

## **2. Landestagung Sachsen-Anhalt des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. am 25. März 2010 in Halle (Saale)**

### **Begrüßung durch den Tagungsleiter und Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt Frank Böger**

*Böger* eröffnet die Veranstaltung um 10:00 Uhr im Dorint Hotel Charlottenhof in Halle (Saale). Er begrüßt die ca. 150 Tagungsteilnehmer auch im Namen des durch Krankheit an der Leitung der Tagung verhinderten Präsidenten des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt *Werner Zink*, dem er baldige Genesung wünscht. *Böger* teilt mit, dass er im Einvernehmen mit dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V. die Tagungsleitung übernommen habe.

Für ihre Bereitschaft, ein Grußwort für die Landesregierung zu sprechen, dankt *Böger* der Ministerin der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt *Prof. Dr. Angela Kolb* sehr herzlich. *Kolb* könne aus dienstlichen Gründen allerdings erst nach der Mittagspause kommen, er dürfe aber bereits vorab ihre Grüße übermitteln. In seinen Dank schließt *Böger* den Beigeordneten der Stadt Halle (Saale) *Egbert Geier* ein, der die Grüße dieser Stadt überbringen werde.

*Böger* bringt seine Freude zum Ausdruck, dass nach fast genau 13 Jahren wieder eine Landestagung in Halle (Saale) stattfindet. Das Thema der 1. Landestagung Sachsen-Anhalt im März 1997 habe gelautet: „Beschäftigungssicherung durch den Kollektivvertrag“. Damals sei es in erster Linie um die Sicherung und den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegangen. Diesmal solle dagegen im ersten Teil der Tagung die noch immer festzustellende zurückhaltende Durchsetzung von Ansprüchen im bestehenden Arbeitsverhältnis näher beleuchtet werden. Er freue sich ganz besonders, *Prof. Dr. Armin Höland* von der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Referenten zum Thema „Der individuelle Rechtsschutz während des Arbeitsverhältnisses - Schwächen und ihre Gründe“ begrüßen zu dürfen. Ebenso herzlich begrüßte *Böger* *Jeanette Reese* von den Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbänden Sachsen-Anhalt e. V. und *Norbert Schuster* von der Hauptverwaltung der IG Bergbau, Chemie und Energie. Mit ihren Referaten im zweiten Teil der Tagung zum Thema „Kündigungen wegen Verletzung von Eigentumsrechten - auch bei keinem oder geringem Schaden?“ seien aus unterschiedlicher Sicht äußerst aktuelle und interessante Statements zu erwarten. Mit der Landestagung in Halle (Saale) set-

ze der aus dem Verband Deutscher Gewerbeberichte hervorgegangene Deutsche Arbeitsgerichtsverband e. V. eine lange Tradition fort. Seit mehr als 100 Jahren vereinige er alle an der Arbeitsgerichtsbarkeit beteiligten Kreise zum Gedankenaustausch und zur Vertretung der Belange der Arbeitsgerichtsbarkeit nach außen. Erfreut zeigte sich *Böger* über die große Resonanz, die sich in der Zahl der Tagungsteilnehmer widerspiegeln. Dies zeige, dass der Deutsche Arbeitsgerichtsverband e. V. sich wieder einmal aktuellen Themen widme.

Zum Tagungsort Halle (Saale) bemerkte *Böger*, er sei sehr froh, dass die 2. Landestagung Sachsen-Anhalt wieder in dieser Stadt durchgeführt werde. Er wies u. a. darauf hin, dass Halle (Saale) vor kurzem den 1.200-jährigen Geburtstag gefeiert hat, in diesem Jahr in der Geburtsstadt von Georg-Friedrich Händel die Händel-Festspiele stattfinden, Halle (Saale) mit der historischen Altstadt das größte Flächenarchitektur-Denkmal Europas besitzt, Halle (Saale) im Jahr 1754 der Promotionsort der ersten deutschen Ärztin Dorothea von Erxleben gewesen ist, Halle (Saale) mit Hans-Dietrich Genscher Weltgeschichte geschrieben hat, Halle (Saale) mit der Martin-Luther-Universität zu Halle-Wittenberg Heimatstadt einer über 500 Jahre alten Universität ist, in Halle (Saale) die bedeutende Gelehrten-gesellschaft Leopoldina ansässig ist, Halle (Saale) mit den Franckeschen Stiftungen - einer Kultureinrichtung europäischen Ausmaßes - mit 110 m das längste Fachwerkhauseuropas und mit dem Naturalienkabinett den ältesten erhaltenen bürgerlichen Museumsraum und mit der Burg Giebichenstein und der Moritzburg sowohl die älteste als auch die jüngste Burg an der Saale besitzt, in Halle (Saale) das älteste Museum für prähistorische Archäologie zu finden ist, in der die berühmte „Sternescheibe“ - Himmelscheibe von Nebra - ausgestellt wird, der Mathematiker Georg Cantor in Halle (Saale) die Mengenlehre entwickelt hat und Halle (Saale) in Bezug auf die Auseinandersetzung zwischen Kardinal Albrecht und Martin Luther die Wiege der Reformation ist.

### **Grußworte des Beigeordneten Egbert Geier und Ministerin der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt Prof. Dr. Angela Kolb**

Der Beigeordnete *Egbert Geier* hieß die Tagungsteilnehmer im Namen der Stadt Halle (Saale) herzlich willkommen und überbrachte die Grüße der Oberbürgermeisterin *Dagmar Szabados*. Anschließend stellte er Halle (Saale) näher vor und zeigte die vielen Facetten dieser geschichtsträchtigen ehemaligen Hansestadt mit

ihren zahlreichen Sehenswürdigkeiten auf. Er hob vor allem die Bedeutung der durch die sogenannte Hallesche Marktplatzverwerfung entstandenen Salzquellen hervor, die auf dem heutigen Gebiet der Stadt Halle (Saale) bereits in der Vorzeit genutzt worden seien. *Geier* vergaß auch nicht, den Unterschied zwischen Hallensern, Halloren und Hallunken zu erläutern.

Als Hallenserin zeigte sich auch die Ministerin der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt *Prof. Dr. Angela Kolb* in ihrem Grußwort sehr erfreut über die Wahl von Halle (Saale) als Veranstaltungsort der 2. Landestagung Sachsen-Anhalt. Sie wies auf die arbeitsrechtliche Ausrichtung der Martin-Luther-Universität zu Halle-Wittenberg hin. Das sehr aktuelle und von den Medien aufgegriffene Thema „Bagatellkündigung“ sei bereits auf einer Tagung der Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter in Sachsen-Anhalt diskutiert worden. Damit würden grundlegende Fragen der Gerechtigkeit angesprochen. Es müsse die öffentliche Debatte angestoßen werden, damit es nicht zu solchen Kündigungen komme. *Kolb* sah Handlungsbedarf des Gesetzgebers und wies in diesem Zusammenhang auf die Gesetzesentwürfe der SPD-Fraktion im Bundestag (Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer - Schutz vor Kündigung wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens) und der Fraktion Die Linke im Bundestag (Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten) hin.

