

37. Ortstagung Köln am 09.11.2010

Der Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Köln *Dr. Heinz-Jürgen Kalb* konnte bei der Fortsetzung der Kölner Veranstaltungsreihe rund 160 Teilnehmer im nahezu vollbesetzten Merkens-Saal der Industrie- und Handelskammer zu Köln begrüßen. Besonders herzlich hieß er die beiden Ehrenpräsidenten des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. *Prof. Dr. Dres. h. c. Peter Hanau* und *Dr. Udo Isenhardt*, der die Kölner Tagungen als Präsident des Landesarbeitsgerichts viele Jahre geleitet hatte, willkommen. In der außerordentlich hohen Zahl der Zuhörer kam zum Ausdruck, dass Thema und Referent die erwartete Zugkraft hatten. *Prof. Dr. Ulrich Preis*, renommierter Kenner des Kündigungsrechts und Mitglied des Kölner Lenkungskreises, hatte sich freundlicherweise bereit erklärt, über das Thema „Bagatelldelikte und Kündigungsschutz - Zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts“ zu referieren.

Es ging um die Konsequenzen aus der abschließenden Entscheidung des BAG vom 10.06.2010 (- 2 AZR 541/09 -) zu dem viel diskutierten „Emmely“-Fall. In seiner Einleitung wies *Kalb* darauf hin, die zentrale Ursache der publizierten öffentlichen Aufregung liege wohl in der Wahrnehmung von Gerechtigkeitsdefiziten zwischen extremer Geldvernichtung und unverdienten Boni von Managern einerseits und der vermeintlich gnadenlosen Ahndung kleinster Verfehlungen von Arbeitnehmern andererseits. Das münde in dem oft zu hörenden Vorwurf: „Die Kleinen hängt man und die Großen lässt man laufen!“. Man müsse sich also mit der Frage beschäftigen, ob mit zweierlei Maß gemessen werde und die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung korrigiert werden müsse.

Nach seiner kritischen Analyse dieser Rechtsprechung bis hin zu der aktuellen Entscheidung, deren Begründung kurz vor der Veranstaltung veröffentlicht worden war, meinte *Preis*, das BAG müsse in seiner Verantwortung als Revisionsgericht die normativen Prinzipien verhaltensbedingter (außerordentlicher) Kündigungen schärfer herausarbeiten, um die vielfach unerklärbaren Einzelfallentscheidungen bei Bagatellpflichtverletzungen erklärbar zu machen. Der Notwendigkeit vorausgehender Abmahnungen und dem Stufenverhältnis zur ordentlichen Kündigung komme dabei eine Schlüsselstellung zu. Der Referent formulierte die nach seiner Auffassung maßgeblichen Rechtssätze wie folgt:

„1. Auch bei (ggf. strafbarer) Beeinträchtigung von Rechtsgütern und Vermögenspositionen des Arbeitgebers gelten die allgemeinen Grundsätze des Kündigungsrechts (Ultima-Ratio-Prinzip; Prognoseprinzip). Die objektiv nachzuweisende Pflichtverletzung muss schuldhaft erfolgt sein.

2. Bei Pflichtverletzungen gilt folgende Stufenfolge im Kündigungsrecht: (1) Vorrang der Abmahnung, (2) nach einschlägiger Abmahnung ordentliche Kündigung; (3) nur bei erheblicher Pflichtverletzung, die die sofortige Unzumutbarkeit und die unzweifelhafte Negativprognose rechtfertigt, kommt eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung in Betracht.

3. Vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung ist in der Regel eine Abmahnung erforderlich. Die Qualität der (abgemahnten) Vertragspflichtverletzung muss die Negativprognose rechtfertigen, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht mehr möglich erscheint. Die Höhe des zugefügten Schadens ist hierfür nur ein Indiz. Entscheidend ist die qualitative Beurteilung der Pflichtverletzung. Der Anlass, die Dauer und die Intensität der Schädigung sind im Rahmen einer Interessenabwägung zu gewichten.

