

Universität Passau

**DISSERTATION**

Titel der Dissertation

*Die außerordentliche Kündigung*

*wegen Vermögensdelikten*

*- unter besonderer Berücksichtigung der  
Entwendung von Gegenständen von  
geringfügigem Wert –*

vorgelegt von

*Kim, Dohwan*

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechte (Dr. iur.)

Dissertation vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Passau

Referent: Prof. Dr. Frank Bayreuther

Koreferent: Prof. Dr. Rainer Sieg

Tag der mündlichen Prüfung: 14.10.2020

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2021 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Passau als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2021 berücksichtigt.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Frank Bayreuther für die stetige Betreuung und Begutachtung der Arbeit sowie Herrn Prof. Dr. Rainer Sieg für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein Dank geht auch an Frau Simmelbauer und Frau Schaich, die mir unterstützend zur Seite gestanden und sich der mühevollen Arbeit des Korrekturlesens angenommen haben. Ebenfalls möchte ich meinen Freunden, Herr. Bachmann und Frau Raab, für die hilfreichen Gespräche danken.

Meinen Eltern danke ich von ganzem Herzen für die liebevolle Unterstützung, den Rückhalt und den Zuspruch nicht nur während der Erstellung dieser Arbeit, sondern auch während meiner gesamten Ausbildung. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Passau, im Februar 2021

Dohwan Kim

# Inhaltverzeichnis

A. Einleitung.....	1
I. Problemstellung .....	1
II. Gang der Untersuchung.....	2
III. Methodischer Ansatz.....	3
B. Verhaltensbedingte Kündigung.....	4
I. Allgemeines zur Kündigung .....	4
1. Grundlagen .....	4
2. Sinn und Zweck des außerordentlichen Kündigungsrechts .....	5
II. Die außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung .....	6
1. Ausgangspunkt .....	6
2. Historische Entwicklung der außerordentlichen Kündigung .....	7
3. Frist.....	9
4. Wichtiger Grund an sich zur außerordentlichen Kündigung .....	10
5. Interessenabwägung zur außerordentlichen Kündigung.....	13
III. Die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung.....	14
1. Ausgangspunkt .....	14
2. Abgrenzung zur personenbedingten Kündigung .....	15
3. Frist.....	15
4. Kündigungsgründe.....	16
1) Pflichtverletzung .....	16
2) Wiederholungsgefahr .....	17
IV. Das Verhältnis der außerordentlichen Kündigung zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung.....	19
1. Unterschied zwischen ordentlichen und außerordentlichen Kündigung.....	19
2. Verhältnis der außerordentlichen Kündigung zur ordentlichen Kündigung .....	20
3. Zwischenergebnis .....	20
V. Kategorisierung der außerordentlichen Kündigung .....	21
1. Tatündigung .....	21
2. Verdachtskündigung .....	22
1) Ausgangssituation .....	22
2) Entwicklung der Rechtsprechung des BAG.....	23
3) Voraussetzungen für die Verdachtskündigung nach Rechtsprechungen des BAG .....	24

a) Straftat – Pflichtverletzung .....	24
b) Der Verdacht.....	25
aa) Die den Verdacht begründenden Indizien.....	26
bb) Der Grad des Verdachtes.....	27
cc) Zeitliches Vorliegen des dringenden Verdachtes .....	27
dd) Nachschieben von Gründen.....	28
ee) Auswirkungen strafrechtlicher Folgen.....	30
ff) Beweis- und Darlegungslast .....	31
gg) Die gerichtliche Beweiswürdigung .....	31
c) Sachverhaltsaufklärung – Anhörungspflicht.....	32
aa) Grundlage .....	32
bb) Zeitpunkt der Anhörung - Beziehung zur Kündigungserklärungsfrist in § 626 Abs. 2 BGB.....	33
cc) Form der Anhörung .....	38
dd) Teilnahme an der Anhörung.....	38
d) Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Anhörungspflicht .....	40
e) Präklusion von Entlastungstatsachen .....	41
f) Inhalt der Anhörung des Arbeitnehmers und der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG .....	42
aa) Ausgangspunkt .....	42
bb) Die Anhörung des Arbeitnehmers.....	42
cc) Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG .....	44
g) Verhältnis von Verdachts- und Tatkündigung.....	45
h) Verstoß gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK.....	47
aa) Fragestellung.....	47
bb) Anwendungsbereich .....	48
cc) Auswirkung auf das Privatrecht.....	48
dd) Anwendbarkeit auf Kündigungen .....	48
ee) Zwischenergebnis .....	49
VI. Zusammenfassung .....	49
C. Konkretisierung des wichtigen Grundes an sich .....	51
I. Ausgangspunkt .....	51
1. Verletzung vertraglicher Haupt- oder Nebenleistungspflichten .....	51
1) Ausgangspunkt.....	51
2) Hauptleistungspflichten .....	52
3) Nebenleistungspflichten.....	54
2. Vermögensdelikte .....	56
3. Geringfügigkeit.....	59
1) Ausgangspunkt.....	59

2) Ansicht der Literatur .....	59
3) Die Auffassung des BAG.....	60
4) Lösungsmöglichkeiten .....	61
a) Übertragung der strafrechtlichen Grenze .....	61
b) Gesetzesentwürfe.....	61
5) Zwischenergebnis.....	62
II. Entwicklung der Rechtsprechung.....	63
1. Ausgangspunkt .....	63
2. Analyse des Falls „Emmely“ .....	64
1) Sachverhalt.....	64
2) Entscheidung des ArbG Berlin .....	65
3) Entscheidung des LAG Berlin – Brandenburg.....	65
4) Die Auffassung des BAG.....	66
3. Lösung des Falls „Emmely“ .....	67
1) Pflichtverletzung .....	67
2) Vereitelung einer Verdienstchance .....	67
3) Wiederholungsgefahr .....	70
4. Zwischenergebnis .....	70
III. Zusammenfassung.....	71
<i>D. Vertrauensschutz bei Vermögensdelikten.....</i>	<i>72</i>
I. Grundlage .....	72
II. Vertrauensaufbau.....	72
1. Ausgangspunkt .....	72
2. Vertrauensaufbau durch Hauptleistungspflicht .....	74
3. Vertrauensaufbau durch Nebenleistungspflicht.....	74
III. Entwicklung der Rechtsprechung .....	77
1. Ausgangspunkt .....	77
2. Entscheidungen nach dem Fall „Bienenstich“.....	77
3. Analyse des Falls „Emmely“ .....	78
1) Ausgangspunkt.....	78
2) Lösung des Falls „Emmely“ .....	79
3) Kritik am Fall „Emmely“ .....	81
4) Zwischenergebnis.....	82
IV. Offene Fragen .....	82
1. Unklarheit des Vertrauensbegriffs .....	82
1) Allgemein.....	82
2) Problem bei Vermögensdelikten.....	83
3) Zwischenergebnis.....	85

2. Möglichkeit der Altersdiskriminierung .....	85
1) Benachteiligungsmöglichkeit .....	85
2) Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligung .....	86
a) Rechtfertigungsgründe .....	87
b) Verhältnismäßigkeit .....	87
3) Zwischenergebnis .....	88
3. Möglichkeit der Vertrauenswiederherstellung .....	88
1) Fragestellung .....	88
2) Entwicklung der Rechtsprechung .....	89
a) Frühere Rechtsprechung .....	89
b) Spätere Rechtsprechung .....	90
3) Zwischenergebnis .....	91
V. Zusammenfassung .....	91
<i>E. Konkretisierung der Interessenabwägung bei Vermögensdelikten</i> .....	92
I. Interessenabwägung .....	92
1. Grundlage .....	92
2. Kriterien an der Interessenabwägung .....	93
1) Bestimmung der schutzwerten Interessen .....	93
a) Bestimmung der Schutzwürdigkeit anhand der Gesamtrechtsordnung .....	94
b) Bestimmung der Schutzwürdigkeit anhand der Natur der Sache .....	95
2) Bewertung der schutzwürdigen Interessen .....	95
a) Rangordnung der Interessen .....	95
b) Interessenhäufung .....	96
c) Interessennähe .....	97
d) Interessenintensität .....	97
e) Verschulden .....	98
f) Folgenberücksichtigung .....	98
3) Konfliktlösung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB .....	99
4) Vertragsbezogene Interessen .....	99
5) Betriebs- und unternehmensbezogene Interessen .....	100
6) Personenbezogene Interessen .....	102
II. Zusammenfassung .....	103
<i>F. Verhältnismäßigkeit i.e.S.</i> .....	104
I. Grundlagen .....	104
1. Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsprinzips .....	104
2. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitsrecht .....	104
II. Katalog möglicher milderer Maßnahmen in Vermögensdelikten .....	105

1. Betriebsbuße .....	106
2. Abmahnung .....	107
3. Versetzung .....	109
4. Änderungskündigung.....	110
5. Ordentliche Kündigung .....	111
III. Zusammenfassung.....	112
<i>G. Entwicklung der Rechtsprechung .....</i>	<i>113</i>
I. Interessenabwägung.....	113
1. Ausgangspunkt .....	113
2. Rechtsprechung vor dem Fall „Emmely“ .....	114
3. Rechtsprechung nach dem Fall „Emmely“ .....	121
4. Zwischenergebnis .....	125
II. Verhältnismäßigkeit i.e.S .....	126
1. Ausgangspunkt .....	126
2. Lösung des Falls „Emmely“ .....	126
III. Zusammenfassung.....	129
1. Interessenabwägung.....	129
2. Verhältnismäßigkeit i.e.S.....	129
<i>H. Fazit.....</i>	<i>130</i>



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Zeitschrift
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb, Zeitschrift
Alt.	Alternative
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, Loseblatt
ArbG	Arbeitsgericht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater, Zeitschrift
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
d. h.	das heißt
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention

f. / ff.	folgend / folgende
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GE	Gesetzesentwurf
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
HGB	Handelsgesetzbuch
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Zeitschrift
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i. e. S.	im engen Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JURA	Juristische Ausbildung, Zeitschrift
K.A.	keine Angabe
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	littera (lat. Buchstabe)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Satz / Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch

SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
sog.	Sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht, Zeitschrift
ZPO	Zivilprozessordnung

## **A. Einleitung**

### **I. Problemstellung**

Zurzeit berichten die Medien häufig über Kündigungen wegen Vermögensdelikten. Besonders ausführlich wurde der Fall der Kassiererin „Emmely“ diskutiert, denn die Kündigung wegen der Unterschlagung zweier Leergutbons im Wert von 1,30 Euro war in der zweiten Instanz<sup>1</sup> wirksam. Der damalige Bundestagsvizepräsident, Wolfgang Thierse, stellte diese Entscheidung als „barbarisches Urteil von asozialer Qualität“ in einem Interview mit der Berliner-Zeitung dar.<sup>2</sup> Außerdem wurden auch andere Fälle ins Visier genommen: Die Mitnahme von sechs Maultaschen<sup>3</sup> oder das Aufladen eines Handy-Akkus.<sup>4</sup> Dennoch sind dies keine neuen Fragen. Bereits im Jahr 1958 hat das BAG Grundsätze zur außerordentlichen Kündigung bei geringwertigen Vermögensdelikten aufgestellt. Außerdem befasste es sich im Jahr 1984 mit der außerordentlichen Kündigung einer Buffetkraft, nachdem diese ein Stück Bienenstichkuchen, das nicht mehr wann ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer abmahnen kann. Diese Fragen führten zu verschiedenen Diskussionen und der Aspekt der Geringwertigkeit beschränkt sich in der Rechtspraxis nicht nur auf das Arbeits- und Strafrecht, sondern spielt auch in der Gesetzgebung eine Rolle.<sup>5</sup>

Um diese Fragen zu beantworten, werden hier viele Entscheidungen, vor allem der Fall „Emmely“ analysiert, denn das BAG hat in diesem Fall

---

<sup>1</sup> LAG Berlin-Brandenburg 24. 02. 2009 - 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188.

<sup>2</sup> <https://www.berliner-zeitung.de/-barbarisches-urteil-fall-emmely-empoert-thierse-5720908> (zuletzt abgerufen: 09. 01. 2019).

<sup>3</sup> ArbG Lörrach 16. 10. 2009 - 4 Ca 248/09, Juris.