**Vortrag von Prof. Dr. Armin Höland, Martin-Luther-Universität zu Halle-Wittenberg, über das Thema: „Der individuelle Rechtsschutz während des Arbeitsverhältnisses - Schwächen und ihre Gründe“**

*Höland* stellte einleitend fest, dass Rechtsschutz drei Voraussetzungen habe. Dieser erfordere zum Ersten das Recht, das und mit dessen Hilfe zu schützen Anlass bestehe. Für das Arbeitsrecht lasse sich hier kein Mangel feststellen. Gesetzesrecht, Richterrecht, Tarifrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht hielten auf den Ebenen des individuellen wie des kollektiven Arbeitsrechts ein reichhaltiges Angebot vor. Rechtsschutz erfordere zum Zweiten die Institution, die ihn verwirklichen könne. Berufen und legitimiert hierzu sei in einer nach Gewalten geteilten Staatsordnung allein die dritte, die rechtsprechende Gewalt. Diese sei nach Art. 92 GG „den Richtern anvertraut“. Ausgeübt werde sie durch das Bundesverfassungsgericht, durch die im

Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder. *Höland* nannte als dritte Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Rechtsschutzes auf dem Gebiet der Arbeitsgerichtsbarkeit die Nachfrage, das Herantragen von klärungsbedürftigen Problemen an die rechtsprechende Gewalt, die Mobilisierung von Recht. Die dritte Gewalt sei strukturell passiv. Sie reagiere sowohl in den öffentlich-rechtlichen als auch in den privatrechtlichen Gerichtsbarkeiten auf prozessuale Außenreize. Im Unterschied zu den beiden anderen Gewalten, der politisch gestaltenden und der verwaltenden, müsse die rechtsprechende Gewalt angerufen werden. Die fünf Rechtswege im deutschen Gerichtssystem hätten nur eine Richtung. Sie müssten von den Rechtsuchenden hin zum Gericht besritten werden. Im unangenehmeren Fall der Strafgerichtsbarkeit übernehme der Staatsanwalt die Anbahnung. Stets aber verharre das Gericht in einer ihm verfassungs- und gerichtsverfassungsrechtlich zugewiesenen Warteposition. Nur die am Recht interessierte, das Recht in Anspruch nehmende, um Rechtsschutz nachsuchende zivile Gesellschaft sorgte dafür, dass der Rechtsstaat als Rechtsstaat wirken könne. Diesen Zusammenhang habe Rudolf von Jhering klarsichtig formuliert. In seiner 1872 erschienenen Schrift „Der Kampf ums Recht“ habe er geschrieben: „Recht ist unausgesetzte Arbeit, und zwar nicht etwa bloß der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes“.

Unter diesem Gesichtspunkt wies *Höland* auf zwei Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes hin. Die erste Besonderheit sei die ausgeprägte Asymmetrie zwischen den Klagerollen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Urteilsverfahren, in geringerem Umfang im Beschlussverfahren. Gehe man vom Vertragsmodell der abhängigen Arbeit aus, dann sei eine rechtstheoretisch plausible Erwartung die einer annähernden Gleichverteilung von Rechtsschutzbedarf auf beiden Seiten des Austauschvertrags. Tatsächlich jedoch besritten Arbeitgeber den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen höchst seltener als Kläger. Nur jede 50. vor den Arbeitsgerichten erhobene Klage sei im Jahr 2007 von einem Arbeitgeber oder einem Arbeitgeberverband eingereicht worden. Bei den Beschlussverfahren, bei denen die Hypothese der vertraglich verteilten Konfliktchancen im Grundsatz ebenfalls gelte, habe der Anteil der durch die Arbeitgeber bzw. ihre Verbände in Gang gebrachten Beschlussverfahren im Bundesgebiet im Jahr 2007 immerhin 30 % erreicht.

Eine zweite Besonderheit des arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes liege in dem Zeitpunkt der Klageerhebung in den Urteilsverfahren, die im Jahr 2007 insge-

samt 97 % aller Klageeingänge bei den Arbeitsgerichten ausgemacht hätten. Die Mehrzahl der Klagen komme erst am Ende, sei Teil der rechtlichen Aufräumarbeit im Arbeitsverhältnis. In Deutschland würden ca. 70 bis 80 % aller Klagen vor den Arbeitsgerichten wegen oder im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhoben. Ähnliches gelte für die Verfahren vor den französischen Arbeitsgerichten. Nach einer Untersuchung zur Tätigkeit der britischen Employment Tribunals aus dem Jahr 2003 habe die Mehrheit der individuellen Kläger (76 %) das Arbeitsverhältnis vor Klageerhebung beendet, weitere 17 % der Kläger beendeten es nach Klageerhebung. Beiden Besonderheiten wolle er im Folgenden unter Heranziehung von empirischen Erkenntnissen seine Aufmerksamkeit zuwenden.

Im ersten Teil seines Vortrags beschäftigte sich *Höland* mit dem Zugang zum arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz in der Theorie. Der Zugang zum arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz sei in der Theorie einfach und jederzeit offen. Auf dem zur Arbeitsgerichtsbarkeit führenden Rechtsweg werde nur zugelassen, wer Arbeitnehmer sei oder als solcher gelte. Die an sich schon weite Begriffsbestimmung in § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG und die Erweiterung auf die klassischen Übergangsformen der Heimarbeit und der arbeitnehmerähnlichen Personen in der Geltungsfiktion in § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG erleichtern diese Voraussetzung. Die Rechtsprechung zu den immer wieder auftauchenden Zweifelsfällen habe unvermeidlich Kasuistik geschaffen. Diese sei jedoch weniger bunt, als es auf den ersten Blick scheine. Mit Hilfe des Prüfmaßstabs des Grades der persönlichen Abhängigkeit komme die Rechtsprechung zu durchweg nachvollziehbaren Ergebnissen, u. a. für Handelsvertreter, freie Mitarbeiter, Sportler, Franchisenehmer, Chorsänger, Sportredakteure und die variantenreiche Gruppe der Geschäftsführer. Zusätzlich geöffnet worden sei der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen durch das Prüfmerkmal der Doppelrelevanz, das sich hinter der lateinischen Kurzformel „sic non“ verberge. In der Theorie sei der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ein freundlicher, breiter Boulevard.

Anschließend ging *Höland* näher auf den Zugang zum arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz in der Praxis ein. Die Praxis des Zugangs zum arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz sei gekennzeichnet durch eine in der Rechtssoziologie vielfach erforschte Tatsache, die Selektivität, die mehrfach gestufte Auswahl. Bei weitem werde nicht jeder Streit zum Rechtsstreit, bei weitem führte nicht jeder Rechtsstreit zum Gericht und bei weitem ende nicht jedes gerichtliche Verfahren mit einer gerichtlichen

Entscheidung. Dazwischen wirkten zahlreiche „Es-kommt-darauf-an“ sozialer, wirtschaftlicher und persönlicher Art. Selektivität gelte für jedes gerichtliche Verfahren. Sie sei praktisch unverzichtbar. Ohne Selektivität wäre rechtsstaatliche Rechtspflege nicht aufrechtzuerhalten. Die Auswahl- und Zugangsbedingungen seien jedoch nach Gerichtszweigen und Verfahrensarten unterschiedlich. Von Interesse sei an dieser Stelle, welche bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu welchem Zeitpunkt vor die Arbeitsgerichte kämen und welche nicht.

