiges Prüfschema für außerordentliche Kündigungen in Erwägung ziehen.

Demnach würde nach diesen Schemata auf der ersten Stufe weiterhin die Eignung des Kündigungsgrundes „an sich“ geprüft. Hierbei würde komplett

---

<sup>253</sup> Stoffels – NJW 2011, 120.

auf die bisherige Prüfung der ersten Stufe im zweistufigen Verfahren zurückgegriffen. Demnach wären die geringwertigen Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers nach wie vor ein Grund „an sich“, welcher eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde. Der Vorteil fände sich auch darin, dass auf die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Prüfung des „wichtigen Grundes“ vollständig zurückgegriffen werden könnte. Rechtsunsicherheiten zu dieser Problematik würden somit nicht entstehen.

Auf der zweiten Stufe, würde man jedoch in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes eine Prüfung von so genannten Milderungsgründen einführen. Hierzu könnten zu den einzelnen Tatbeständen anerkannte Milderungsgründe durch die Arbeitsgerichtsbarkeit entwickelt werden. Für den Sachverhalt der geringwertigen Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers käme hierzu vielleicht der Milderungsgrund des erstmaligen Verstoßes gegen geringwertiger Vermögensinteressen des Arbeitgebers in Betracht. Um Rechtsicherheit zu gewährleisten und eine gewisse Vorhersehbarkeit zu erreichen, könnte sich die Grenze an der Bagatellgrenze zu § 248a StGB orientieren. Würde hierbei ein erstmaliger Verstoß eines geringwertigen Vermögensdeliktes bejaht werden, so würde die Prüfung zu dem Ergebnis führen, dass eine Berechtigung zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht besteht. Damit ließe sich wahrscheinlich in der Praxis eine größere Rechtssicherheit über den Ausgang von derartigen Verfahren erreichen. Denn, wenn von vornherein klar ist, dass eine außerordentliche Kündigung bei einem erstmaligen Verstoß gerichtlich scheitern würde, so käme es in der Praxis wohl zu einer Abmahnung oder einer anderen angemessenen mildernden Reaktion auf das Fehlverhalten, damit für den Arbeitnehmer unmissverständlich deutlich wird, dass bei einem nochmaligem Verstoß mit einer Kündigung zu rechnen ist. In der Praxis wird diese Rechtsunsicherheit ja auch bemängelt<sup>254</sup>.

---

<sup>254</sup> KSchR – Däubler - § 626 BGB, Rn 122f.

Auf der dritten Stufe würde dann, wie bisher und soweit man dann zu dieser Stufe kommt, die Interessenabwägung erfolgen. In dieser würden dann alle individuellen Besonderheiten des Einzelfalles Berücksichtigung finden.

Der Vorteil an diesem dreistufigen Verfahren liegt ganz klar in der Schaffung von Rechtssicherheit bei der Frage ob eine außerordentliche Kündigung wegen geringwertiger Vermögensdelikte wirksam vorgenommen werden kann. Darüber hinaus würde auch eine Annäherung der Auslegungen im Beamten- und Soldatenrecht mit dem Arbeitsrecht erfolgen. Eine unterschiedliche Behandlung würde weitestgehend, zumindest in der Wertung des Verstoßes an sich, vermieden und somit wohl eine größere Akzeptanz weiter Teile der Bevölkerung in die Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit erreicht.

Die Nachteile, die natürlich durch die Einführung einer dritten Stufe und damit einer Bagatellgrenze erfolgen, liegen allerdings ebenfalls auf der Hand und wurden unter obigem Punkt bereits dargelegt.

#### VI. Zusammenfassung und Abwägung

Die in der Literatur vertretenen Meinungen zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes im „Fall Emmely“ sind vielfältig und bringen sehr deutlich das Lagerdenken auch in Fachkreisen zum Ausdruck. Allerdings kann festgestellt werden, dass niemand beim Vorliegen eines geringwertigen Vermögensdeliktes zu Lasten des Arbeitgebers mit dem Bestehen eines absoluten Kündigungsgrundes argumentiert. Bei Abwägung aller Argumente muss festgestellt werden, dass diejenigen Meinungen am meisten überzeugen, welche einer Einführung einer Bagatellgrenze ablehnend gegenüberstehen. Dafür spricht zunächst, dass im Arbeitsrecht das Prognoseprinzip gelten sollte, denn schlussendlich kommt es nur auf die zukünftige ordnungsgemäße Vertragserfüllung an. Ein Strafcharakter ist dem Arbeitsrecht fremd und sollte es auch bleiben. Vergleiche zum Strafrecht gehen somit fehl.