<sup>4</sup> ArbG Oberhausen - 4 Ca 1228/09 (nur Aktenzeichen veröffentlicht), Juris.

<sup>5</sup> GE Fraktion SPD, BT-DRs. 17/648, oder GE Fraktion Die Linke, BT-DRs. 17/649.

hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung offene Themen in Angriff genommen, z.B. die Fragen, wie das Vertrauen aufgebaut werden kann, welche Kriterien für die Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB entwickelt werden können und welche Reaktion des Arbeitgebers verhältnismäßig ist. Die nachfolgende Arbeit versucht, Antworten auf diese Fragen zu finden.

## **II. Gang der Untersuchung**

Entsprechend der Fragestellung wird zunächst die verhaltensbedingte Kündigung dargestellt. Hier sollen auch die Systematik der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht sowie ihr wechselseitiges Verhältnis und der Prüfungsaufbau in § 626 Abs. 1 BGB erörtert werden. Außerdem wird die Kategorie der Kündigung, besonders der Verdachtskündigung beleuchtet. Der Aspekt der Verdachtskündigung beschränkt sich auf die Relevanz für den Fall „Emmely“.

In den weiteren Abschnitten soll der Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB diskutiert werden. Somit soll der unbestimmte Rechtsbegriff „wichtiger Grund an sich“ erläutert werden. Hier sollen insbesondere die Themen des geringwertigen Vermögensdelikts sowie die Analyse der Rechtsprechung in Bezug auf das Vermögensdelikt und die Anwendung auf den Fall „Emmely“ diskutiert werden. Im weiteren Verlauf wird auf das Vertrauen im Bereich eines wichtigen Grundes an sich zur fristlosen Kündigung eingegangen. Aufgrund der aktuellen Diskussion sollen die verschiedenen Fragen bezüglich des Vertrauensbegriffs sowie der Entscheidungswandel und die Anwendung auf den Fall „Emmely“ im Vordergrund stehen. Darüber hinaus wird das Prognoseprinzip auch im Bereich des Vertrauens diskutiert.

Auf der zweiten Stufe der Prüfung erfolgt eine Interessenabwägung. Anhand der Analyse der Rechtsprechung sollen die Auffassung des BAG und die Anwendung auf den Fall „Emmely“ beleuchtet werden. In diesen Abschnitten soll das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur fristlosen Kündigung und dabei insbesondere die möglichen Maßnahmen, die möglicherweise ein milderer Mittel darstellen, für den Fall „Emmely“ erläutert werden.

### **III. Methodischer Ansatz**

Anhand von einschlägiger Fachliteratur, Beiträgen in Fachzeitschriften und Urteilen werden diese Themen methodisch diskutiert. Insbesondere nimmt diese Arbeit eine Analyse und eine Lösung des Falls „Emmely“ vor.

## **B. Verhaltensbedingte Kündigung**

### **I. Allgemeines zur Kündigung**

#### 1. Grundlagen

Das Arbeitsverhältnis kann aus verschiedenen Gründen beendet werden, z.B. durch Befristung oder Aufhebungsvertrag, durch das Erreichen einer vertraglich vereinbarten Altersgrenze oder durch den Verfall<sup>6</sup> einer juristischen Person als Vertragspartei oder durch Kündigung. Außer dem Verfall einer Vertragspartei und der Kündigung haben alle Varianten durch eine beiderseitige Vereinbarung zu erfolgen. Die Kündigung stellt hier einen Sonderfall dar, denn sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und ihre Wirksamkeit bestimmt sich daher nach den allgemeinen Regeln. In Deutschland stehen die Vorschriften für den Kündigungsschutz grundsätzlich auf folgenden zwei Säulen: BGB und KSchG. Eine Voraussetzung für eine ordentliche Kündigung ist §§ 622 und 623 BGB. Besonders wichtig ist das Erfordernis der Schriftform gemäß § 623 BGB bei jeder (ordentlichen oder außerordentlichen) Kündigung von Arbeitsverhältnissen. Das Kündigungsschreiben muss vom Arbeitgeber oder einem seiner rechtsgeschäftlichen Vertreter eigenhändig unterzeichnet sein (§ 126 Abs. 1 BGB) und dem Arbeitnehmer auch in dieser Form zugehen (§ 130 BGB).<sup>7</sup> Unwirksam sind daher etwa eine maschinell erstellte Kündigung, eine per E-Mail erklärte Kündigung oder eine Kündigung, die als Scan oder Fax versandt wird und zwar selbst dann, wenn das gescannte oder gefaxte Original vom Arbeitgeber eigenhändig unterschrieben wurde.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> oder durch den Tod einer natürlichen Person als Vertragspartei.

<sup>7</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 300.

<sup>8</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 300.

## 2. Sinn und Zweck des außerordentlichen Kündigungsrechts

Die Kündigung ist durch die verschiedenen Gesetze, beispielweise das KSchG, das BGB und das AGG geregelt, denn es gibt im deutschen Recht kein einheitliches Arbeitsgesetz.<sup>9</sup> Das deutsche Kündigungsrecht ist als Bestandsschutzrecht ausgestaltet, so heißt es in § 4 S. 1 KSchG: Will der Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er (...) Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.<sup>10</sup>

Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes liegt darin, dem Arbeitnehmer seine wirtschaftliche und soziale Existenz zu sichern.<sup>11</sup> Dafür beschränkt das Gesetz eine Kündigungsfreiheit in ihren Rechten.<sup>12</sup> Das Gesetz setzt also einen Kündigungsgrund, wie Verhalten des Arbeitnehmers, Personen oder die „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ in § 1 Abs. 2 KSchG, voraus. Einerseits führt der Kündigungsschutz zum Schutz vor individueller Arbeitslosigkeit, aber andererseits soll es auch das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines gewohnten sozialen Umfelds in Beruf und Privatleben sichern.<sup>13</sup>

Durch den Kündigungsschutz ist das Arbeitsverhältnis insofern in seinem Bestand geschützt, als lediglich unter diesen Voraussetzungen wirksam aufgelöst werden kann.<sup>14</sup> Der Kündigungsschutz kommt dem Gebot des Schutzes des sozial Schwächeren nach und lässt sich damit auf das in Art. 20

---

<sup>9</sup> *Bayreuther*, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 298.

<sup>10</sup> *Bayreuther*, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 298.

<sup>11</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 124 f.

<sup>12</sup> *KSchGkomm/Linck*, KSchG, Einleitung I, Rn. 4.

<sup>13</sup> *Heimbach*, Verhältnis, S. 19.

<sup>14</sup> *Heimbach*, Verhältnis, S. 23.



Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG angelegte Sozialstaatsprinzip zurückführen. Es beinhaltet nicht nur eine sozial ungerechtfertigte Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch eine sozial ungerechtfertigte Änderung der Arbeitsbedingungen.<sup>15</sup> Denn je länger ein später Arbeitnehmer beschäftigt ist und je dieser gekündigt wird, desto geringer sind die Chancen für den Gekündigten auf dem Arbeitsmarkt.

## **II. Die außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung**

### 1. Ausgangspunkt

§ 626 Abs. 1 BGB regelt die ausnahmsweise Beendigung des Dienst- und Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ohne die Einhaltung einer Kündigungsfrist. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht nach § 626 BGB garantiert beiden Vertragsparteien das unverzichtbare Recht, sich bei unzumutbarer Belastung vom Arbeitsverhältnis lösen zu können. Der außerordentlichen Kündigung kommt kein Strafcharakter für vorangegangene Vertragswidrigkeiten zu,<sup>16</sup> sie dient vielmehr der Reaktion auf die Besorgnis, dass vergleichbare Störungen in Zukunft auftreten werden.<sup>17</sup> Im Vergleich zur ordentlichen Kündigung stehen die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung auf zwei Stufen: Im ersten Schritt ist „ein Kündigungsgrund an sich“ festzustellen und im zweiten Schritt ist „eine Interessenabwägung“ durchzuführen.

---

<sup>15</sup> Heimbach, Verhältnis, S. 23.

<sup>16</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 1.

<sup>17</sup> Wetzling/Habel, BB 2011, 1077.

## 2. Historische Entwicklung der außerordentlichen Kündigung

Das BGB, das mit dem am 01.07.1896 verabschiedeten Entwurf erst am 01.01.1900 in Kraft getreten ist, verstärkte ursprünglich die Vertragsfreiheit und das Privateigentum als Grundpfeiler dieses Regelungsmodells.<sup>18</sup> Das Kündigungsrecht wurde auch durch die Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus geprägt, sodass mit der Anerkennung der Vertragsfreiheit für den Arbeitsvertrag auch die Kündigungsfreiheit einherging.<sup>19</sup> Die Parteien des Arbeitsvertrags regeln durch ihre freie Vereinbarung auch den Umfang und die Dauer ihrer Bindung, sodass sie frei bestimmen können, wann und unter welchen Voraussetzungen eine einseitige Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zulässig sein sollte.<sup>20</sup> Die damals geltende Fassung lautete: „Das Dienstverhältnis kann von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.“ Die Kündigungsfreiheit war daher nur durch wenige zwingende Vorschriften eingeschränkt.<sup>21</sup> Nach dem Ersten Weltkrieg entstand eine grundlegende Wandlung: Eine sofortige Auflösbarkeit des Arbeitsverhältnisses in Bezug auf die Länge der Kündigungsfristen und die Bindung an Kündigungstermine war notwendig.<sup>22</sup>

Bis zum Inkrafttreten des Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes im Jahr 1969 war das Recht zur außerordentlichen Kündigung unterschiedlich geregelt: Diese Regelung stellte hinsichtlich ihres persönlichen Geltungsbereiches auf die jeweilige Tätigkeit des Arbeitnehmers ab.<sup>23</sup> Die wichtigsten Gruppen von Arbeitnehmern waren danach von der Geltung des § 626 BGB in seiner alten

---

<sup>18</sup> *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 478 ff.

<sup>19</sup> *APS/Preis*, Grundlagen A, Rn. 1.

<sup>20</sup> *KSChGkomm/Linck*, KSChG, Einleitung I, Rn. 1 - 3.

<sup>21</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 117.

<sup>22</sup> *KSChGkomm/Linck*, KSChG, Einleitung I, Rn. 1 - 3.

<sup>23</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 118.

Fassung durch Sondervorschriften ausgeschlossen.<sup>24</sup> § 123 GewO<sup>25</sup> regelte Gründe, die zu einer Kündigung gewerblicher Arbeiter berechnigte. Darüber hinaus regelten §§ 70 bis 72 HGB<sup>26</sup> eine Kündigung kaufmännischer Angestellter, und §§ 133 b bis 133 d GewO<sup>27</sup> regelten eine Kündigung gewerblicher Angestellter.

§ 626 BGB regelte die Kündigung des nicht von den Sonderregelungen erfassten Arbeitnehmers und sagte aus, dass jeder Vertragsteil das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Frist kündigen konnte, wenn ein wichtiger Grund vorlag. Das BAG konkretisierte damals den Begriff des wichtigen Grundes: „Ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist dann anzunehmen, wenn dem einen Vertragsteil nicht zugemutet werden kann, unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treue und Glauben das Arbeitsverhältnis mit dem anderen Vertragsteil weiter

---

<sup>24</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 118.

<sup>25</sup> Vorlage falscher oder gefälschter Zeugnisse bei Abschluss des Arbeitsvertrags (§§ 123 Abs. 1 Nr. 1 GewO), Diebstahl, Unterschlagung, Betrug oder liederlicher Lebenswandel des Arbeitnehmers (§ 123 Abs. 1 Nr. 2 GewO), unbefugtes Verlassen des Dienstes und Verweigerung des Arbeitnehmers, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen (§ 123 Abs. 1 Nr. 3 GewO), Tätlichkeiten des Arbeitnehmers, grobe Beleidigungen oder sonstige erhebliche Ehrverletzungen gegen den Arbeitgeber oder dessen Vertreter (§ 123 Abs. 1 Nr. 5 GewO), vorsätzliche und rechtwidrige Sachbeschädigung des Arbeitnehmers zum Nachteil des Arbeitgebers oder eines Mitarbeiters (§ 123 Abs. 1 Nr. 6 GewO), Arbeitnehmer ist durch Krankheit oder längere Abwesenheit, auch infolge einer Freiheitsstrafe, zur Fortsetzung der Arbeit unfähig (§ 123 Abs. 1 Nr. 8 GewO).