*Höland* war der Ansicht, in zeitlicher Hinsicht lasse sich eine deutliche Verengung des Zugangs zum arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz feststellen. Die Tendenz sei, geklagt werde am Ende des Arbeitsverhältnisses. Möglicherweise werde am Ende des Arbeitsverhältnisses aber nicht nur über sein Ende geklagt, sondern auch über das, was vorher gewesen sei, aber nicht zum Gegenstand eines Rechtsstreits habe gemacht werden sollen. In thematischer Hinsicht sei der Anteil beendigungsbezogener Streitigkeiten groß. Seit den ersten rechtssoziologischen empirischen Untersuchungen arbeitsgerichtlicher Urteilsverfahren in Deutschland zu Beginn der 1950er Jahre sei der Themenmix bei den Streitgegenständen im Wesentlichen stabil geblieben. Im Vordergrund stünden nach wie vor Streitigkeiten über den Bestand des Arbeitsverhältnisses und über die Vergütung. Gehe man von der Aufteilung der von den Arbeitsgerichten erledigten Klagen des Jahres 2007 nach Streitgegenständen aus, so entfielen 48 % und damit ca. die Hälfte auf Bestandsstreitigkeiten (darunter 93 % auf Kündigungen). Etwa 41 % der Erledigungen beträfen Zahlungsklagen, 0,5 % tarifliche Einstufungen und 33,8 % „Sonstiges“. Die Summe der Prozentwerte überschreite 100 %, weil ein gutes Fünftel aller Klagen mehrere Streitgegenstände umfasse.

Danach befasste sich *Höland* mit den Fragen, warum arbeitsgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen wird und warum nicht. Beide Fragen verteilten sich über sehr ungleiche Mengen. Zum Glück für die Funktionsfähigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit wie auch wohl für die Rechtskultur in Deutschland seien Zahl und Anteil derer, die ihre Rechtsprobleme nicht vor die Arbeitsgerichtsbarkeit brächten, in deutlicher Mehrzahl. Repräsentative Daten über das Streitverhalten im Arbeitsverhältnis gebe es nicht. Solche wären im Übrigen auch methodisch nur mit großem Aufwand zu ermitteln. Genaueres wüssten wir hingegen über die Reaktion von Arbeitnehmern auf das vermutlich größte Konfliktereignis im Arbeitsverhältnis, die Kündigung durch den Arbeitgeber. Aus den vorliegenden Daten werde deutlich, dass die

Erhebung einer Klage vor dem Arbeitsgericht ein ausgesprochen seltenes Ereignis sei. Für die Jahre 2001 bis 2003 sei eine Klagequote gekündigter Arbeitnehmer von 12 % ermittelt worden. Für das Verständnis des Klagegeschehens nach der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sei es wichtig zu wissen, wie Arbeitsverhältnisse endeten. Entgegen der durch das gerichtliche Streitgeschehen bestimmten Wahrnehmung stehe nicht die Kündigung durch den Arbeitgeber an erster Stelle. Nach den Auskünften der Arbeitnehmer in den Jahren 2007 und 2008 endeten 31 % der Arbeitsverhältnisse durch Kündigung des Arbeitnehmers, 28 % der Arbeitsverhältnisse durch Kündigung des Arbeitgebers, 26 % der Arbeitsverhältnisse mit dem Auslaufen einer Befristung und 15 % der Arbeitsverhältnisse mit einvernehmlicher Aufhebung des Arbeitsvertrags. Unter der Fragestellung der Effektivität arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes sei die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung des Arbeitnehmers jedenfalls im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses allem Anschein nach nicht problematisch. Wer selbst kündigt, erwecke nicht den Eindruck, rechtsschutzbedürftig zu sein, jedenfalls nicht im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Im Grundsatz gleich zu bewerten sei der Aufhebungsvertrag. Er habe die Vermutung des beiderseitigen Einverständnisses für sich. Das gelte weniger für das Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrags und noch weniger für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, die folgerichtig auf einem vorderen Platz bei den vor die Arbeitsgerichte gebrachten Rechtsstreitigkeiten lande.

*Höland* stellte fest, noch schwieriger als die Ermittlung der Gründe, die Arbeitnehmer veranlassten, Klage gegen ihren Arbeitgeber zu erheben, sei die Ermittlung der Gründe dafür, es nicht zu tun. Eine in den Jahren 2007 und 2008 durchgeführte Beendigungsbefragung gebe eine repräsentative Auskunft. Anhand einer Tabelle erläuterte *Höland* zunächst ausführlich die Gründe, die Arbeitnehmer von der Erhebung einer Klage abhielten. Als beruhigend werte er die Auskunft von etwas mehr als der Hälfte aller antwortenden Arbeitnehmer mit beendetem Arbeitsverhältnis, dass sich gegen die Kündigung bzw. gegen die Befristung wenig einwenden ließe. Es sei eine rationale und rechtsstaatlich unbedenkliche Entscheidung, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber hinzunehmen. Nicht beruhigen könnten hingegen die Auskünfte: „Weiterarbeiten in dem Betrieb ist unvorstellbar“, „Unzufriedenheit mit dem Arbeitsplatz schon vor der Kündigung bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses“, „Scheu vor gerichtlicher Auseinandersetzung“, „Arbeitnehmer wollte

sich keine Chance vertun“ und die glücklicherweise schwach besetzte Begründung „Kein Vertrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts“. Diese von zusammen genommen 81 % aller antwortenden Arbeitnehmer erteilten Auskünfte hinterließen den Eindruck, dass eine frühere Behandlung vorhandener Konflikte im Arbeitsverhältnis die skeptischen oder resignierten Erfahrungen von Arbeitnehmern nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte vermeiden können. Eine für die Interpretation offene Mittelposition nähmen die restlichen Auskünfte ein, wie das Abraten vom Rechtsstreit, die optimistische Erwartung, ein gleichwertiger Arbeitsplatz lasse sich immer finden oder vorübergehende Arbeitslosigkeit mache nichts aus.