4. Die in der Vermögensschädigung liegende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ist besonders gewichtig, wenn die Vermeidung solcher Schäden zum Kern der Vertragspflichten des Arbeitnehmers gehört. Insoweit kann erheblich sein, ob die Pflichtverletzung „in Erfüllung der Vertragspflichten“ oder nur „bei Gelegenheit“ erfolgt. Verletzt der Arbeitnehmer die ihm klar vor Augen stehende Vertragspflicht, kann angesichts des Gewichts der Vertragspflichtverletzung regelmäßig eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein. Eine Abmahnung ist in diesen Fällen in der Regel entbehrlich, weil dem Arbeitnehmer bewusst ist, dass der Arbeitgeber die Pflichtverletzung als schwerwiegenden Vertrauensverstoß werten muss. Die Abmahnung kann in diesen Fällen die Warnfunktion nicht mehr erfüllen. Sie ist auch nicht mehr erforderlich, um die Negativprognose zu begründen.

5. Geringfügige Unregelmäßigkeiten, auch soweit sie das Vermögen oder die Eigentumsrechte des Arbeitgebers beeinträchtigen, können in der Regel nur nach einer vorherigen Abmahnung zur verhaltensbedingten Kündigung führen. Auf eine Abmahnung kann nur dann verzichtet werden, wenn der Schutz der konkreten Vermögens- oder Eigentumsposition zu den vereinbarten Hauptpflichten des Arbeitnehmers gehört.

6. Eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung kann nur berechtigt sein, wenn der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung vorsätzlich begeht und sich der Vorsatz auch auf den dem Arbeitgeber zugefügten Schaden bezieht.

7. Ob im Ergebnis eine Kündigung gerechtfertigt ist, richtet sich bei der sowohl im Rahmen des § 1 KSchG als auch des § 626 Abs. 1 BGB auf der letzten Prüfungsstufe vorzunehmenden Interessenabwägung nach dem Grad des Verschuldens, der Schadenshöhe, den Umständen der Tatbegehung, der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers und der Dauer des störungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses. Ausschließlich in der Privatsphäre des Arbeitnehmers liegende Umstände wie Unterhaltspflichten und Vermögenssituation sind nicht zu berücksichtigen.

8. Ist ein Kündigungsgrund nach Interessenabwägung zu bejahen, ist die ordentliche Kündigung als das reguläre Beendigungsinstrument die Regel. Nach dem Ultima-Ratio-Prinzip kommt die fristlose Kündigung als schärferes Mittel nur in Betracht, wenn auch unter Berücksichtigung der besonderen Schutzinteressen des Arbeitnehmers die mit der Pflichtverletzung einhergehende Interessenbeeinträchtigung so intensiv ist, dass die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt erscheint.“

Das Publikum bedankte sich für den höchst instruktiven und gedankenreichen Vortrag von *Preis* mit großem Applaus und nutzte dann die Gelegenheit, einzelne Aspekte der Problematik mit einem „Großmeister des Kündigungsrechts“ zu diskutieren. Dabei wurden natürlich unterschiedliche Ansätze und Bewertungen gerade auch zu dem aktuellen Fall „Emmely“ deutlich. Kontrovers wurde insbesondere erörtert, ob sich langjährig beschäftigte Mitarbeiter ein „Vertrauenskapital“ erarbeiten können, welches ihnen im Konfliktfall zugutekommen kann. Auch bei der von *Hanau* aufgeworfenen Frage, ob es eine in Arbeitsverträgen oder betrieblichen Regelungen vorweggenommene Abmahnung geben könne, blieben die Meinungen geteilt. Nach der sehr angeregten Aussprache konnte das Fazit nur lauten, dass uns die Problematik angesichts der immer wiederkehrenden Fälle weiter beschäftigen wird. Abschließend dankte *Kalb* dem Referenten nochmals für seinen Vortrag, den Diskutanten für ihre Beiträge und den Zuhörern für ihre Aufmerksamkeit. Wie üblich, klang der Abend bei einem (auch einem zweiten) Kölsch in geselliger Runde aus.

Dr. Heinz-Jürgen Kalb

Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Köln