

3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. in Kiel

Am 25.11.2010 begrüßte Herr Rechtsanwalt *Prof. Dr. Thomas Weiß* die trotz winterlicher Straßenverhältnisse zahlreich erschienenen Teilnehmer im Lichtsaal des Kieler Legienhofes zur 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. in Kiel, zu der sich ca. 100 Teilnehmer angemeldet hatten. Nachdem Herr *Peter Helbron* vom UVNord - Vereinigung der Unternehmensverbände in Hamburg und Schleswig-Holstein e. V. - auch stellvertretend für den verhinderten *Ralph Müller-Beck* vom Deutschen Gewerkschaftsbund - ein Grußwort an die Teilnehmer gerichtet hatte, hielt Herr *Prof. Dr. Hartmut Oetker* (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel) einen Vortrag zum Thema „Das gestörte Vertrauen im Arbeitsverhältnis - eine Nachlese zum Fall Emmely“.

Herr *Prof. Dr. Oetker* beantwortete in seinem Vortrag die Frage, ob das Arbeitsverhältnis auch ein Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist und ordnete im Anschluss das „enttäuschte Vertrauen“ dogmatisch in die Tatbestandsvoraussetzungen für eine außerordentliche fristlose Kündigung bzw. ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ein.

Die Eingangsfrage beantwortete Herrn *Prof. Dr. Oetker* zusammengefasst wie folgt: Ein gewisses Maß von Vertrauen sei für jedes Vertragsverhältnis konstitutiv. Basis für dieses notwendige Vertrauen sei der Grundsatz „pacta sunt servanda“. Bei längerer Vertragsdauer komme dem Vertrauen eine größere Bedeutung zu, da zwangsläufig zunächst nur Rahmenregelungen vereinbart werden könnten. Die damit einhergehende Ungewissheit erfordere das Vertrauen gegenüber dem Vertragspartner, dass dieser im Laufe des Vertrags seine Interessen nicht einseitig durchsetze. Zudem sei ein gesteigertes Vertrauen erforderlich, wenn die geschuldete Leistung eine fremdnützige Interessenwahrnehmung darstelle. Daher sei auch das auf langfristige Durchführung ausgerichtete Arbeitsverhältnis, das die Zugriffsmöglichkeit auf fremde Rechtsgüter mit sich bringe, ein Vertrauensverhältnis. Der Stellenwert des Vertrauens sei dabei von unterschiedlicher Bedeutung. Zu differenzieren sei zwischen einer inhaltlichen, einer personalen und einer zeitlichen Dimension. Zum einen sei auf die Stellung des Arbeitnehmers und die damit einhergehende Zugriffsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des Arbeitgebers abzustellen, zum anderen sei der Grad der persönlichen Zusammenarbeit - diese Dimension

spiegele sich auch in der Herausnahme des Kleinbetriebs aus dem Anwendungsbereich des KSchG wider - von Bedeutung. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass Vertrauen mit der Dauer der Vertragsbeziehung wachsen könne.

Herr *Prof. Dr. Oetker* vertrat im Anschluss den Standpunkt, dass das enttäuschte Vertrauen für sich allein nicht geeignet sei, eine Kündigung zu rechtfertigen. Zur Begründung wies er unter anderem auf die nicht für Arbeitsverhältnisse geltende Spezialnorm des § 627 BGB hin, die ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung für Dienstverhältnisse, in denen aufgrund besonderen Vertrauens übertragene Dienste höherer Art geschuldet sind, auch ohne wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB vorsieht. Als Kündigungsgrund könne allein die Pflichtverletzung herangezogen werden. Dabei habe das BAG im Fall Emmely nochmals bestätigt, dass es keine absoluten Kündigungsgründe gebe. Herr *Prof. Dr. Oetker* begrüßte, dass das BAG keine Relevanzschwelle in die Voraussetzungen für die Kündigung wegen eines Vermögensdeliktes des Arbeitnehmers implementiert und seine bisherigen Rechtsprechung beibehalten hat.