Mit Hilfe einer weiteren Tabelle ging *Höland* sodann der Frage nach, warum Arbeitnehmer wegen der Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber klagten. Hier steche für das Jahr 1978 ein Wert hervor, der in keinem Lehrbuch zum arbeitsgerichtlichen Verfahren enthalten sei. Mehr als die Hälfte der klagenden Arbeitnehmer - bei einer außerordentlichen Kündigung mehr als 60 % der Arbeitnehmer - habe dem Arbeitgeber mit der Klage vor allem zeigen wollen, dass er nicht machen könne, was er wolle. Das Erteilen von Lehren sei allerdings kein zulässiges Klagemotiv. Würde die Klageerhebung offiziell damit begründet, müsste man die Zulässigkeit der Klage unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses in Zweifel ziehen. Die Aussage sei jedoch nicht als Ausdruck von Rechthaberei und Rache sucht gekündigter Arbeitnehmer zu verstehen. Dieses Klagemotiv bringe vielmehr enttäuschte Erwartung zum Ausdruck, die Erwartung des Fortbestands der Arbeitsvertragsbeziehung. In moderner Sprache seien Arbeitsverträge implizite oder psychologische Verträge. Als implizite Verträge seien sie in besonderem Maße abhängig von Erwartungssicherheit. Eine Schlüsselrolle spiele die Reziprozität, die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen. Sie bilde eine den Austausch sichernde und das längerfristige Engagement der Beteiligten motivierende Bedingung der Leistungserbringung. Gegen die Reziprozitätserwartung der Arbeitsvertragsparteien setze die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber das Signal des Abbruchs der Arbeitsbeziehung. Das werde, vor allem bei verhaltens- und personenbedingten Kündigungen, häufig als nicht fair empfunden. Die dagegen erhobene Klage enthalte damit, ungeachtet ihres rechtstechnischen Klageziels der Feststellung nach § 4 Satz 1 KSchG, auch die Rüge verletzter Fairness. Das bringe die Antwortvorgabe zum Ausdruck: „Ich wollte vor allem meinem Arbeitgeber zeigen, dass er nicht machen kann, was er will.“ Zugleich mache die stark besetzte Antwort deutlich, welche



Bedeutung Fairnessvorstellungen im Arbeitsverhältnis hätten. Dass ihre Verletzung häufig erst im Zusammenhang mit der Kündigung und damit in bilanzierender Rückschau zum Thema gemacht werde, lasse sich als eine Schwäche des erst jetzt eingreifenden arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes notieren.

Die empirischen Erkenntnisse fasste *Höland* zu dem Zwischenfazit zusammen: Die Arbeitsgerichtsbarkeit weist eine stark asymmetrische Klägerstruktur auf. Im Urteilsverfahren mit ihrem Schwerpunkt auf bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern erscheinen in der Klägerrolle fast ausschließlich Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht. Das verweist auf vor- und ausgelagerte Problemlösungsmöglichkeiten für die andere Vertragspartei, den Arbeitgeber. Allem Anschein nach benötigen Arbeitgeber das arbeitsgerichtliche Verfahren nicht. Das kann mehrere Gründe haben: Arbeitgeber haben typischerweise keine bzw. keine den Aufwand eines gerichtlichen Verfahrens lohnenden Rechtsprobleme oder sie haben aus dem Arbeitsvertragsverhältnis entspringende Probleme, verfügen jedoch über andere Mittel der Problemlösung, oder sie verlagern, wie bei der Kündigung, die Klagelast auf die andere Vertragspartei. Möglicherweise haben Arbeitgeber auch in die Problemlösungsfähigkeit der Gerichte für Arbeitssachen wenig Vertrauen und vermeiden deshalb diesen Rechtsweg.

Zur zeitlichen Verdichtung von Klageereignissen im Zusammenhang mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses bemerkte *Höland*, die individuelle gerichtliche Geltendmachung erscheine typischerweise aufgespart bis zur Endphase des bereits gekündigten oder von Kündigung akut bedrohten Arbeitsverhältnisses. Zwar gebe es auch Klagen von Arbeitnehmern gegen ihren Arbeitgeber während des laufenden, nicht bedrohten Arbeitsverhältnisses. Dennoch lasse sich als typisierbarer Befund das Bemühen um Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzung während des Arbeitsverhältnisses feststellen. Das Ausbleiben gerichtlicher Klagen während einer rechtlichen und sozialen Beziehung sei nichts Pathologisches. Lebenserfahrung und Anschein sprächen im Gegenteil für ein anthropologisch konstantes Vermeiden oder Geringhalten von Streit. Was bei der Analyse empirischer Daten zum Streit- und Klageverhalten im Arbeitsverhältnis zu denken geben müsse, sei vielmehr die Beobachtung, dass es zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern tatsächlich Streit gebe, der jedoch häufig erst am Ende oder wegen des Endes des Arbeitsverhältnisses vor die Gerichte gebracht werde.

Zur Erklärung dieser Empirie ging *Höland* zunächst auf den Arbeitsvertrag als rechtliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses ein. Seiner privatrechtlichen Idee nach sei der Arbeitsvertrag wie jeder Vertrag die optimale Koordination von Interessen, Erwartungen und Zugeständnissen von zwei (oder mehr) Parteien. Etymologisch gesehen sei der Vertrag ein Mittel, um sich zu vertragen. Abstrakt gesehen sei der Arbeitsvertrag ein normaler Austauschvertrag, ein Derivat des Dienstvertrags und damit nichts Besonderes. Bei typisierender Betrachtung sei der Arbeitsvertrag jedoch aus vier Gründen doch etwas Besonderes.

Zum Ersten und rein rechtlich kennzeichne den Arbeitsvertrag die Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers. Daher entstünden Streitigkeiten in der Regel zu einem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer bereits geleistet habe, der Arbeitgeber jedoch noch nicht. Zum Zweiten unterliege der Arbeitsvertrag in besonderem Maße den Bedingungen und Wirkungen der nicht-vertraglichen Elemente des Vertrags. Jeder Vertragsschluss eröffne eine rechtliche und soziale Beziehung zu einem anderen, die sich aus Elementen des Vorhergesehenen und des nicht Vorhergesehenen zusammensetze. Das Vorhergesehene könne überwältigend groß, das nicht Vorhergesehene verschwindend gering sein. Das sei gewöhnlich der Fall bei Verträgen, deren Bedingungen hoch standardisiert seien und die sich innerhalb kürzester Zeit auf den gegliederten Märkten der Waren- und Dienstleistungswirtschaft vollzögen. Der Anteil des nicht Vorhergesehenen könne umgekehrt aber auch groß und die Erwartungssicherheit entsprechend gering sein. Das werde typischerweise bei Verträgen der Fall sein, deren Durchführung eine gewisse Zeit in Anspruch nehme und die in stärkerem Maße von persönlichen Voraussetzungen der mitwirkenden Parteien abhängen. Der Arbeitsvertrag sei hierfür ein Beispiel. Wie sich der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossene Austauschvertrag tatsächlich entwickeln werde, sei für beide Seiten nur begrenzt vorhersehbar. Ein Teil der Ungewissheit könne an das gesetzliche Vertragsrecht abgegeben werden, an den Allgemeinen Teil des BGB, an die §§ 611 ff. BGB, an das sonstige schützende und regulierende Arbeitsrecht und an das durch die Kollektivvertragsparteien erzeugte und fortwährend aktualisierte Recht.