<sup>26</sup> Unbefugtes Verlassen des Dienstes und Verweigerung des Arbeitnehmers, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzunehmen (§ 72 Abs. 1 Nr. 2 HGB), Tätlichkeiten des Arbeitnehmers, grobe Beleidigungen oder sonstige erhebliche Ehrverletzungen gegen den Arbeitgeber oder dessen Vertreter (§ 72 Abs. 1 Nr. 4 HGB), Arbeitnehmer ist durch Krankheit oder längere Abwesenheit, auch infolge einer Freiheitsstrafe, zur Fortsetzung der Arbeit unfähig (§ 72 Abs. 1 Nr. 3 HGB).

<sup>27</sup> Vorlage falscher oder gefälschter Zeugnisse bei Abschluss des Arbeitsvertrags (§ 133 c Abs. 1 Nr. 1 GewO), Unbefugtes Verlassen des Dienstes und Verweigerung des Arbeitnehmers, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzunehmen (§ 133 c Abs. 1 Nr. 3 GewO), Tätlichkeiten des Arbeitnehmers, grobe Beleidigungen oder sonstige erhebliche Ehrverletzungen gegen den Arbeitgeber oder dessen Vertreter (§ 133 c Abs. 1 Nr. 5 GewO), Arbeitnehmer ist durch Krankheit oder längere Abwesenheit, auch infolge einer Freiheitsstrafe, zur Fortsetzung der Arbeit unfähig (§ 133 c Abs. 1 Nr. 4 GewO).

fortzusetzen, und zwar auch nicht für die Dauer der vorgesehenen Kündigungsfrist.“<sup>28</sup> Weil § 626 BGB aufgrund des Anwendungsvorranges der vorstehenden Sondervorschriften jedoch auf den wesentlichen Teil der Arbeitsverhältnisse keine Anwendung fand, war durch das ArbRBereinigG vom 14.8.1969 seit dem 1.9.1969 die zuvor bestehende Rechtszersplitterung<sup>29</sup> auf dem Gebiet der außerordentlichen Kündigung beseitigt worden.<sup>30</sup>

### 3. Frist

§ 626 Abs. 2 S. 1 BGB garantiert eine zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist. Gemäß § 626 Abs. 2 S. 2 BGB beginnt diese Frist mit dem Tag der Erlangung der Kenntnis von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen. In dieser Zeit muss die Betriebsratsanhörung eingeleitet werden, die nicht um die Anhörungsfrist von drei Tagen verlängert wird, d.h. der Arbeitgeber muss spätestens am zehnten Tage nach Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen die Anhörung des Betriebsrats einleiten, um nach Ablauf der Anhörungsfrist von drei Tagen noch am folgenden letzten Tag der Kündigungserklärungsfrist die Kündigung aussprechen zu können.<sup>31</sup>

Aber der Ablauf dieser Frist hindert den Arbeitgeber nicht, ordentlich zu kündigen,<sup>32</sup> da eine unwirksame außerordentliche nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> BAG 03. 11. 1955 – 2 AZR 39/54, AP Nr. 1 zu § 626 BGB.

<sup>29</sup> neben § 626 BGB galten §§ 123, 124, 133c GewO und §§ 71, 72 HGB.

<sup>30</sup> APS/Vossen, § 626 BGB, Rn. 2.

<sup>31</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 224.

<sup>32</sup> BAG 15. 08. 2002 - 2 AZR 514/01, NZA 2003, 795.

<sup>33</sup> APS/Vossen, § 626 BGB, Rn. 124.

#### 4. Wichtiger Grund an sich zur außerordentlichen Kündigung

Eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss möglich sein, wenn dessen Fortsetzung einer der Parteien nicht zugemutet werden kann: Niemand will sich zu einem unzumutbaren Vertragsverhältnis wirksam vertraglich verpflichten, sodass eine Grenze der Selbstbindung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber notwendig ist.<sup>34</sup>

§ 626 BGB, als Generalklausel, enthält den unbestimmten Rechtsbegriff des wichtigen Grundes.<sup>35</sup> Ob ein Sachverhalt als wichtiger Grund in § 626 Abs. 1 BGB geeignet ist, den Ausspruch zur außerordentlichen Kündigung zu rechtfertigen, hängt von der Beurteilung des Arbeitsgerichts ab.<sup>36</sup> Denn die einen unbestimmten Rechtsbegriff enthaltende Generalklausel führt dazu, dass ein großer Beurteilungsraum in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zulässig ist, jedoch nur wenn sie in einer gewissen Kasuistik liegt.<sup>37</sup> Aber dieser Beurteilungsraum für einen wichtigen Grund in § 626 Abs. 1 BGB ist durch den Rückgriff auf § 1 Abs. 2 KSchG eingeschränkt: Der wichtige Grund lässt sich nach dem Vorbild des §1 KSchG in drei Arten unterteilen: verhaltens-, personen- und betriebsbedingte Gründe.<sup>38</sup> Dabei stehen verhaltensbedingte Kündigungsgründe besonders im Vordergrund des Interesses, denn die meisten außerordentlichen Kündigungen leiten sich vom Verhalten des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund ab, insbesondere Vertragspflichtverletzung.<sup>39</sup> Die Vertragspflicht besteht in verschiedenen Bereichen, sodass die Kündigungsgründe sortiert werden müssen. Im Leistungsbereich liegen die Kündigungsgründe, z.B. in einer schlechten

---

<sup>34</sup> *Heimbach*, Verhältnis, S. 61.

<sup>35</sup> BAG 05. 02. 1998, – 2 AZR 227/97, NZA 1998, 771.

<sup>36</sup> *APS/Vossen*, § 626 BGB, Rn. 21 ff.

<sup>37</sup> *Wollschläger*, Zumutbarkeit, S. 133.

<sup>38</sup> *MünKommBGB/Henssler*, § 626 BGB, Rn. 128.

<sup>39</sup> *Preis*, DB 1988, 1444, 1447.

Leistung, in Unpünktlichkeit, im Betriebsbereich, z.B. beim Verhalten gegenüber den Mitarbeitern und im Vertrauensbereich z.B. beim Diebstahl vor.<sup>40</sup>

Der Verstoß gegen die Hauptleistungspflicht ist ein typischer Kündigungsgrund. § 611a BGB regelt die Pflichten des Arbeitnehmers, die vereinbarten Dienste in der rechten Weise zur rechten Zeit am rechten Ort und in der geschuldeten Qualität zu erbringen.<sup>41</sup> Gemäß § 241 Abs. 2 BGB entstehen auch Nebenleistungspflichten für die Vertragsparteien um auf die Interessen des jeweiligen Vertragspartners Rücksicht zu nehmen.<sup>42</sup> Das BAG spricht sowohl den Verstoß gegen die Hauptleistungspflicht, als auch die Nebenleistungspflicht als Kündigungsgrund in § 626 Abs. 1 BGB an,<sup>43</sup> wenn der Arbeitnehmer im Allgemeinen schuldhaft handelt.<sup>44</sup> Das BAG stellte jedoch dar, dass eine schuldlose Verletzung von Arbeitspflichten in der Regel keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellt.<sup>45</sup>

Der Auffassung des BAG zufolge geht es bei der Nachprüfung des Kündigungsgrundes in § 626 Abs. 1 BGB nicht um die Betätigung eines Arbeitnehmers in einem Sachverhalt, sondern um einen konkreten Bezug zum Arbeitsverhältnis.<sup>46</sup> Der Sachverhalt muss sich auf den Leistungsbereich, auf den Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, auf den

---

<sup>40</sup> Hunold, NZA - RR, 2003, 57.

<sup>41</sup> BAG 17. 01. 2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693: „Hauptleistungspflicht ist die Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung im Rahmen seiner Fähigkeiten und seines individuellen Leistungsvermögens.“.

<sup>42</sup> OMG München 10. 06. 2015 – 25 U 945/15, Juris.

<sup>43</sup> SPV/Preis, § 22, Rn. 570.

<sup>44</sup> BAG 16. 03. 1961 - 2 AZR 539/59, Juris.

<sup>45</sup> BAG 16. 03. 1961 - 2 AZR 539/59, Juris.

<sup>46</sup> BAG 06. 02. 1969 – 2 AZR 241/68, Juris: In einem Straßenbahnbetrieb beschäftigte ein Arbeitnehmer als Schienenreiniger. Obwohl die kommunistische Aktivität im Betrieb verboten war, besuchte er regelmäßig die starken kommunistischen Veranstaltungen. Der Betrieb kündigte diesem Arbeitnehmer wegen seiner kommunistischen Betätigung.

personalen Vertrauensbereich der Vertragspartner oder auch auf den Unternehmensbereich auswirken, außerdem wird der betriebliche Bereich noch in die Unterbereiche der Störung der Betriebsordnung, des Betriebsfriedens oder des Betriebsablaufs aufgegliedert.<sup>47</sup> Ein Alkoholgenuss während der Arbeitszeit könnte dazu führen, dass der Arbeitnehmer sich selbst oder einen anderen Mitarbeiter gefährdet oder seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht erfüllt.<sup>48</sup> Der Alkoholgenuss während der Arbeitszeit als Kündigungsgrund liegt nicht nur im Leistungsbereich, sondern auch im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter.<sup>49</sup>

Ob der Sachverhalt zur Konkretisierung des wichtigen Grundes an sich in § 626 Abs. 1 BGB auf das Arbeitsverhältnis auswirkt, bezieht sich überwiegend auf die in § 1 Abs. 2 KSchG enthaltenen Kündigungsgründe in der Person bzw. im Verhalten des Arbeitnehmers oder im dringenden betrieblichen Erfordernis,<sup>50</sup> denn die außerordentliche Kündigung ist ein „wesensgleiches Mehr“ im Verhältnis zur ordentlichen Kündigung.<sup>51</sup> Deswegen unterscheiden sich verhaltensbedingte außerordentliche Kündigungsgründe von den verhaltensbedingten ordentlichen Kündigungsgründen lediglich im Gewicht.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> BAG 17. 03. 1988 - 2 AZR 576/87, NZA 1989, 261.

<sup>48</sup> BAG 26. 01. 1995 - 2 AZR 649/94, NZA 1995, 517.

<sup>49</sup> Wenn der Alkoholgenuss in der Arbeitszeit in der Alkoholabhängigkeit liegt und damit eine Vertragsstörung in einem Betrieb oder einem Unternehmen besteht, kommt nur in Betracht, keine verhaltensbedingte Kündigung, sondern eine krankheitsbedingte, damit eine personenbedingte Kündigung. Ausführlich siehe BAG 09. 04. 1987 - 2 AZR 210/86, NZA 1997, 811. Aber wenn in einem Betrieb oder einem Unternehmen keine Regelung des Alkoholverbots vorliegt, kommt keine Kündigung in Betracht. In diesem Fall hat die Kündigung von Bedeutung, wenn der Alkoholgenuss führt zu der Störung im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, im personalen Vertrauensbereich der Vertragspartner oder auch im Unternehmensbereich.

<sup>50</sup> MünchHBArbR/Wank, § 120, Rn. 37; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 128.

<sup>51</sup> Preis, Individualarbeitsrecht, S. 612.

<sup>52</sup> Preis, Individualarbeitsrecht, S. 617.