Auch überzeugen die Argumente, welche einen Unterschied zwischen der „beharrlichen“ Arbeitsverweigerung und „erheblichen“ Ehrverletzungen auf der einen Seite und geringwertigen Vermögensdelikten auf der anderen

Seite sehen. Denn bei Letzteren bestehen keine Zweifel am Verboten sein des Tuns, während bei ersteren Auslegungsspielräume und Verbotsirrtümer vorhanden sein können.

Weiter ist der präventive Charakter der außerordentlichen Kündigung nicht zu unterschätzen, da jedem Arbeitnehmer bewusst ist, dass sein Handeln, auch wenn der Schaden noch so gering sein mag, zu einer außerordentlichen Kündigung führen kann.

Ferner wäre eine Bagatellgrenze mit dem offenen Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB nicht vereinbar, welche eine Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorschreibt. Auch widerspräche die Einführung einer Bagatellgrenze dem aktuellen Prüfungsschema des Bundesarbeitsgerichts bei außerordentlichen Kündigungen. Dabei überzeugt auch die Änderung auf eine dreistufige Prüfung nicht, denn es würde dabei ebenso nicht zu einer Abwägung aller Besonderheiten des Einzelfalles kommen.

Und nicht zuletzt muss festgestellt werden, dass eine Berücksichtigung der Schadenhöhe ja bereits tatsächlich auf der zweiten Prüfstufe, der Interessenabwägung, erfolgt. Bei dieser wird durch die zuständigen Arbeitsgerichte ja bereits eine Wertung vorgenommen und wie man der Praxis entnehmen kann, führt diese Wertung eben auch dazu, dass nicht in jedem Fall des Vorliegens eines geringwertigen Vermögensdeliktes zu Lasten des Arbeitgebers eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist.

#### G. Zusammenfassung und Beantwortung der Fragestellung

Nach umfassender Beschäftigung mit der Thematik zu einer Bagatellgrenze bei außerordentlichen Kündigungen und dem Urteil des Bundesarbeitsgerichtes zum „Fall Emmely“, muss festgestellt werden, dass das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung im Fall von geringwertigen Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers nicht geändert hat. Es fügte in der Interessenabwägung lediglich einen höher zu gewichtenden Sachverhalt, nämlich das Vertrauen in eine unbeanstandete Dauer der Vertragserfüllung, hinzu. Die Auswirkungen dieser Entscheidung auf die Arbeitsgerichtsbarkeit bleiben überschaubar. Denn auch

nach der Entscheidung zum „Fall Emmely“ gibt es Urteile, welche eine außerordentliche Kündigung bestätigen, während andere Arbeitsgerichte diese zurückweisen.

Auch widerspricht das Bundesarbeitsgericht der Einführung einer Bagatellgrenze explizit und erachtet diese für nicht sachgerecht.<sup>255</sup> Darüber hinaus muss bei Abwägung der Argumente für oder gegen die Einführung einer Bagatellgrenze klar festgehalten werden, dass die überzeugenderen Argumente, welchen sich wie dargestellt auch der Verfasser anschließt, gegen die Einführung einer Bagatellgrenze sprechen. In der Anhörung über die Gesetzesänderungsanträge von SPD, Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen sagte Herr Prof. Dr. Gregor Thüsing, „...*das die Abwägung im Einzelfall bei der Rechtsprechung gut aufgehoben sei...*“<sup>256</sup>.

Dem ist im Ergebnis nicht hinzuzufügen.

---

<sup>255</sup> BAG – Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09, BAGE 134, Rn 27.

<sup>256</sup> Thüsing – [http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/0118/presse/hib/2010\\_06/2010\\_221/01.html#](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2013/0118/presse/hib/2010_06/2010_221/01.html#) -  
letztmalig aufgerufen am 30.11.2017, 10,46 Uhr.

#### H. Ehrenwörtliche Erklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich vorliegende Arbeit selbstständig und ohne unzulässige Hilfe Dritter und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Insbesondere versichere ich, keinerlei entgeltliche Hilfe für die Themenfindung, -aufbereitung oder -recherche sowie die Abfassung und Endredaktion meiner Arbeit in Anspruch genommen zu haben. Die aus anderen Quellen direkt oder indirekt übernommenen Daten und Konzepte sind unter Angabe der Quelle gekennzeichnet. Dies gilt auch für Quellen aus eigenen Arbeiten.

Ich versichere, dass ich diese Arbeit oder nicht zitierte Teile daraus vorher nicht in einem anderen Prüfungsverfahren eingereicht habe.

Mir ist bekannt, dass meine Arbeit zum Zwecke eines Plagiatsabgleichs mittels einer Plagiatserkennungssoftware auf ungekennzeichnete Übernahme von fremden geistigen Eigentum überprüft werden kann.

Ich versichere, dass, falls meine Arbeit in elektronischer Form einzureichen ist, diese mit der gedruckten Version identisch ist.

Schönherr, André

1101035

WM00-MAS-PM1-180630

15.12.2017  
Datum / Unterschrift