Als dritte Besonderheit des Arbeitsvertrags nannte *Höland*, dass Arbeitsverträge sind interessenbestimmte Verträge sind und das Interesse des Arbeitgebers als derjenigen Vertragspartei, die sämtliche Ressourcen für die Vertragserfüllung bereithält, im Regelfall deutlich überwiegen wird. Hinzu komme der durch das Sozialrecht

verstärkte Zeitdruck für Arbeitsuchende. In der Arbeitsvertragssituation des Arbeitnehmers könne ein Potential für eine „strukturelle Störung“ gesehen werden. Das Bundesverfassungsgericht gehe von der strukturellen Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen und einer Störung des Verhandlungsgleichgewichts aus. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehle, sei mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Das sei bei Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise der Fall. Als vierte Besonderheit des Arbeitsvertrags führte *Höland* an, dass der Arbeitnehmer im Unterschied zu anderen Sachleistungsschuldern des Bürgerlichen Rechts nichts außer sich selbst habe. Das „Selbst“ möge gut qualifiziert, hochschulgebildet, fort- und weitergebildet, erfahren und „belastbar“ sein. Dies ändere jedoch nichts daran, dass ein Konflikt aus dem Arbeitsvertragsverhältnis sogleich und unmittelbar die Arbeitsperson ergreife. Das sei eine die Klagebereitschaft erschwerende Bedingung. Wer gleichsam sich selbst zum Streitgegenstand machen müsse, werde eine Klageerhebung sorgfältiger abwägen.

Im Anschluss daran befasste sich *Höland* mit dem Arbeitsverhältnis als Herrschaftsverhältnis. Der Arbeitsvertrag unterscheide sich von dem im BGB allein typisierten und geregelten Dienstvertrag des § 611 BGB durch das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit. In seit Jahrzehnten gut ausgeschliffenen Formulierungen sehe die Rechtsprechung als Arbeitnehmer an, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sei. In § 106 GewO habe das Weisungsrecht des Arbeitgebers eine eigenständige gesetzliche Regelung gefunden. Damit sei die allgemeine Vorschrift der einseitigen Leistungsbestimmung in § 315 BGB arbeitsrechtsspezifisch konkretisiert worden. Die privatautonome Unterstellung unter ein Herrschaftsverhältnis erzeuge in einer gegenüber Herrschaftsausübung und Fremdbestimmung sensibel gewordenen Bürgergesellschaft ein gehaltvolles Spannungsverhältnis. Die Freiheitsgrade seien innerhalb des Arbeitsverhältnisses im Vergleich zu den sonstigen politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Rollen der Bürgerinnen und Bürger spürbar eingeschränkt. *Höland* warf die Frage auf, ob hieraus ein Verzicht auf Rechtsschutzangebote im Konfliktfall folgen könne. Nach seiner Ansicht spricht schon die sozialpsychologische Intuition dafür, dass es regelmäßig schwerer fallen wird, sich innerhalb von Herrschaftsbeziehungen zu widersetzen oder gar den Beherrscher, wenn auch mit den Mitteln des Rechts, anzugreifen. Das gelte

auch für das moderne Arbeitsverhältnis, auch wenn hier der Herrschaftscharakter häufig nicht auf der Oberfläche liege, sondern sich hinter aufgabenbezogenem Management, modernisierten Tätigkeitsbeschreibungen, Dienst- und Organisationsplänen, Gruppenstrukturen und anderen Formen der Zivilisierung von Arbeitgebermacht verberge. Wer beherrscht werde, sich jedenfalls beherrscht fühle, werde nicht leichtfertig einen Streit vom Zaune brechen.

Zur Funktion des Arbeitsverhältnisses als Versorgungsverhältnis bemerkte *Höland*, dass Arbeitnehmer typischerweise für sich und ihre Familie ausschließlich oder ganz überwiegend auf die Vergütung aus dem Arbeitsverhältnis angewiesen sind. Damit erfasse jeder Rechtsstreit mit dem Arbeitgeber unvermeidlich auch die Versorgungsdimension des Arbeitsverhältnisses. Im Grundsatz dürfte es im ungekündigten Arbeitsverhältnis zwischen der Austragung eines Streits mit dem Arbeitgeber und dem Bestand des Arbeitsverhältnisses keinen Zusammenhang geben. In der Praxis hingegen herrsche bei Arbeitnehmern nach allen Erfahrungen zu Recht die Sorge vor, dass der Rechtsstreit mit ihrem Arbeitgeber als Angriff und als Illoyalität wahrgenommen und offen oder versteckt sanktioniert werden könnte. Die Sorge um den Fortbestand der Versorgungsbeziehung sei nicht unbegründet. Gesetzliche Bestätigung hierfür finde sich u. a. in den Benachteiligungsverboten bei Beschwerden.

Nach Ansicht des Referenten sind für das Verständnis der Austragung von Streitigkeiten während des Arbeitsverhältnisses auch bestimmte Wirklichkeitsbedingungen zu beachten. Es gehöre zu den gesicherten Forschungserkenntnissen der Rechts- und Konfliktsoziologie, dass Menschen in dauerhaften Sozialbeziehungen es im Falle von Streitigkeiten nach Möglichkeit vermieden, sich auf Recht zu beziehen oder gar den Streit vor ein Gericht zu bringen. Das gelte z. B. auch für langjährige Geschäftsbeziehungen von Unternehmen, für Wohnungseigentümergeinschaften, Personengesellschaften, Vereine und Familien. Ums Recht kämpfe es sich leichter, wenn man das Gegenüber nicht persönlich kenne und jedenfalls nicht mit ihm auf dauerhafte Weise rechtlich verbunden sei. Einen empirischen Beleg für diese soziale Regel fände sich im Zusammenhang von Klagebereitschaft und Betriebsgröße. Die Häufigkeit der Klageerhebung steige mit der Betriebsgröße an. Mit einem fernen und anonymen Gegner, wie dem Versandhändler, dem Mobilfunk-Betreiber, der Reiseversicherungs-AG oder der Hausbank zu streiten, falle leichter, als sich dem Chef und Inhaber des Betriebs als Kampfgegner vorstellen zu müssen. Folge dieser Wirklichkeitsbedingungen, durch welche eine zeitnahe und lokale Bearbeitung von Kon-

flikten im Arbeitsleben gehemmt werde, sei das Aufsparen von Konfliktgeschichten bis zum eingetretenen oder absehbaren Ende des Arbeitsverhältnisses. Der Streit werde im Arbeitsgerichtsverfahren für gewöhnlich am Ende und vom Ende her nach vorne entfaltet.