Außer den Katalogen in § 1 Abs. 2 KSchG wäre ein Sachverhalt als Kündigungsgrund in einer außerordentlichen Kündigung anzusehen, wenn er für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bis zur vereinbarten Beendigung dem Kündigenden unzumutbar ist. Diese Unzumutbarkeit ist abhängig von vielgestaltigen Faktoren, die in einem Interessenabwägungsprozess zur Ermittlung des Kündigungsgrundes einander gegenübergestellt werden müssen.<sup>53</sup>

## 5. Interessenabwägung zur außerordentlichen Kündigung

Die Interessenabwägung bei einer außerordentlichen Kündigung leitet sich aus § 626 Abs. 1 BGB direkt ab, anders als die Interessenabwägung bei einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung, die sich aus dem KSchG ergibt. Diese umfassende Interessenabwägung ist eine Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung, sodass im Rahmen des § 626 BGB keine absoluten Kündigungsgründe existieren.<sup>54</sup> Die Interessenabwägung bei einer fristlosen Kündigung funktioniert anhand dieser zwei Stufen. Im Rahmen einer Interessenabwägung ist die Verhältnismäßigkeit i.e.S zu prüfen.<sup>55</sup>

Bei einer Kündigung im Rahmen von § 1 Abs. 2 KSchG soll eine Interessenabwägung erfolgen. Denn ein Wort, „bedingt“ in § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG bedeutet über die bloße Normierung einer Kausalbeziehung hinaus „erforderlich machen“: wann eine Kündigung in diesem Sinne erforderlich ist, lässt sich nur an Hand einer umfassenden Interessenabwägung feststellen.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Heimbach, Verhältnis, S. 64.

<sup>54</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 40 - 41.

<sup>55</sup> Preis, Prinzipien, S. 475.

<sup>56</sup> MünHBArbR/Berkowsky, § 134, Rn. 49.



Die schutzwürdigen Interessen für die Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB können sich aus dem Arbeitsverhältnis selbst ergeben: Das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzrecht ist verankert im Individualarbeitsrecht.<sup>57</sup> Deswegen muss die Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung auch aus dem Sinn und Zweck des materiellen Arbeitsvertrags folgen.<sup>58</sup> Der Arbeitsvertrag basiert auf einem Austauschverhältnis, sodass es so wichtig festzustellen ist, für welchen Zweck der Arbeitsvertrag geschlossen wurde.<sup>59</sup> Dadurch ist festzustellen, welche Interessen in Zusammenhang mit einem Vertragszweck bei der Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden müssen.<sup>60</sup>

Das Arbeitsgericht berücksichtigt nicht nur vertragsbezogenen Interessen, sondern alle Interessen des konkreten Einzelfalls. Es soll eine umfassende Abwägung stattfinden, um eine möglichst gerechte Entscheidung zu fällen.<sup>61</sup>

### **III. Die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung**

#### 1. Ausgangspunkt

Das KSchG erklärt eine ordentliche Kündigung für zulässig, wenn sie durch betriebs-, verhaltens- oder personenbedingte Gründe sozial gerechtfertigt ist. Eine solche Aufteilung kennt das Recht der außerordentlichen Kündigung nicht, sodass im theoretischen Ansatz ordentliche und außerordentliche

---

<sup>57</sup> *Wolfschläger*, Unzumutbarkeit, S. 153.

<sup>58</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 224.

<sup>59</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 225.

<sup>60</sup> *Wolfschläger*, Unzumutbarkeit, S. 153.

<sup>61</sup> LAG Schleswig-Holstein 29. 09. 2010 - 3 Sa 233/10, NZA-RR 2011, 126.

Kündigung unabhängig nebeneinander bestehen.<sup>62</sup> Indes ergeben sich zwischen beiden Kündigungsformen zahlreiche Wechselwirkungen.

In diesem Abschnitt werden zunächst nur die Tatbestandsmerkmale der verhaltensbedingten Kündigung im KSchG zur Abgrenzung zur personenbedingten Kündigung besprochen.

## 2. Abgrenzung zur personenbedingten Kündigung

Eine personenbedingte Kündigung ist dann gerechtfertigt, wenn Umstände in der Person des Arbeitnehmers dessen Weiterbeschäftigung im Unternehmen entgegenstehen. Z.B. eine mangelnde Eignung muss dem Arbeitnehmer in Zukunft anhalten, sodass eine Änderung der kündigungsbegründenden Umstände durch den Arbeitnehmer unmöglich ist.<sup>63</sup> Dagegen ist eine verhaltensbedingte Kündigung dadurch sinnvoll, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten steuern konnte.<sup>64</sup> D.h. er hätte eine bestimmte Handlung unterlassen oder vornehmen können. Entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer auf das jeweilige Manko einen aktiven willentlichen Einfluss hat. Es muss ihn also ein Verschulden daran treffen. Wäre es ihm also möglich gewesen, die fragliche Tätigkeit abzustellen, ist keine personen-, sondern eine verhaltensbedingte Kündigung zu prüfen.<sup>65</sup>

## 3. Frist

Anders als für die außerordentliche Kündigung in § 626 BGB, gibt es keine Regelung der Kündigungserklärungsfrist für die ordentliche Kündigung.

---

<sup>62</sup> *Bayreuther*, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 325.

<sup>63</sup> *MünKommBGB/Hergenöder*, § 1 KSchG, Rn. 124.

<sup>64</sup> *MünKommBGB/Hergenöder*, § 1 KSchG, Rn. 128.

<sup>65</sup> *Bayreuther*, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 320.

Aber es wäre mit dem Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 12 I GG nicht zu vereinbaren, wenn der Arbeitgeber einen Kündigungsgrund über längere Zeit „auf Vorrat“ hielte, um ihn bei passend erscheinender Gelegenheit geltend zu machen und ein beanstandungslos fortgesetztes Arbeitsverhältnis zu einem beliebigen Zeitpunkt kündigen zu können.<sup>66</sup> Deswegen gilt der allgemeine Grundsatz der Verwirkung nach § 242 BGB für die ordentliche Kündigung.<sup>67</sup>

#### 4. Kündigungsgründe

##### 1) Pflichtverletzung

Es muss eine Verletzung einer Hauptleistungspflicht oder einer nicht unwesentlichen Nebenleistungspflicht aus dem Vertrag vorliegen.<sup>68</sup> Der Arbeitnehmer muss seine Arbeitsleistung in der rechten Weise zur rechten Zeit am rechten Ort und in der geschuldeten Qualität erbringen.<sup>69</sup> Unvollständig ist, den zeitlichen, örtlichen, methodischen sowie qualitativen Maßstab zu setzen. Solche Nebenleistungspflichten sind z.B. Unterlassungspflichten bezüglich des Arbeitsverhältnisses.<sup>70</sup> Sie kommen in großer Anzahl und einer Vielzahl individueller Ausprägungen vor. Deswegen wäre es auch unvollständig ein Kriterium zu bilden.

Die Pflichtverletzung als Kündigungsgrund muss dem Arbeitnehmer vorwerfbar und von ihm selbst steuerbar sein,<sup>71</sup> z.B. Beschimpfungen,

---

<sup>66</sup> BAG 11. 09. 1997 - 8 AZR 14/96. Juris.

<sup>67</sup> BAG 15. 08. 2002 - 2 AZR 514/01, NZA 2003, 795.

<sup>68</sup> Berkowsky, NZA-RR, 2001, 1, 3.

<sup>69</sup> Berkowsky, NZA-RR, 2001, 1, 7.

<sup>70</sup> Berkowsky, NZA-RR, 2001, 1, 14.

<sup>71</sup> ErfK/Oetker, § 1 KSchG, Rn. 188.

Tätlichkeiten, Diebstähle im Betrieb, Arbeitsverweigerung oder ständige Unpünktlichkeit.<sup>72</sup> Eine vorsätzliche oder fahrlässige Handlung des Arbeitnehmers, die durch sein eigenes Verhalten steuerbar ist, führt zur Bewertung des Handelns als rechtswidrig und schuldhaft, sodass es als sich auf den Vertrag beziehende Leistungsstörung dem Arbeitnehmer vorwerfbar ist.<sup>73</sup> Folglich ist die vertraglich nicht erfasste Handlung des Arbeitnehmers grundsätzlich kündigungsschutzrechtlich ohne Bedeutung.<sup>74</sup> Außerdem ist ein bloßes Anhaften einer Eigenschaft an einer Person kein Verhalten, sodass auch dieses im Bereich des verhaltensbedingten Kündigungsrechts ohne Bedeutung bleibt.<sup>75</sup>

## 2) Wiederholungsgefahr

Die Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung besteht darin, ein – regelmäßig schuldhaftes – vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers festzustellen. Dabei ist auch zu prüfen, ob der Arbeitnehmer in Zukunft wieder gleichartige Pflichtverletzungen begehen oder ob sich ein einmaliges schwerwiegendes Ereignis in der Vergangenheit auch künftig weiter belastend auswirken wird.<sup>76</sup> Deswegen wird in der Regel eine rechtzeitige und deutliche Abmahnung vorausgesetzt.<sup>77</sup> Denn die Abmahnung hat den Zweck, den Arbeitnehmer zu veranlassen, sein bisheriges Verhalten, das mit den vertraglichen Pflichten nicht vereinbar ist, künftig zu ändern.<sup>78</sup> Aber die Abmahnung ist entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit

---

<sup>72</sup> KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 138.

<sup>73</sup> BAG 21. 11. 1996 - 2 AZR 357/95, AP BGB § 626 Nr. 130.

<sup>74</sup> ErfK/Oetker, § 1 KSchG, Rn. 193.

<sup>75</sup> ErfK/Oetker, § 1 KSchG, Rn. 189.

<sup>76</sup> APS/Vossen, § 1 KSchG, Rn. 272a.

<sup>77</sup> APS/Vossen, § 1 KSchG, Rn. 422, 423.

<sup>78</sup> Preis, Prinzipien, S. 329 - 330.

und besondere Schwere seines Verhaltens kannte und sich dennoch nicht vertragsgerecht verhalten wollte.<sup>79</sup> Im Angesicht des Prognoseprinzips wird zum Teil vertreten, dass die verhaltensbedingte Kündigung im Arbeitsrecht als Teil der Sanktionen eine Rolle spielt,<sup>80</sup> sodass die Abmahnung auch als Sanktion verstanden werden kann. Aber diese Ansicht verstößt gegen die Natur der Kündigung, die aus der ex-nunc-Wirkung des Kündigungsrechts und aus der Natur des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis folgt.<sup>81</sup>

Ob die Wiederholungsgefahr weiterer Pflichtverletzungen gegeben und das Vertrauen für die Zukunft unwiederbringlich zerstört ist, hängt zwar von der Dauer ab, in der die Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat.<sup>82</sup> Aber diese Prognose besteht nur in einer Vermutung oder Voraussicht.<sup>83</sup> An dieser Stelle kommt es darauf an, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerade bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bis zum vereinbarten Vertragsende unzumutbar ist. Gerade innerhalb dieses Zeitraumes z.B. der Frist in § 622 Abs. 1 BGB ist mit wiederholten Pflichtverletzungen zu rechnen.<sup>84</sup>

Die verhaltensbedingte Kündigung richtet sich zwar auf die Zukunft, aber die tatsächliche Grundlage der Prognose hängt von den Ereignissen in der Vergangenheit ab, denn sie basiert auf dem Gewicht und den Auswirkungen der Vertragspflichtverletzung.<sup>85</sup> Das Unrechtsbewusstsein des Arbeitnehmers

---

<sup>79</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 28.

<sup>80</sup> Adam, NZA 1998, 285.

<sup>81</sup> Preis, Prinzipien, S. 332.

<sup>82</sup> LAG Hamm 23. 09. 2001 - 7 Sa 1264/10, Juris.

<sup>83</sup> Bergwitz, BB 1998, 2310, 2314.

<sup>84</sup> Enderlein, RdA 2000, 325.

<sup>85</sup> BeckOnKomm/Rolfs, § 1, KSchG.

oder der Grad der Heimlichkeit bei der Tat beeinflussen die Grundlage der Prognose genauso<sup>86</sup>, denn sie können den Verschuldensgrad mildern und dadurch eine Negativprognose auch vermeiden.

#### **IV. Das Verhältnis der außerordentlichen Kündigung zur ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung**

##### 1. Unterschied zwischen ordentlichen und außerordentlichen Kündigung

Die ordentliche und außerordentliche Kündigung unterscheiden sich in verhaltensbedingten Fällen nur nach dem Gewicht des Kündigungsgrundes, d.h. für die außerordentliche Kündigung bedarf es einer schwerwiegenderen Pflichtverletzung als für die ordentliche Kündigung.<sup>87</sup> Daraus folgt, dass ein außerordentlicher Kündigungsgrund immer auch gleichzeitig ein Grund für eine ordentliche Kündigung sein kann.<sup>88</sup>

Die ordentliche und außerordentliche Kündigung unterscheiden sich in verhaltensbedingten Fällen nach der Interessenabwägung nicht wesentlich voneinander, vielmehr wird sie in ähnlicher Weise vorgenommen. Die Interessenbeeinträchtigung des Arbeitgebers muss im Fall einer außerordentlichen Kündigung so hoch sein, dass eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt werden kann.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> BeckOnKomm/Rolfs, § 1 und § 3, KSchG.