Das enttäuschte Vertrauen, so *Prof. Dr. Oetker*, sei ein Element der Interessenabwägung. Im Rahmen der Interessenabwägung sei zum einen die Auswirkung der Pflichtverletzung auf das Vertrauen sowie zum anderen der Stellenwert des Vertrauens im betreffenden Arbeitsverhältnis von Bedeutung. Keine Neuerung sei die Aussage des BAG, dass das enttäuschte Vertrauen durch zukünftige Vertragstreue wiederhergestellt werden könne und insofern auch eine Abmahnung als milderes Mittel in Betracht kommen könne. Seit der in der Entscheidung des BAG vom 04.06.1997 (Az.: 2 AZR 526/96) erfolgten Abkehr von der Differenzierung zwischen Pflichtverletzungen im Leistungs- und Vertrauensbereich gelte schließlich der Grundsatz, dass bei steuerbarem Verhalten zunächst eine Abmahnung erforderlich sei. Dieser Grundsatz gelte jedoch nicht ausnahmslos, entscheidend sei insofern die Prognose. Für das Prognoseprinzip hätten sich ebenfalls keine Neuerungen ergeben. Bei der Prognose stelle sich die Frage, ob diese in positiver oder negativer Richtung festgestellt werden müsse. Aus den Entscheidungsgründen im Fall Emmely lasse sich insoweit aufgrund der sich widersprechenden Formulierungen in den Randnummern 38, 47 einerseits (positive Prognose) und Randnummern 36, 37 andererseits (negative Prognose) keine Antwort entnehmen. Da die Darlegungslast für den Kündigungsgrund beim Arbeitgeber liege, müsse aber vom Arbeitgeber vorgetragen werden, warum zukünftig nicht

von einer Vertragstreue des Arbeitnehmers auszugehen sei. Daher werde das Abmahnungserfordernis eher die Regel als die Ausnahme sein.

Mit der aufgeworfenen Frage „Die Prognose im Vertrauensbereich - ein Blick in die Glaskugel auf dem Richtertisch?“ wies Herr *Prof. Dr. Oetker* auf die Schwierigkeiten der objektiv - und nicht aus subjektiver Sicht der Vertragsparteien - aufzustellenden Prognose hin. Diese Schwierigkeiten würden auch bei der vom BAG, das in seinen Entscheidungsgründen schließlich auf die Prüfung der Unzumutbarkeit ausweiche, durchgeführten Subsumtion deutlich. Den Arbeitgeber stelle die durchzuführende Prognose vor ähnliche Probleme wie bei der krankheitsbedingten Kündigung, bei der dieser auch nur auf die Vergangenheit des Arbeitsverhältnisses blicken könne. *Prof. Dr. Oetker* vertrat daher die Auffassung, das BAG hätte weniger mit der Unzumutbarkeit argumentieren sollen. Vielmehr hätte das BAG auf die Indizierung der Prognose aus der langen Vertragsdurchführung abstellen und das Abmahnungserfordernis zur Regel machen sollen. Systematisch sei dies unter Hinweis auf § 314 Abs. 2, § 323 Abs. 3 BGB jedenfalls stimmig.

Zusammenfassend resümierte *Prof. Dr. Oetker*, dass mit dem Fall Emmely die Schwierigkeiten der Interessenabwägung für die Rechtsunterworfenen deutlich würden, eine tragfähige Alternative zur Interessenabwägung bisher aber niemandem eingefallen sei. Den von den Arbeitgebern mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten präventiven Zweck müssten diese auf anderer Ebene verfolgen. *Prof. Dr. Oetker* dachte dabei zum einen an die in Vergessenheit geratenen Betriebsbußenordnungen sowie an das Mittel der Strafanzeige.

Die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein Frau *Birgit Willikonsky* führte im Anschluss durch einige aufgeworfene Fragen in die von ihr dann geleitete Diskussion ein: Müsse nun zwischen enttäuschem Vertrauen durch Pflichtverletzungen im Haupt- und Nebenbereich des Arbeitsverhältnisses und/oder anhand der Vermögensschädigung differenziert werden? Wie könne Vertrauen überhaupt gewonnen werden, könne hierfür die Dauer der Vertragsbeziehung maßgeblich sein? Könne der Arbeitgeber nun noch verpflichtet werden, Abmahnungen bereits nach zwei Jahren aus der Personalakte zu entfernen?