Als Fazit hielt *Höland* fest, das Angebot der Arbeitsgerichtsbarkeit zur Streitentscheidung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sei effizient, professionell und gesellschaftlich akzeptiert, komme aber für eine große Zahl von Konflikten zu spät. Das Rechtsschutzangebot der Arbeitsgerichtsbarkeit erweise sich insoweit als unzureichend. Dieser Mangel sei nicht dem System der Arbeitsgerichtsbarkeit anzulasten. Die Gerichte seien darauf angewiesen, dass das Recht zu ihnen hin mobilisiert, dass ums Recht gekämpft werde. Entwicklungsbedürftig sei die Konfliktbearbeitung vor der Schwelle zum Gericht. *Höland* schlug vor, über zwei strategische Optionen nachzudenken, die Verstärkung kollektivrechtlicher Klagemöglichkeiten im Arbeitsvertragsverhältnis und den Ausbau betriebsnaher Streitbeilegungsverfahren.

Der kollektive Rechtsschutz könnte vorhandene oder vermeintliche Gerechtigkeitslücken im System des individuellen Rechtsschutzes schließen. Das Arbeitsrecht gehöre zu denjenigen Rechtsgebieten, die in ihrer modernen Entwicklung immer stärker auch eine überindividuelle Zielsetzung und damit ein Sachinteresse der Allgemeinheit an der Funktionsfähigkeit der objektiven Gesamtrechtsordnung erkennen ließen. In Anbetracht des teilweise defizitären Rechtsschutzes bei individuellen Streitigkeiten während des Arbeitsverhältnisses lasse sich ein ergänzendes Angebot an kollektivem Rechtsschutz oder Rechtsbeistand gut begründen. Einen Schritt in diese Richtung mache das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) mit der in § 23 Abs. 2 AGG erteilten Befugnis für Antidiskriminierungsverbände, im Rahmen ihres Satzungszwecks in gerichtlichen Verfahren als Beistände Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten. Ebenfalls in das gesetzgeberische Konzept des kollektiven Rechtsschutzes gehöre das Klagerecht nach § 63 SGB IX von Verbänden, die nach ihrer Satzung behinderte Menschen auf Bundes- oder Landesebene verträten und nicht selbst am Prozess beteiligt seien. Schon diese beiden Hinweise machten deutlich, dass der Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes auch im Arbeits- und Sozialrecht weder neu noch systemwidrig wäre. Voraussetzung wäre die Übertragung einer Klagebefugnis an „qualifizierte Einrichtungen“. Der Vorzug dieses Ansatzes liege in einer überindividuellen Arbeitsrechtspflege. Sie nähme zwar konkrete Konflikte und

arbeitsrechtswidrige Praktiken zum Anlass, könnte aber über den Einzelfall hinaus allgemeine Verbindlichkeit erreichen. Die unzureichende Befriedungsfunktion im Einzelfall und die fehlende automatische Erstreckung der Bindungswirkung der Entscheidung auf vergleichbare Streitfälle könnten sich allerdings als Nachteil erweisen.

*Höland* hielt es für sinnvoll, in Ergänzung zum Rechtsschutzschirm der Arbeitsgerichtsbarkeit betriebsnahe Konfliktlösungsangebote zu entwickeln bzw. auszubauen. Die Beilegung individueller arbeitsbezogener Konflikte könnte durch einfach zugängliche, früh einsetzende und betriebsnah verortete Angebote verbessert werden. Eine interessante Anregung bietet die Rechtsentwicklung in Großbritannien. Ein im März 2007 für das britische Department of Trade and Industry erstelltes Gutachten zur Verbesserung der Streitbeilegung in Arbeitsverhältnissen empfehle eine frühe, einfache und innerbetriebliche Konfliktlösung. Dem deutschen Arbeitsrecht sei dieser Ansatz keineswegs fremd. Im Bereich der Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG wie auch bei sonstigen Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat könne die Einigungsstelle als selbstständige Schlichtungsstelle der Betriebsverfassung angerufen werden. Hinzu kämen betriebliche Beschwerderechte, vor allem nach den §§ 84, 85 BetrVG und nach § 13 AGG. Allerdings werde das Recht zur Beschwerde das betriebliche Konfliktgeschehen aus zwei theoretischen Gründen nicht ausschöpfen können. Zum Ersten existierten in Deutschland nur in 10 % aller betriebsratsfähigen Betriebe Betriebsräte. Zum Zweiten trafen der Begriff und der Vorgang der Beschwerde nur einen, vermutlich kleinen Teil des betrieblichen Konfliktgeschehens. Es bleibe vieles, was von Beschäftigten als Konflikt empfunden, aber nicht in eine „Beschwerde“ übersetzt werde. Für einen Großteil betrieblicher Alltagskonflikte dürfte gelten, dass es für sie keine Verfahrensangebote gebe. Für einen Teil wiederum würde das unschädlich sein, weil sich die Konflikte auch anders erledigen ließen. Es werde nicht für jede Auseinandersetzung mit Vorgesetzten oder Kollegen einen Mediator gebraucht. Aus dem nicht erledigten Rest verbliebe aber immerhin noch so viel, dass es sich lohne, über die Entwicklung betrieblicher Streitbeilegungsverfahren nachzudenken. Es sei allemal besser, die Konflikte im zeitlichen und räumlichen Zusammenhang des laufenden Arbeitsverhältnisses zu bearbeiten als sie am Ende des Arbeitsverhältnisses zum Thema eines dann zornigen Rückblicks zu machen.

*Böger* dankte dem Referenten für den mit großem Beifall aufgenommenen Vortrag. An diesen schloss sich eine rege Aussprache an. Danach entließ der Tagungsleiter die Teilnehmer in die Mittagspause.

### **Referate zum Thema Kündigungen wegen Verletzung von Eigentumsrechten - auch bei keinem oder geringem Schaden?“**

Nach der Mittagspause wurde die Tagung gegen 13:30 Uhr mit Referaten zum Thema „Kündigungen wegen Verletzung von Eigentumsrechten - auch bei keinem oder geringem Schaden?“ fortgesetzt.

*Jeanette Reese* von den Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbänden Sachsen-Anhalt e. V. stellte zunächst fest, dass ihr als Arbeitgebervertreterin jedenfalls aus emotionaler Sicht der schwierigere Part zugeteilt worden sei. Komme das Gespräch auf das heutige Thema, höre sie immer wieder Aussagen wie z. B.: „Es kann ja aber auch nicht sein, dass Manager Hunderte von Millionen Euro an eine bankrotte Bank überweisen und noch in ihren Ämtern sind, oder Banker ihre Firmen in den Ruin fahren und dennoch millionenschwere Abfindungen erhalten, Arbeitnehmer hingegen bei der Verwertung von Pfandbons im Wert von 1,30 Euro oder beim Verzehren von Frikadellen am Arbeitsplatz oder beim Trinken einer Tasse Kaffee ihren Arbeitsplatz sofort verlieren.“ Wenn sie erwidert habe, dies müsse sogar so sein, sei sie sehr schnell in Erklärungsnot geraten. Das Gerechtigkeitsgefühl sei hier ein anderes. Dies habe einige Politiker zu unsachgemäßen öffentlichen Äußerungen und Justizangehörige zur Verteidigung bislang geltenden Rechts veranlasst. Ausgelöst habe diese Erörterung eine Frau, die es ihrer Meinung nach nicht verdient habe, diese Wertediskussion angeschoben zu haben.