<sup>87</sup> Preis, DB 1988, 1444.

<sup>88</sup> MünHbArb/Wank, § 98, Rn. 17.

<sup>89</sup> SPV/Preis, § 22, Rn. 565 - 566.

## 2. Verhältnis der außerordentlichen Kündigung zur ordentlichen Kündigung

Nach dem Ultima - Ratio Prinzip ist die ordentliche Kündigung ein milderes Mittel zur außerordentlichen Kündigung. Nächste stehen beide Kündigungsarten in einem Verhältnis der Gleichordnung in Bezug auf einen Kündigungsgrund und eine Interessenabwägung zueinander<sup>90</sup> und im Bereich des Kündigungsgrundes ist eine ordentliche Kündigung bei leichteren Fällen vorgesehen, während eine außerordentliche Kündigung schwerere Fälle betrifft.<sup>91</sup>

Die ordentliche Kündigung garantiert darüber hinaus grundsätzlich einen zeitlich befristeten Kündigungsschutz, denn die Kündigungsfrist unterliegt einem Gesetz (§ 622 BGB), einem Tarifvertrag oder einer einzelvertraglichen Vereinbarung. Die außerordentliche Kündigung ist nach § 626 Abs. 1 BGB mit sofortiger Wirkung zulässig, wenn eine Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses unzumutbar ist. Der Anwendungsbereich des § 626 BGB erstreckt sich auf alle Arten von Dienstverhältnissen einschließlich der Arbeitsverhältnisse und erfasst sowohl die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers als auch die des Arbeitnehmers.<sup>92</sup>

## 3. Zwischenergebnis

Die ordentliche Kündigung ist somit dadurch gekennzeichnet, dass bei Vorliegen eines entsprechenden Sachverhalts die dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar, die Fortsetzung bis zum Ablauf der

---

<sup>90</sup> *Heimbach*, Verhältnis, S. 144.

<sup>91</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 476.

<sup>92</sup> *APS/Vossen*, § 626 BGB, Rn. 3

Kündigungsfrist dagegen durchaus noch zumutbar ist.<sup>93</sup> Bei der außerordentlichen Kündigung müssen demgegenüber sowohl die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überhaupt als auch die Einhaltung einer Kündigungsfrist zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sein.<sup>94</sup> Die Hürde für eine außerordentliche Kündigung liegt höher als diejenige für eine ordentliche Kündigung. So gesehen ist die außerordentliche Kündigung ein „Mehr“ im Vergleich zur ordentlichen Kündigung.<sup>95</sup> Ferner spricht der Arbeitgeber gewöhnlich neben einer außerordentlichen Kündigung hilfsweise auch eine ordentliche Kündigung bei Pflichtverletzungen bzw. Verhaltensverstößen aus.<sup>96</sup> In diesem Sinne kann eine unwirksame außerordentliche Kündigung nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden.<sup>97</sup> Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung setzt hiernach voraus, dass eine ordentliche Kündigung dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dass dieser Wille für den Kündigungsempfänger zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung erkennbar war ist.<sup>98</sup>

## **V. Kategorisierung der außerordentlichen Kündigung**

### 1. Tat Kündigung

Die Konkretisierung des wichtigen Grundes in § 626 Abs. 1 BGB verlangt das Vorliegen bestimmter Tatsachen. Dabei handelt es sich nicht nur um eine Tatbegehung, wie eine strafbare Handlung, sondern auch um Pflicht-

---

<sup>93</sup> Heimbach, Verhältnis, S. 145.

<sup>94</sup> Heimbach, Verhältnis, S. 145.

<sup>95</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 325.

<sup>96</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 325.

<sup>97</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 325.

<sup>98</sup> BAG 15. 11. 2001 – 2 AZR 310/00, DB 2002, 1562.



verletzungen oder um die Indizien, die in einem folgenden Kündigungsschutzprozess durch einen Arbeitgeber die Tatbegehung sicher erweisen können.<sup>99</sup> Der Arbeitgeber muss nach seiner Darlegungs- und Beweislast diese Tat oder diese Indizien nachweisen können,<sup>100</sup> denn die Tatkündigung ist nicht wirksam, wenn der Nachweis der Tat im Prozess dem Arbeitgeber nicht gelingt.<sup>101</sup> Der Begriff der Tatkündigung wird somit als Synonym für den „Normalfall“ einer verhaltensbedingten (oder seltener: personenbedingten) Kündigung wegen einer tatsächlich vom Arbeitnehmer begangenen Straftat oder Pflichtverletzung verwendet.<sup>102</sup>

## 2. Verdachtskündigung

### 1) Ausgangssituation

Eine Verdachtskündigung geht von einem Sachverhalt aus, bei dem ein Beweis, ob ein Arbeitnehmer tatsächlich eine Pflicht verletzt hat, nicht besteht, sondern nur der Verdacht besteht, dass der Arbeitnehmer eine schwerwiegende Vertragsverletzung begangen hat.<sup>103</sup> Ein Vertrauensverlust im Arbeitsverhältnis könnte aus diesem Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragsverletzung stammen.<sup>104</sup> Dies setzt voraus, dass objektive tatsächliche Anhaltspunkte den dringenden Verdacht begründen und es gerade die Verdachtsmomente sind,

---

<sup>99</sup> Schönfeld, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1999, 299.

<sup>100</sup> APS/Vossen, § 626 BGB, Rn. 346, 346a.

<sup>101</sup> BAG 20. 01. 1984 - 7 AZR 143/82, Juris. Aber ob der Nachweis durch den Arbeitgeber den Tatsachen entspricht, ist lediglich für die Wirksamkeit der Kündigung, nicht aber für die Einordnung als Tatkündigung von Relevanz. Ausführlich siehe Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 31.

<sup>102</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 31.

<sup>103</sup> BAG 05. 04. 2001 – 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837.

<sup>104</sup> BAG 17. 05. 1984 – 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91.

die das schutzwürdige Vertrauen des Arbeitgebers zerstören und ihm deshalb die weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen.<sup>105</sup>

Im deutschen Arbeitsrecht besteht keine gesetzliche Regelung zur Kündigung aufgrund eines Verdachtes, so dass hier auf die Generalklausel des § 626 Abs. 1 BGB zurückzugreifen ist.<sup>106</sup> Seit den 1950´er Jahren hat das BAG ständig die Verdachtskündigung für zulässig erachtet.<sup>107</sup>

## 2) Entwicklung der Rechtsprechung des BAG

Das BAG hatte im Jahr 1955 dogmatisch die Zulässigkeit der Verdachtskündigung bestätigt, nicht durch den Strafrichter, sondern durch eine eigene Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts hat es den Verdacht einer strafbaren Handlung als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen zu können.<sup>108</sup> D.h. das BAG überprüft selbst die Rechtfertigung der Kündigung. Dem BGH folgend muss der Verdacht auf Tatsachen gegründet sein und so schwer wiegen muss, dass ein vernünftiger Dienstherr daraus Misstrauen gegen die Zuverlässigkeit des Dienstverpflichteten schöpfen kann.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 224 ff.; Mitterer, NZA - RR 2011, 449, 453.

<sup>106</sup> Lücke, BB 1997, 1842, 1844.; Orth, Die Verdachtskündigung, S. 4.

<sup>107</sup> BAG 12, 05, 1955 - 2 AZR 77/53, AP Nr. 1 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen. Aber das Reichsgericht und das Reichsarbeitsgericht haben auch schon die Verdachtskündigung als zulässig angesehen. Nach dieser Entscheidung reicht „der bloße und nicht etwa schuldhaft herbeigeführte Verdacht“ als Grund für eine fristlose Kündigung zwar noch nicht aus, aber dieser Verdacht als „Vertrauensstörung“ könnte dazu führen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Ausführlich siehe, RG 20. 11. 1936 - II 110/36, JW 1937, 1146 und RAG 23. 06. 1934 - ARS Bd - 21, S. 145.

<sup>108</sup> BAG 12. 05. 1955 - 2 AZR 77/53, AP Nr. 1 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen.

<sup>109</sup> Schlegel, Das BAG und die Verdachtskündigung, S. 6 f.; BGH 13, 07, 1955 VI – ZR 88/55, AP Nr. 2 zu § 611 BGB, Fürsorgepflicht.

Seit den 1970'er Jahren hat das BAG die Voraussetzungen der Verdachtskündigung bestätigt. Die Rechtsprechung verlangte eine Sachverhaltsaufklärung durch eine Anhörung um eine Stellungnahmen des verdächtigten Arbeitnehmers zu garantieren.<sup>110</sup> Später sah das BAG diese Anhörung als formale Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verdachtskündigung an.<sup>111</sup>

Seit den 1990'er Jahren war das BAG auf verschiedene Einzelproblemen eingegangen. So verstößt die Verdachtskündigung, z.B. gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK nicht.<sup>112</sup> Ferner war der tatbestandliche Unterschied zwischen Tatkündigung und Verdachtskündigung entscheidungslevant.<sup>113</sup>

### 3) Voraussetzungen für die Verdachtskündigung nach Rechtsprechungen des BAG

#### a) Straftat – Pflichtverletzung

Bei der Verdachtskündigung ist der verdachtsbedingte Vertrauensverlust als Kündigungsgrund anzusehen.<sup>114</sup> Diese Beeinträchtigung oder dieser Verlust liegt vor, wenn der Verdacht eine strafbare Handlung betrifft.<sup>115</sup> Diese Bindung des Verdachts an strafbares Handeln ist auf zivilrechtliche Merkmale präzisiert worden, sodass „eine sonstige Verfehlung“ oder

---

<sup>110</sup> BAG 27. 01. 1972 – AZR 157/71, AP Nr. 2 zu § 626 BGB, Ausschlussfrist.

<sup>111</sup> BAG 11. 04. 1985 – AZR 239/84, AP Nr. 17 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen.

<sup>112</sup> BAG 14. 09. 1994 – 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269.

<sup>113</sup> BAG 10. 02. 2005 – 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056.

<sup>114</sup> BAG 06. 11. 2003 - 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919.

<sup>115</sup> BAG 23. 02. 1961 - 2 ARZ 187/59, AP Nr. 9 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen.

„Pflichtverletzung“ ausreichend sein kann um das erforderliche Vertrauen wegfallen zu lassen.<sup>116</sup> Die Pflichtverletzungen sind von Bedeutung, wenn sie kündigungswichtig sind.<sup>117</sup> Zugleich müssen strafbare Handlungen oder Pflichtverletzungen irgendwie einen Bezug auf das Arbeitsverhältnis nehmen.<sup>118</sup> Ob eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung oder Straftat vorliegt, hängt nicht von der strafrechtlichen Würdigung eines den Sachverhalt begründenden Verhaltens ab, sondern von der Beeinträchtigung des für das Arbeitsverhältnis erforderlichen Vertrauens durch den Verdacht.<sup>119</sup>

#### b) Der Verdacht

Ein Verdacht ist kündigungswichtig nur dann ausreichend, wenn die Kündigung gerade damit begründet wird, dass es dieser Verdacht ist, der das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört.<sup>120</sup> Darüber hinaus muss der Verdacht objektiv begründet und dringend sein. Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen, reichen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus.<sup>121</sup> Auf dieser Auffassung des BAG basieren die strengen Voraussetzungen für die Verdachtskündigung.<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> Orth, Verdachtskündigung, S. 9.

<sup>117</sup> BAG 10. 09. 1982 - 2 AZR 201/80, Juris.

<sup>118</sup> BAG 06. 11. 2004 - 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919.

<sup>119</sup> BAG 20. 08. 1997 - 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340; BAG 08. 06. 2000 - 2 AZR 638/99, NZA 2000, 1282.

<sup>120</sup> BAG 04. 06. 1964 - 2 AZR 310/63, AP Nr. 13 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen.