In der sich anschließenden Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht auf ein beim Arbeitnehmer vorhandenes Unrechtsbewusstsein abgestellt werden könne. Es wurde festgestellt, dass dieses bei der Interessenabwägung im Rahmen der Frage des Abmahnungserfordernisses von Bedeutung sei. Aus den Reihen des Auditoriums wurde diesbezüglich auch auf die sog. Karstadt-Entscheidung des BAG vom 23.06.2009 (Az.: 2 AZR 103/08) hingewiesen, in der dieser Aspekt zur Begründung des Abmahnungserfordernisses herangezogen worden ist.

Die Frage nach der Bedeutung des Begriffs „Vertrauenskapital“ beantwortete *Prof. Dr. Oetker* damit, dass man sicher nicht von einer Regel ausgehen könne, nach der das Vertrauen pro Jahr der Betriebszugehörigkeit um eine Einheit steige, es werde mit diesem Begriff aber wohl zum Ausdruck gebracht, dass das Vertrauen anwachse. Aus den Reihen der Teilnehmer wurde insoweit die Auffassung vertreten, dass sich das Vertrauen bei einem durch Betriebsübergang erfolgten Arbeitgeberwechsel dann neu aufbauen müsse. Andernfalls wäre es für den in das Arbeitsverhältnis eintretenden neuen Arbeitgeber gegebenenfalls mangels Kenntnis über den bisherigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses unmöglich, die negative Prognose darzulegen. *Prof. Dr. Oetker* vertrat hingegen die Auffassung, dass das Vertrauen im Laufe des Bestandes des Arbeitsverhältnisses anwachse und nicht von der Person des Arbeitgebers abhängig sei. Zudem wurde zum Teil kritisiert, dass die These vom anwachsenden Vertrauen an der Realität vorbeigehe. Insoweit wurde darauf hingewiesen, dass die Fehlertoleranz in der Praxis tatsächlich eher abnehme, je länger ein Mitarbeiter betriebszugehörig sei. Das Vertrauen entfalle dann schneller. Zudem führe die Entscheidung des BAG im Fall Emmely bei den Arbeitnehmern zu der Vorstellung, man dürfe jetzt solange den Arbeitgeber bestehlen, bis man einmal ertappt werde. Bei Kunden sanktioniere man Diebstahl mit Hausverbot, gegenüber den Arbeitnehmern könne man hingegen nicht zum Ausdruck bringen, dass man ein solches Verhalten nicht akzeptiere. *Prof. Dr. Oetker* hob noch einmal hervor, dass die Kündigung keine Sanktion für pflichtwidriges Verhalten und daher kein geeignetes Mittel sei, generalpräventive Zwecke mit ihr zu verfolgen. Diesbezüglich müsse man auf die von ihm bereits angesprochenen Mittel der Betriebsbußenordnung oder Strafanzeige zurückgreifen.

Prof. Dr. Oetker stellte im Übrigen auf die Frage, ob man das Vertrauen quantifizieren könne, klar, dass man nach seiner Auffassung das Vertrauen nicht messen könne. Vielmehr sei im Rahmen der Interessenabwägung eine Gesamtschau vorzunehmen.

Die Fragen, ob es eine Bagatellgrenze gebe und ob man danach differenzieren könne, ob dem Arbeitgeber ein Schaden entstanden sei, verneinte *Prof. Dr. Oetker* und wies darauf hin, dass der Kündigungsgrund die Pflichtverletzung sei, unabhängig von der verursachten Schadenshöhe. Das BAG habe im Fall Emmely aber augenscheinlich auch der sich fälschlicherweise zum Teil verfestigten Annahme entgegenzutreten wollen, Vermögensdelikte rechtfertigten automatisch den Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung.

Nachdem Frau *Willikonsky Prof. Dr. Oetker* für seinen Vortrag und die anschließende Diskussion und den die Ortstagung ermöglichenden Verbänden sowie *Prof. Dr. Weiß* und dessen Büro für die Organisation gedankt und für den Herbst 2011 eine Landestagung in Kiel angekündigt hatte, klang die 3. Ortstagung in Kiel mit einem kleinen Imbiss in der netten Atmosphäre des Legienhofes aus.

Dr. Malte Kriebitzsch
Richter, Elmshorn