*Reese* war der Ansicht, die Diskussion dürfe nicht dazu führen, dass die seit 1954 eindeutige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei Verletzung von Eigentumsrechten des Arbeitgebers ins Wanken gerate. Strafbare Handlungen des Arbeitnehmers zum Nachteil des Arbeitgebers müssten auch dann, wenn es um sehr geringe Werte gehe, immer ein an sich geeigneter Grund für eine fristlose Kündigung sein. Das Eigentum des Arbeitgebers dürfe nicht, auch nicht zu einem Bruchteil, zur Disposition der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer stehen. Dazu wolle sie vier Problemkreise ansprechen, nämlich die zweigeteilte Prüfungssystematik des außeror-

dentlichen Kündigungsgrundes des § 626 Abs. 1 BGB, die Notwendigkeit einer Abmahnung, die Einführung einer Bagatellgrenze und schließlich das Instrument der Verdachtskündigung.

Die zweigeteilte Überprüfungssystematik des außerordentlichen Kündigungsgrundes des § 626 Abs. 1 BGB führt nach Ansicht der Referentin zu gerechten Entscheidungen im Einzelfall. Bereits 1984 habe sich das Bundesarbeitsgericht mit der rechtlichen Kritik auseinandersetzen müssen, es komme bei sogenannten Bagatellkündigungen auf die Höhe des Schadens an. Bereits damals habe das Bundesarbeitsgericht klare Worte bezüglich dieser Kritik gefunden und sei bei der zweigeteilten Prüfungssystematik geblieben. Im Rahmen der ersten Prüfungsstufe, ob es einen an sich geeigneten Kündigungsgrund gebe, müsse eine generelle Betrachtung vorgenommen werden. Hier sollten allgemeine Grundsätze aufgestellt werden, die den unbestimmten Rechtsbegriff „wichtiger Grund“ im Interesse der Rechtssicherheit „handhabbar“ machten. Bei der zweiten Stufe, der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Interessenabwägung, müsse dann geprüft werden, ob die ausgesprochene Kündigung tatsächlich gerechtfertigt sei. Die Frage, ob ein Gegenstand einen geringen Wert habe, sei eine Wertungsfrage. Diese Frage habe bei der abstrakten Prüfung im Rahmen der ersten Stufe nichts zu suchen. Wertgrenzen würden individuell unterschiedlich gezogen, nicht nur durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch innerhalb von Arbeitnehmergruppen oder gar Branchen. Das Prüfungssystem würde durchbrochen und damit nutzlos werden.

Es gebe auch Fälle, in denen die Verletzung von Eigentumsrechten des Arbeitgebers nicht zu einer gerechtfertigten Kündigung geführt habe. Bezüglich der Mitnahme eines Kinderbetts aus dem Müll eines Entsorgungsunternehmens sei das Arbeitsgericht Mannheim im Juli 2009 zwar davon ausgegangen, dass Eigentumsdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers regelmäßig geeignet seien, einen außerordentlichen Kündigungsgrund abzugeben. Im Rahmen der Interessenabwägung und der Prüfung des Einzelfalls habe das Arbeitsgericht Mannheim aber dann festgestellt, dass die Kündigung nicht rechtmäßig sei, weil es keine eindeutigen betrieblichen Regeln hinsichtlich der Mitnahme noch brauchbarer Gegenstände aus dem Müll gegeben und es deshalb am Unrechtsbewusstsein gefehlt habe. Das Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt habe im Jahr 2005 bei der Erschleichung einer unentgeltlichen Paketbeförderung im Wert von 2,50 Euro ähnlich entschieden. Diese Beispiele zeigten, dass die meisten arbeitsgerichtlichen Entscheidungen ausgewogen und sorgfältig



tig begründet seien und umfassende Interessenabwägungen tatsächlich stattfänden. Vertrauensverlust sei nicht das allumfassende arbeitgeberseitige „Totschlagmittel“, um Prozesse zu gewinnen. Verantwortungsvolle Gerichte lösten Arbeitsverhältnisse nur dann auf, wenn es an einer positiven Vertrauensprognose fehle. Gegenseitiges Vertrauen sei bei einem Dauerschuldverhältnis notwendig. Bei einer Kassiererin dürfe absolute Zuverlässigkeit und Korrektheit erwartet werden. Korrektes Verhalten sei unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit einer Kassiererin und hänge nicht vom Wert einer Sache ab. In dem vom Arbeitsgericht Lörrach im Oktober 2009 entschiedenen „Maultaschenfall“ seien eindeutige Regeln des Arbeitgebers wissentlich verletzt worden. Obwohl es den Arbeitnehmern nicht gestattet gewesen sei, Reste aus der Bewohnerverpflegung zu verzehren, habe die gekündigte Arbeitnehmerin sechs Maultaschen, abgedeckt mit Folie und einer Zeitung, in einer Jutetasche verstaut. Zwei solcher Maultaschen stellten eine Hauptmahlzeit dar, so dass ihr Einwand, sie habe die Maultaschen essen wollen, nicht gegriffen habe.

*Reese* vertrat die Auffassung, dass der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung wegen eines Eigentums- oder Vermögensdelikts auch bei keinem oder nur geringem Schaden nicht stets eine vorangegangene Abmahnung erfordere. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bleibe gewahrt. Bei besonders schwerwiegenden Verstößen, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar sei und bei denen es offensichtlich sei, dass der Arbeitgeber sie nicht hinnehme, sei eine Abmahnung nicht erforderlich. In solchen Fällen wüssten die Arbeitnehmer, dass sie auch bei geringfügigen Vermögenseingriffen zu Lasten des Arbeitgebers ihr Arbeitsverhältnis aufs Spiel setzten. Wenn eine Kündigung wegen Vermögens- oder Eigentumsdelikten ohne vorangegangene Abmahnung gemäß den Gesetzesentwürfen der SPD-Bundestagsfraktion und der Fraktion der Linken als nicht gerechtfertigt angesehen würde, gewährte man einem Arbeitnehmer das Recht der ersten Tat bzw. das Recht auf „viele kleine Taten“, bis er erstmals erwischt werde.

Die Einführung einer Bagatellgrenze ist nach Auffassung der Referentin keine Lösung. Die Verletzung von Eigentumsrechten sei auch nicht straffrei, wenn sie geringwertige Sachen betreffe. Lediglich die Strafverfolgung hänge von der Stellung eines Strafantrags oder dem Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses ab. Wer eine Bagatellgrenze fordere, verschiebe bloß die Probleme und schaffe absolute Kündigungsgründe, die eine Interessenabwägung obsolet machten. *Reese* warf die Fragen auf, wo eine solche Grenze sinnvollerweise zu ziehen sei und was passieren

solle, wenn sie geringfügig überschritten werde? Sarkastisch könne man auch fragen, ob eine Bagatellgrenze in beide Richtungen wirke und ein Arbeitgeber das Eigentum seiner Arbeitnehmer in Höhe der Bagatellgrenze für sich verwerten dürfe?