<sup>121</sup> BAG 11. 04. 1985 - 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674.

<sup>122</sup> BAG 11. 04. 1985 - 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674.

aa) Die den Verdacht begründenden Indizien

Der Verdacht muss durch bestimmte Tatsachen objektiv begründet sein.<sup>123</sup> Tatsachen sind konkret, nach Zeit und Raum bestimmt, der Vergangenheit oder Gegenwart angehörige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Seelenlebens.<sup>124</sup> Deshalb reicht eine bloß subjektive Vermutung oder Befürchtung des Arbeitgebers nicht aus.<sup>125</sup> Vielmehr müssen Umstände in Betracht kommen und diese Umstände müssen so beschaffen sein, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können.<sup>126</sup> Es kommt bei der Feststellung des Verdachts nicht auf einen besonders enttäuschten oder sensiblen Arbeitgeber an, sondern der Vernünftige ist der Maßstab.<sup>127</sup>

Die Tat soll nicht nachgewiesen werden müssen, sondern vielmehr ist entscheiden, ob die den Verdacht begründenden Indizien zutreffen, also entweder unstreitig sind oder vom Arbeitgeber bewiesen werden.<sup>128</sup> Den Verdacht der Pflichtverletzung, der das Vertrauen für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zerstört, muss der Arbeitgeber nachweisen. Den Arbeitgeber trifft die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der den Verdacht begründenden Indizien.<sup>129</sup>

---

<sup>123</sup> BAG 21. 06. 1995 - 2 ARZ 735/94, Juris.

<sup>124</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 131 - 132.

<sup>125</sup> BAG 04. 06. 1964 - 2 AZR 310/63, AP Nr. 13 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen.

<sup>126</sup> BAG 08. 02. 1980 - 7 AZR 65/78, Juris.

<sup>127</sup> *Eylert*, NZA – RR 2014, 393, 398.

<sup>128</sup> BAG 10. 02. 2005 - 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056.

<sup>129</sup> BAG 08. 02. 1980 - 7 AZR 65/78, Juris.

## bb) Der Grad des Verdachtes

Der Verdacht muss so dringend sein, dass der Gekündigte der Pflichtwidrigkeit verdächtig ist,<sup>130</sup> d.h. für die Tat muss eine große Wahrscheinlichkeit bestehen.<sup>131</sup> Diese Wahrscheinlichkeit basiert auf dem Beweisanzeichen, dass der Gekündigte die Pflichtwidrigkeit begangen hat.<sup>132</sup> Die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers muss so gewichtig sein, dass sie eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnte.<sup>133</sup> Darüber hinaus stellte das BAG auf, dass der Verdacht erdrückend sein muss.<sup>134</sup>

## cc) Zeitliches Vorliegen des dringenden Verdachtes

Das BAG stellte zwar in den frühen Urteilen fest: Bei der Beurteilung einer Verdachtskündigung werden nicht nur bereits bei Zugang der Kündigung bestehende, sondern auch erst nach Ausspruch der Kündigung entstandene Umstände berücksichtigt, wenn sie sich auf die Intensität des Verdachts auswirken können.<sup>135</sup> Der Verdacht kann deshalb im Laufe des Kündigungsschutzprozesses bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz rückwirkend ausgeräumt oder bestätigt werden.<sup>136</sup>

---

<sup>130</sup> BAG 04. 06. 1964 - 2 AZR 310/63, AP Nr. 13 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen.

<sup>131</sup> BAG 26. 09. 1990 – 2 AZR 602/89, Juris.

<sup>132</sup> BAG 08. 02. 1980 - 7 AZR 65/78, Juris.

<sup>133</sup> BAG 10. 12. 2009 - 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698.

<sup>134</sup> BAG 21. 11. 2013 - 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243.

<sup>135</sup> BAG 24. 01. 1985 - 2 AZR 317/84, NZA 1986, 25.

<sup>136</sup> BAG 18. 11. 1999 - 2 AZR 743/98, NZA 2000, 418.

Aber diese Auffassung des BAG trifft auf die Kritik, denn die Kündigung als Gestaltungsrecht des Arbeitgebers ist grundsätzlich bedingungsfeindlich,<sup>137</sup> so dass die Wirksamkeit der Kündigung von diesen Umständen unabhängig sein muss.<sup>138</sup> Deswegen hat das BAG seine Auffassung revidiert: Die Beurteilungsgrundlagen für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sind grundsätzlich die objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der schriftlichen Kündigungserklärung.<sup>139</sup> Dieser Grundsatz gilt nicht nur für eine Tatündigung, sondern auch für Verdachtskündigungen.<sup>140</sup> Die nach Ausspruch der Kündigung entstanden Umstände können nur einen erneuten Kündigungsgrund darstellen.<sup>141</sup>

#### dd) Nachschieben von Gründen

Die Möglichkeit, Gründe nachzuschieben, hängt davon ab, ob diese bereits im Zeitpunkt des Zugangs der schriftlichen Kündigungserklärung vorliegen. Wenn sie in diesem Zeitpunkt schon bestanden, kann der Arbeitgeber grundsätzlich jederzeit nicht nur neue Verdachtsmomente zur Unterstützung des bereits der Kündigung zugrunde gelegten Verdachts, sondern auch neue Tatsachen, aus denen sich der Verdacht einer weiteren Tat ergibt, als Kündigungsgrund nachschieben.<sup>142</sup>

Der Auffassung des BAG zufolge ist das Nachschieben von Gründen im Kündigungsprozess möglich, wenn die Umstände im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch nicht bekannt waren, aber sie beim Kündigungszugang

---

<sup>137</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 620 BGB, Rn. 16.

<sup>138</sup> Belling, RdA 1996, 223, 236 ff.

<sup>139</sup> BAG 16. 02. 2012 - 8 AZR 693/10, NZA - RR 2012, 465.

<sup>140</sup> KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 233.

<sup>141</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 54.

<sup>142</sup> Walker, NZA 2009, 921, 924.

objektiv schon gegeben waren.<sup>143</sup> Es bedarf keiner erneuten Anhörung des Arbeitnehmers, denn der Arbeitnehmer als Beteiligter im Prozess kann sich gegen den verstärkten Verdacht ausreichend im Kündigungsschutzprozess verteidigen.<sup>144</sup> Aber anders als die Anhörung des Arbeitnehmers ist eine vorherige Anhörung des Betriebsrats analog § 102 Abs. 1 BetrVG dann erforderlich, wenn erst die nachgeschobenen Umstände einen dringenden Verdacht begründen, denn der Betriebsrat ist kein Beteiligter der Kündigungsschutzklage und kann sich daher nicht im Prozess zu den nachgeschobenen Tatsachen äußern.<sup>145</sup>

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber im Laufe der Instanz und somit nachträglich neue Gründe, die nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bestanden, für die Verdachtskündigung nachschieben kann.<sup>146</sup> Grundsätzlich ist das Nachschieben von Gründen verboten, wenn die neuen Gründe nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung entstanden sind. Ausnahmsweise ist das Nachschieben von Gründen möglich, wenn die neuen Gründe, die nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung entstanden sind, den gegen den Arbeitnehmer bestehenden Verdacht abschwächen und bei Zugang der Kündigung rein objektiv berücksichtigt werden können.<sup>147</sup>

Denkbar ist, dass die neuen Gründe, die nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung entstanden sind, zulasten des Arbeitnehmers sind oder den Verdacht verstärken. In diesem Fall muss das Nachschieben von Gründen verboten werden und die neuen Umstände können nur einen

---

<sup>143</sup> BAG 18. 06. 2015 - 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287.

<sup>144</sup> BAG 23. 05. 2013 - 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416.

<sup>145</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 308 - 310.

<sup>146</sup> BAG 06. 11. 2003 - 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919.

<sup>147</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 309.



erneuten Kündigungsgrund darstellen.<sup>148</sup> Eine erneute Anhörung des Arbeitnehmers und eine vorherige Anhörung des Betriebsrats in § 102 Abs. 1 BetrVG ist vor der erneuten Kündigungsklage erforderlich.

Schließlich ist das Nachschieben der Gründe, als Ausnahme, im Verdachtskündigungsprozess zulässig, wenn die neuen Gründe nach dem Zeitpunkt und zugunsten des Arbeitnehmers sind. Dieses kann nur unter sehr engen Voraussetzungen – nach der Ansicht des BAG – zulässig sein.

#### ee) Auswirkungen strafrechtlicher Folgen

Die Tatsachenfeststellung der strafgerichtlichen Entscheidung binden die Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit nicht.<sup>149</sup> Das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft und die richterlichen Durchsuchungsanordnungen können keinen dringenden Tatverdacht für die Verdachtskündigung begründen.<sup>150</sup> Aber im Strafverfahren gewonnene Erkenntnisse oder Handlungen der Strafverfolgungsbehörden können die Annahme verstärken, der Arbeitnehmer habe die Pflichtverletzung begangen.<sup>151</sup> Die Erhebung einer Anklage kann deshalb durchaus zu einer den Verdacht intensivierenden Wirkung führen, wenn sie vom Arbeitgeber in den Kündigungsschutzprozess überhaupt einbezogen worden ist.<sup>152</sup> D.h. die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens begründet regelmäßig keinen ausreichenden Verdacht, aber die Erhebung der Anklage und die Eröffnung des Hauptverfahrens wirken in der Regel verdachtsverstärkend.

---

<sup>148</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 54.

<sup>149</sup> BAG 20. 08. 1997 - 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340.

<sup>150</sup> BAG 29. 11. 2007 - 2 AZR 724/06, DB 2008, 709.

<sup>151</sup> Eylert, NZA – RR 2014, 393, 400.

<sup>152</sup> Eylert, NZA – RR 2014, 393, 400.

#### ff) Beweis- und Darlegungslast

Wie bei einer Tatkündigung muss der Arbeitgeber auch bei einer Verdachtskündigung die den Verdacht begründenden Tatsachen darlegen und beweisen.

Allein auf eine den dringenden Tatverdacht bejahende Entscheidung der Strafverfolgungsbehörden als solche kann die Verdachtskündigung nicht gestützt werden. Ebenso wie bei der Kündigung wegen einer aus Sicht des Arbeitgebers erwiesenen Tat, bei der eine strafgerichtliche Verurteilung für sich genommen nicht ausreicht, die Kündigung zu rechtfertigen, sind die Gerichte für Arbeitsachen auch bei der Verdachtskündigung gehalten, den Sachverhalt im Kündigungsschutzprozess im Rahmen des Parteivorbringens selbst aufzuklären und zu bewerten.<sup>153</sup>

#### gg) Die gerichtliche Beweiswürdigung

Bei der Verdachtsfeststellung handelt es sich um die Beweiswürdigung, denn das Gericht muss unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist.<sup>154</sup> Dies hat vor allem bei einer Tatsachensfeststellung Bedeutung, sodass die Tatsachengerichte, wie Arbeits- und Landesarbeitsgerichte, alle erhobenen Beweis würdigen müssen. Die Beweiswürdigung muss widerspruchsfrei sein und darf nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Verfahrensgrundsätze verstoßen.<sup>155</sup> Dadurch müssen die Tatsachengerichte beurteilen, ob mindestens eine hohe

---

<sup>153</sup> BAG 25. 10. 2012 – 2 AZR 700/11, NZA 2013, 371.

<sup>154</sup> *Kalb*, ZfA 2016, 467, 471.

<sup>155</sup> BAG 16, 07, 2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161.

Wahrscheinlichkeit für den Pflichtverstoß vorliegt. Dabei geht es um einen komplexen dynamischen Erkenntnisprozess, dessen Gegenstand die an äußere Tatsachen geknüpfte Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung ist.<sup>156</sup>

### c) Sachverhaltsaufklärung – Anhörungspflicht

#### aa) Grundlage

Die Anhörungspflicht basiert auf der Rechtsprechung des BAG im Jahr 1985: „Der Arbeitgeber hat alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts zu unternehmen und die Erfüllung der Aufklärungspflicht ist Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verdachtskündigung“. <sup>157</sup> Diese Anhörungspflicht stammt aus dem Ultima - Ratio Prinzip, denn anders als bei einem aufgrund von Tatsachen bewiesenen Sachverhalt besteht bei einer Verdachtskündigung immer die Gefahr, dass ein Unschuldiger betroffen ist.<sup>158</sup> Deswegen ist diese Anhörung als Voraussetzung anzusehen, weil durch die Anhörung die Verdachtsmomente beseitigt werden können.

Die Anhörung des Arbeitnehmers hat im Zuge der gebotenen Aufklärung des Sachverhalts zu erfolgen.<sup>159</sup> Ihr Umfang richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>160</sup> Sie muss nicht den Anforderungen einer Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 BetrVG genügen<sup>161</sup>, denn der Zweck der beiden Anhörungen ist jeweils völlig anderer und die beiden sind deshalb

---

<sup>156</sup> *Kalb*, ZfA 2016, 467, 472.

<sup>157</sup> BAG 11. 04. 1985 - 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674.

<sup>158</sup> BAG 13. 09. 1995 - 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81.

<sup>159</sup> BAG 13. 03. 2008 - 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

<sup>160</sup> BAG 13. 09. 1995 - 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81.

<sup>161</sup> BAG 26. 09. 2002 - 2 AZR 424/01, NZA 2003, 991.

nicht vergleichbar.<sup>162</sup> Der Zweck der Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung ist es, den Sachverhalt aufzuklären und dadurch dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Entlastung bzw. Entkräftung des Verdachtsmoments einzuräumen sowie die ihm gemachten Vorwürfe zu entkräften.<sup>163</sup> Die Anhörung bezweckt es nicht, dem verdächtigen Arbeitnehmer eine zuverlässige Einschätzung darüber zu vermitteln, ob der Arbeitgeber wohl in der Lage sein wird, die erhobenen Vorwürfe zu beweisen.<sup>164</sup>

bb) Zeitpunkt der Anhörung - Beziehung zur Kündigungserklärungsfrist in § 626 Abs. 2 BGB

Die Anhörung soll den Arbeitgeber vor voreiligen Entscheidungen bewahren und der Gefahr begegnen, dass ein Unschuldiger von der Kündigung betroffen ist.<sup>165</sup> Eine nachträgliche Anhörung genügt nicht und kann einen Einleitungsmangel nicht heilen.<sup>166</sup>

Problematisch ist die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Diese Frist als gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand<sup>167</sup> beginnt, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und vollständige, positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglichen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht.<sup>168</sup> Aber diese Frist ist auch gehemmt, solange der Kündigungs-

---

<sup>162</sup> BAG 24. 05. 2012 - 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137.

<sup>163</sup> BAG 13. 03. 2008 - 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

<sup>164</sup> *Eylert*, NZA – RR 2014, 393, 401.

<sup>165</sup> BAG 03. 05. 2013 - 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416.

<sup>166</sup> *Eylert*, NZA – RR 2014, 393, 401.

<sup>167</sup> BAG 26. 09. 2013 - 2 AZR 741/12, NZA 2014, 529.

<sup>168</sup> BAG 25. 11. 2010 - 2 AZR 171/09, NZA – RR 2011, 177.

berechtigte die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt.<sup>169</sup> Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber ohne eigenes Verschulden an ihrer Einhaltung gehindert ist.<sup>170</sup> Die Anhörung ist dem BAG folgend als Maßnahme zur Fristhemmung anzusehen: „um den Lauf der Frist nicht länger als notwendig hinauszuschieben, muss eine Anhörung allerdings innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Die Frist darf im Allgemeinen und ohne dass besondere Umstände vorlägen, nicht mehr als eine Woche betragen.“<sup>171</sup> Im Ergebnis ergibt sich aus dieser Auffassung des BAG eine Verlängerung der Ausschlussfrist um diese eine Woche auf dann insgesamt drei Wochen, wenn in dieser Zeit eine Aufklärung des Sachverhalts erfolgt.<sup>172</sup> Aber diese Wochenfrist kann überschritten werden, wenn hierfür ein sachlicher, erheblicher, verständiger Grund vorliegt.<sup>173</sup>

Denkbar ist der Fall, dass ein Arbeitnehmer innerhalb der Anhörungsfrist von einer Woche an einer Anhörung nicht teilnehmen kann, z.B. wegen einem Urlaub im Ausland oder wegen einem langen Krankenhausaufenthalt. Diese Situation kann als erheblicher, verständiger Grund angesehen werden. In diesem Fall soll der Arbeitgeber alles tun um die erforderlichen Ermittlungen zu garantieren.<sup>174</sup> Dies meint, dass anders als die Betriebsratsanhörung zur Kündigung gem. § 102 Abs. 1 BetrVG der Zeitpunkt für die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung flexibel ist, wenn ein sachlicher Grund vorliegt.<sup>175</sup> Ein sachlicher Grund ist nicht nur ein Urlaub im Ausland

---

<sup>169</sup> BAG 17. 03. 2005 - 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101.

<sup>170</sup> Eylert, NZA – RR 2014, 393, 405.

<sup>171</sup> BAG 02. 03. 2006 - 2 AZR 46/05, NZA 2006, 1211.

<sup>172</sup> Schlegel, Das BAG und die Verdachtskündigung, S. 144.

<sup>173</sup> BAG 10. 06. 1988 - 2 AZR 25/88, NZA 1989, 105.

<sup>174</sup> Eylert, NZA – RR 2014, 393, 403.

<sup>175</sup> BAG 05. 06. 2008 - 2 AZR 234/07, NZA – RR 2008, 630.

oder ein langer Krankenhausaufenthalt mit einem ärztlichen Attest, sondern auch neue Tatsachen, neues Beweismittel oder neues Belastungsmaterial. Entscheidend sind nach Treu und Glauben die Umstände des Einzelfalls.<sup>176</sup> Deswegen handelt der Arbeitgeber nicht willkürlich, wenn er einen sachlichen, erheblichen, verständigen Grund abzuwarten hat.<sup>177</sup>

Denkbar ist der Fall, dass der Arbeitnehmer sich ohne sachlichen Grund an einer Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung teilzunehmen weigert. Wartet der Arbeitgeber in diesem Fall die Teilnahme des Arbeitnehmers nicht ab, führt das nicht automatisch dazu, dass ihm eine Verletzung seiner Aufklärungspflicht vorzuwerfen ist.<sup>178</sup> Aber unbeschadet der Verdachtskündigung könnte dieses Verhalten des Arbeitnehmers einen neuen Kündigungsgrund darstellen. Der Arbeitgeber könnte aufgrund des neuen Kündigungsgrundes dem Arbeitnehmer kündigen.

Fraglich ist, was die Kenntnis des Kündigungsberechtigten bedeutet. Zu den Kündigungsberechtigten gehören die Mitarbeiter, denen der Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen hat.<sup>179</sup> Dagegen ist die Kenntnis anderer Personen für den Lauf der Ausschlussfrist grundsätzlich unbeachtlich. Dies gilt auch dann, wenn ihnen Aufsichtsfunktionen übertragen worden sind.<sup>180</sup> Die Ausnahme liegt vor, wenn sich der Arbeitgeber auch ihre Kenntnis nach Treu und Glauben zurechnen lassen

---

<sup>176</sup> Küttner Personalbuch/*Eisemann*, § 626 BGB, Rn. 26.

<sup>177</sup> *Eylert*, NZA – RR 2014, 393, 406.

<sup>178</sup> BAG 24. 05. 2012 - 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137.

<sup>179</sup> BAG 23. 10. 2008 - 2 AZR 388/07, DB 2009, 572: Ein Personalrat als Organ einer juristischen Person könnte ausnahmsweise ein Kündigungsberechtigter sein, wenn auf dessen Kenntnis es für den Lauf der Ausschlussfrist ankommt. Darüber hinaus soll er eine herausgehobene Position und Funktion innehaben, welche eine Anrechnung der Kenntnis nach Treu und Glauben zulässt.

<sup>180</sup> BAG 16. 07. 2015 - 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161.

muss.<sup>181</sup> Diese Personen müssen eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb innehaben sowie tatsächlich und rechtlich in der Lage sein, den Sachverhalt so umfassend zu klären, dass mit ihrem Bericht an den Kündigungsberechtigten dieser ohne weitere Nachforschungen seine (Kündigungs-) Entscheidung treffen kann.<sup>182</sup> Voraussetzung für die Zurechnung solcher Kenntnisse ist, dass die Verspätung, mit der er in eigener Person Kenntnis erlangt hat, auf einer unsachgemäßen Organisation des Betriebs beruht.<sup>183</sup>

Es fragt sich, wann die Wochenfrist beginnt. Eine Ansicht vertritt, dass die Wochenfrist beginnt, wann der Kündigungsberechtigte einen Sachverhalt für verdachtskündigungsrelevant für dringend hält.<sup>184</sup> Diese Ansicht basiert auf der Auslegung des § 626 Abs. 2 BGB. Aber diese Ansicht könnte die Vorbereitungszeit des Arbeitnehmers auf die Anhörung nicht garantieren.

Da die Verdachtskündigung auch ein selbstständiger Kündigungsgrund ist, beginnt die Ausschlussfrist Verdachtskündigung nicht notwendig mit der Kenntnis des Arbeitgebers, sondern je nach den Umständen. Die Wochenfrist soll beginnen, wenn der Kündigungsberechtigte dem Arbeitnehmer die Anhörung aufgrund des Verdachts mitteilt. Diese Mitteilung ist empfangsbedürftig, damit dem Arbeitnehmer die Zeit zur Vorbereitung garantiert wird. Da die Mitteilung an keine Form gebunden ist, kann der Arbeitgeber diese persönlich oder telefonisch übermitteln. Ausnahmsweise ist die Mitteilung nur schriftlich möglich, wenn der Kündigungsberechtigte

---

<sup>181</sup> BAG 16. 07. 2015 - 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161.

<sup>182</sup> BAG 16. 07. 2015 - 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161.

<sup>183</sup> BAG 21. 02. 2013 - 2 AZR 433/12, NZA – RR 2013, 515.

<sup>184</sup> *Kalb*, ZfA 2016, 467, 477.

den Arbeitnehmer nicht kontaktieren kann.<sup>185</sup> In diesem Fall soll die Frist mit dem Datum der Zustellungsbestätigung beginnen.

Im Rahmen der Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat den Sachverhalt, aus dem sich nach seiner Sicht der Kündigungsentschluss ergibt, mitteilen, wobei er auch die Ermittlungsmaßnahmen, die der Arbeitgeber durchgeführt hat, und deren Ergebnisse angeben muss.<sup>186</sup> Anders als die Anhörung des Betriebsrats in § 102 Abs. 1 BetrVG muss der Arbeitgeber im Rahmen der Anhörung des Arbeitnehmers dem Arbeitnehmer den aus seiner Sicht dem Verdacht zugrundeliegenden Sachverhalt möglichst umfassend mitteilen.<sup>187</sup> Andere zur Verfügung stehende Ermittlungsmaßnahmen sind, wie die Befragung von Kollegen oder die Sichtung von Beweismitteln, regelmäßig vor der Anhörung durchzuführen.<sup>188</sup> Denkbar sind zwei Fälle: im ersten Fall ergeben sich die neuen Erkenntnisse nach der Anhörung des Arbeitnehmers aber noch vor dem Ausspruch der Kündigung. In diesem Fall ist eine erneute Anhörung erforderlich, wenn sich der Arbeitnehmer zu den vorgehaltenen Verdachtsmomenten konkret einlässt, sodass der Verdacht zerstreut wird bzw. aus der Sicht des Arbeitgebers für eine Kündigung nicht mehr ausreicht und wenn erst die daraufhin durchgeführten weiteren Ermittlungen aus der Sicht des Arbeitgebers zu einer Widerlegung des Entlastungsvorbringens des Arbeitnehmers führen.<sup>189</sup> Im zweiten Fall werden die neuen Erkenntnisse nach einer bereits ausgesprochenen Kündigung herangezogen. Dieses

---

<sup>185</sup> Beispielsweise, Abwesenheit des Arbeitnehmers im Arbeitsplatz aufgrund nicht länger als drei Kalendertage dauernder Arbeitsunfähigkeit nach § 5 Abs. 1 EFZG.

<sup>186</sup> LAG Köln 30. 11. 1992 - 11 Sa 413/92, Juris.