Eine Abschaffung der Verdachtskündigung hielt *Reese* nicht für geboten. Einer Verdachtskündigung wohne naturgemäß das gesteigerte Risiko inne, dass ein Unschuldiger seinen Arbeitsplatz verliere. Die Verdachtskündigung sei aber nicht die Reaktion auf eine vermeintliche Straftat, sondern eine Reaktion auf die von einem Verdacht ausgehende Wirkung auf das Arbeitsverhältnis, nämlich dem Vertrauensverlust. Die Referentin erinnerte an die hohen Anforderungen, die an eine Verdachtskündigung zu stellen sind, und führte als Beleg für das Erfordernis, eine Kündigung auf den dringenden Verdacht einer Straftat stützen zu dürfen, den Fall an, über den das Landesarbeitsgericht Köln am 16. Januar 2007 (- 9 Sa 1033/06 -) zu entscheiden hatte. Ein Kundendienstmonteur habe bei einem Internetauktionenhaus zehn Verkaufsartikel (Telefonkabel, Aufputz- und Unterputzdosen, Telefonapparate) als neu und originalverpackt äußerst günstig zum Kauf angeboten. „Zufällig“ seien es genau solche Artikel gewesen, die ihm auch sein Arbeitgeber für seine dienstliche Tätigkeit zur Verfügung gestellt habe. Auf Nachfrage habe der Kundendienstmonteur erklärt, er habe die Sachen auf Flohmärkten erstanden oder in öffentlichen Mülltonnen gefunden. Das Beurteilungssystem des Auktionenhauses habe dem Monteur 763 positive Bewertungen für gute Ware und schnelle Lieferung bescheinigt. Sein Arbeitgeber habe eine Verdachtskündigung ausgesprochen, die in zwei Instanzen „gehalten“ habe.

Als Fazit hielt *Reese* unter Hinweis auf eine Äußerung der Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts *Ingrid Schmidt* fest: „Missbräuchliche Kündigungen wegen Verletzung von Eigentums- und Vermögensdelikten sind bereits nach geltendem Recht ausgeschlossen und Eigentums- und Vermögensdelikte sind keine Bagatel-len.“

*Norbert Schuster* von der IG BCE Hauptverwaltung, Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, warf als Vertreter der Arbeitnehmerseite zunächst die Frage auf: Wie verträgt sich die soziale Schutzfunktion des Kündigungsrechts mit dem Nulltoleranzprinzip, soweit es um Vermögen des Arbeitgebers geht? Er wies darauf hin, dass in den Entscheidungsbegründungen mit Recht nicht auf die Bewertung der Vergangenheit, sondern auf die Wiederholungsgefahr und negative Zukunftsprognose abgestellt

werde und fragte, warum diese bei Bagatellkündigungen per se indiziert würden. Hier werde wohl mit der Unterstellung gearbeitet, dass mit einer entdeckten Wegnahme geringwertiger Dinge automatisch auf künftige Diebeszüge geschlossen werden könne.

Wenn Vertrauen als Glauben an die Gutwilligkeit, Loyalität und Redlichkeit des Arbeitnehmers definiert werde, stellen sich nach Ansicht *Schusters* die Fragen, ob dies nicht auch umgekehrt für das Vertrauen des Arbeitnehmers auf guten Lohn für gute Arbeit, auf einen sicheren Arbeitsplatz und auf humane Arbeitsbedingungen gelte und warum verlorengangenes Vertrauen nicht zurückgewonnen werden könne?

Hinsichtlich des Erfordernisses einer Abmahnung vor dem Ausspruch einer Kündigung war *Schuster* der Auffassung, dass sich die Parameter nach der Schuldrechtsreform über § 314 Abs. 2 BGB verschoben hätten. Eine Abmahnung sei Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dies bedeute, dass es vor dem Ausspruch einer Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens grundsätzlich einer Abmahnung bedürfe. Dies müsse auch bei Bagatellkündigungen gelten. Die Differenzierung zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich sei schlicht nicht mehr haltbar. Selbst wenn das Vertrauen des Arbeitgebers gelitten habe, rechtfertigte dies keine fristlose Kündigung ohne vorgeschaltete Abmahnung. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 BGB und die Entbehrlichkeit einer Abmahnung könnten nur dann angenommen werden, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft - trotz Abmahnung - nicht erwartet werden könne oder es sich um eine solch schwere Pflichtverletzung handelte, deren Rechtswidrigkeit für die Vertragspartner ohne Weiteres erkennbar sei, oder wenn die Vertrauensgrundlage derart erschüttert sei, dass sie auch durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden könne. Das Abmahnerfordernis bestehe also ausnahmsweise dann nicht, wenn die Abmahnung von vornherein nicht erfolgversprechend sei. Dies könne bei Bagatellkündigungen im Regelfall nicht angenommen werden. *Schuster* fragte: „Welcher nicht kleptomane Arbeitnehmer verhält sich trotz Abmahnung weiterhin vertragswidrig und setzt seinen Arbeitsplatz aufs Spiel?“

Der Referent war der Auffassung, die Arbeitsgerichtsbarkeit könne die breite öffentliche Debatte über Bagatellkündigungen nicht negieren. Es bestehe nicht nur eine gefühlte, sondern existiere tatsächlich eine Gerechtigkeitslücke. Nicht nur in Zeiten der Krise sei der Vorwandcharakter von Bagatellkündigungen offenkundig. Man möge über die Gesetzentwürfe der SPD-Bundestagsfraktion und der Fraktion der

Linken denken wie man wolle. Die mit diesen Entwürfen zum Ausdruck gebrachten Defizite in der Rechtsprechung seien ernst zu nehmen. Einer Bagatellgrenze bedürfe es allerdings nicht. Eine derartige Grenze sei praxisuntauglich und deshalb nicht empfehlenswert. Als Fazit stellte *Schuster* fest, es sei ein Umdenken im Sinne von mehr Differenzierung, mehr Verhältnismäßigkeit, mehr Abmahnung und mehr Augenmaß erforderlich.

In der sich anschließenden regen Aussprache mit dem Plenum wurden Fragen wie das Erfordernis einer Abmahnung vor dem Ausspruch einer Kündigung wegen Verletzung von Eigentums- oder Vermögensdelikten, die Sinnhaftigkeit einer Bagatellgrenze und die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung diskutiert. Einigkeit bestand darüber, dass die Regeln von „mein“ und „dein“ auch im Arbeitsverhältnis eingehalten werden müssen und klare und eindeutige Vorgaben des Arbeitgebers, was er gestattet und was nicht, dazu beitragen könnten, die Verletzung seiner Eigentums- oder Vermögensrechte zu verhindern.

Gegen 15:30 Uhr schloss Tagungsleiter *Böger* mit dem Dank an alle Referenten und Tagungsteilnehmer die 2. Landestagung Sachsen-Anhalt.

Dr. Gernot Brühler