<sup>187</sup> BAG 13. 09. 1995 - 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81.

<sup>188</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.167 - 168.

<sup>189</sup> BAG 13. 09. 1995 - 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81.



Problem orientiert sich am Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung, sodass es den Grundsätzen über das Nachschieben von Gründen folgt.<sup>190</sup>

#### cc) Form der Anhörung

Die Anhörung bedarf keiner besonderen Form und kann sowohl schriftlich als auch mündlich durchgeführt werden.<sup>191</sup> Der Arbeitnehmer muss aber einmal überhaupt den konkretisierten Vorwurf und die ihn begründenden Tatsachen und Indizien kennen, denn die Anhörung bezweckt es, dem Arbeitnehmer eine Stellungnahme zu garantieren um bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen zu bestreiten oder um die den Verdacht entkräftenden Tatsachen zu bezeichnen.<sup>192</sup> Es reicht somit grundsätzlich nicht aus, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen einer Anhörung zu einer Verdachtskündigung lediglich mit einer allgemein gehaltenen Wertung konfrontiert.<sup>193</sup>

#### dd) Teilnahme an der Anhörung

Der Arbeitgeber oder eine kündigungsberechtigte Person ist verpflichtet, das Anhörungsgespräch zu führen, da das Ergebnis des Anhörungsgesprächs inhaltlich in den Entscheidungsprozess einfließen muss.<sup>194</sup>

Nach der Auffassung des BAG ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer auf die Möglichkeit der Kontaktierung eines Rechtsanwalts oder einer sonstigen Vertrauensperson hinzuweisen und die Anhörung

---

<sup>190</sup> Siehe, IV. 2. 3). b). dd) Nachschieben von Gründen.

<sup>191</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82, 87.

<sup>192</sup> BAG 13, 03, 2008 - 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

<sup>193</sup> BAG 13, 03, 2008 - 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

<sup>194</sup> LAG Köln 30. 11. 1992 - 11 Sa 413/92, Juris.

erweist sich deshalb auch nicht als fehlerhaft.<sup>195</sup> Die Anhörung ist weder Kontrolle noch Überwachung, der Arbeitnehmer wird in offener Weise mit den Verdachtsmomenten konfrontiert und erhält die Gelegenheit zu deren Entkräftung.<sup>196</sup>

Nach der Auffassung des BAG ist der Arbeitnehmer berechtigt, zu einer Anhörung eine Person seines Vertrauens mitzubringen.<sup>197</sup> Deswegen soll der betroffene Arbeitnehmer das Recht haben, auch einen Rechtsanwalt oder eine sonstige Vertrauensperson zum Anhörungsgespräch hinzuzuziehen, denn diese Anhörung zur Verdachtskündigung hat ihren Grund im allgemeinen Persönlichkeitsrecht und im Prinzip der Waffengleichheit.<sup>198</sup>

Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer einen allgemeinen Anspruch hat, bei der Anhörung ein Betriebsratsmitglied hinzuziehen. Denn nach der Auffassung des BAG folgt kein allgemeiner Anspruch des Arbeitnehmers darauf, bei jedem mit dem Arbeitgeber geführten Gespräch ein Betriebsratsmitglied hinzuzuziehen aus dem BetrVG. Aus § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG kann sich ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds ergeben.<sup>199</sup> §§ 81 Abs. 3, 82 Abs. 2, 83 Abs. 2 und 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG regeln das Recht des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds jeweils bezogen auf bestimmte Gegenstände und Anlässe, beispielweise die Berechnung und Zusammensetzung des Arbeitsentgelts, die Beurteilung der Leistungen des Arbeitnehmers oder die Möglichkeiten seiner beruflichen Entwicklung.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> BAG 12. 02. 2015 - 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741.

<sup>196</sup> BAG 12. 02. 2015 - 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741.

<sup>197</sup> BAG 15. 05. 2013 - 7 AZR 665/11, NZA 2014, 990.

<sup>198</sup> *Eylert*, NZA – RR 2014, 393, 403.

<sup>199</sup> BAG 16. 11. 2004 - 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416.

<sup>200</sup> BAG 20. 04. 2010 - 1 ABR 85/08, NZA 2010, 1307.

Das Recht des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds bei der Anhörung der Verdachtskündigung ergibt sich auch aus § 82 Abs. 2. S. 2 BetrVG, da es bei der Anhörung zum Verdacht schwerwiegender Pflichtverletzungen regelmäßig um die Beurteilung der Leistungen des Arbeitnehmers und seiner beruflichen Zukunft im Betrieb geht.<sup>201</sup>

#### d) Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Anhörungspflicht

Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft die ihm obliegende Anhörungspflicht aus der Aufklärungspflicht, dann kann er sich im Prozess nicht auf den Verdacht einer strafbaren Handlung oder eines pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers berufen, d.h. die Kündigung ist unwirksam.<sup>202</sup>

Denkbar ist, dass der Arbeitnehmer von vornherein nicht bereit ist, sich zu den Vorwürfen substantiiert zu äußern und an der Aufklärung mitzuwirken. In diesem Fall muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Verdachtsmomente nicht näher informieren, denn eine solche Anhörung des Arbeitnehmers kann zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Willensbildung des Arbeitgebers nicht beitragen,<sup>203</sup> so dass sie überflüssig ist.<sup>204</sup> Ein Unterlassen der Anhörung kann auch dann unschädlich sein, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und dieser sich innerhalb der gesetzten Frist gleichwohl nicht geäußert hat. Dies gilt dann, wenn er vorsätzlich schweigt, kommt aber selbst bei unfreiwilligem Schweigen in Betracht.<sup>205</sup>

---

<sup>201</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82, 88.

<sup>202</sup> BAG 13. 09. 1995 - 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81.

<sup>203</sup> BAG 26. 09. 2002 - 2 AZR 424/01, NZA 2003, 991.

<sup>204</sup> BAG 30. 04. 1987 - 2 AZR 283/86, RdA 1987, 316.

<sup>205</sup> *Kalb*, ZfA 2016, 467, 475.

#### e) Präklusion von Entlastungstatsachen

Gem. § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Der Arbeitnehmer als Anspruchsgegner im zivilrechtlichen Prozess hat allerdings das Recht, den Gegenbeweis zu führen. Außerdem hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, zu schweigen, wenn er Tatsachen nicht ausdrücklich bestreiten möchte, vgl. § 138 ZPO.

Im Rahmen der Verdachtskündigung könnte das Schweigen eines Arbeitnehmers bei der Anhörung des Arbeitnehmers zu einer Gefahr führen, denn er könnte dabei ihm bekannte, entlastende Tatsachen verschweigen und dies könnte im Prozess außer Betracht bleiben.<sup>206</sup> Durch die Auffassung des BAG könnte sich dieselbe Gefahr realisieren: Hat der Arbeitgeber entlastende Umstände deshalb nicht erkannt, weil er den Sachverhalt nicht sorgfältig genug aufgeklärt hat, ist die Verdachtskündigung regelmäßig schon aus diesem Grund unwirksam. Dass zugunsten des Arbeitnehmers darüber hinaus Tatsachen berücksichtigungsfähig sind, die der Arbeitgeber selbst nach zumutbaren Aufklärungsbemühungen noch nicht hat kennen können, trägt der Besonderheit Rechnung, dass im Rahmen der Verdachtskündigung nicht der volle Nachweis einer Pflichtverletzung verlangt wird. Blieben den Arbeitnehmer entlastende Tatsachen, die erst im Prozess zutage getreten sind, außer Betracht, hätte der Arbeitgeber ein sehr geringes Prozessrisiko. Er müsste nur nachweisen, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein dringender Tatverdacht bestand.<sup>207</sup>

Dies würde der Gefahr, bei der Verdachtskündigung einen Unschuldigen zu treffen, nicht gerecht, sodass das Gericht Entlastungstatsachen vollständig aufzuklären hat.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> *Toma/Reiter*, NZA 2015, 460, 465.

<sup>207</sup> BAG 24. 05. 2012 - 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137.

<sup>208</sup> Kalb, ZfA 2016, 467, 475.

f) Inhalt der Anhörung des Arbeitnehmers und der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG

aa) Ausgangspunkt

Die Verdachtskündigung ist ein eigenständiger Kündigungsgrund, der von der Rechtsprechung zu Recht anerkannt wird und in der Praxis eine wichtige Rolle spielt.<sup>209</sup> Die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung und an die Anhörung des Arbeitnehmers im Rahmen einer Verdachtskündigung dienen unterschiedlichen Zwecken und sind schon deshalb im Ansatz nicht vergleichbar.<sup>210</sup> Die Verdachtskündigung ist an strenge Voraussetzungen gebunden und erfordert vom Arbeitgeber zügiges und sorgfältiges Handeln.<sup>211</sup> Dies gilt insbesondere für die Sachverhaltsermittlung und Anhörung des Arbeitnehmers sowie die ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats in § 102 BetrVG unter Beachtung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB.<sup>212</sup> Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat nur zu einer Tat Kündigung angehört, kann er im Prozess nicht auf eine Verdachtskündigung abstellen.<sup>213</sup>

bb) Die Anhörung des Arbeitnehmers

Der Umfang der Anhörung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und nach dem Sinn und Zweck der Anhörung, die bestimmten, zeitlich und räumlich eingegrenzten Tatsachen zu bestreiten oder die den Verdacht

---

<sup>209</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82, 92.

<sup>210</sup> BAG 13. 03. 2008 - 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

<sup>211</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82, 92.

<sup>212</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82, 92.

<sup>213</sup> *Kalb*, ZfA 2016, 467, 478.

entkräftenden Tatsachen aufzuzeigen.<sup>214</sup> Deshalb muss sich die Anhörung auf den umfassenden Sachverhalt beziehen, aus dem sich der Verdacht ergibt.<sup>215</sup> Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer einen möglichst umfassenden Sachverhalt geben, den er der Kündigung zu Grunde legen will.<sup>216</sup> Nicht zulässig ist es, dem Arbeitnehmer nur eine nicht substantiierte Wertung mitzuteilen, etwa dass der Arbeitgeber von einem Diebstahl ausgeht.<sup>217</sup> Vielmehr muss der Sachverhalt so konkret dargestellt werden, dass der Arbeitnehmer sich hierzu substantiiert äußern kann.

Zudem genügt es für die Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung nicht, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den ihm bekannt gewordenen Verdachtsmomenten befragt. Er muss dabei vielmehr deutlich machen, dass er deshalb einen entsprechenden Verdacht gegen den Arbeitnehmer hegt und darauf gegebenenfalls eine Kündigung zu stützen beabsichtigt um dem Arbeitnehmer die Bedeutung der von ihm erwarteten Stellungnahme deutlich zu machen.<sup>218</sup>

Eine ohne Anhörung ausgesprochene Kündigung ist unheilbar und daher unwirksam.<sup>219</sup> Darüber hinaus ist die Verdachtskündigung auch unwirksam, wenn die Anhörung des Arbeitnehmers nicht ordnungsgemäß war.<sup>220</sup>

---

<sup>214</sup> BAG 20. 03. 2014 - 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015.

<sup>215</sup> BAG 24. 05. 2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137.

<sup>216</sup> BAG 12. 02. 2015 - 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741.

<sup>217</sup> BAG 24. 05. 2012 - 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137.

<sup>218</sup> LAG Berlin-Brandenburg 06. 11. 2009 - 6 Sa 1121/09, BB 2009, 2702.

<sup>219</sup> BAG 28. 02. 1974 - 2 AZR 455/73, BB 1974, 836.

<sup>220</sup> BAG 20. 06. 2013 - 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143.

### cc) Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG

Anders als Anhörung des Arbeitnehmers gilt der Grundsatz der subjektiven Determinierung bei der Betriebsratsanhörung gem. § 102 BetrVG. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die aus seiner Sicht tragenden Umstände und Gründe für die Kündigung unterbreiten.<sup>221</sup> Will der Arbeitgeber seine Kündigung in erster Linie auf den dringenden Verdacht einer erheblichen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung stützen, muss er dies dem Betriebsrat mitteilen und die Umstände angeben, aus denen sich der konkrete Verdacht ergeben soll.<sup>222</sup> Dafür ist allerdings nicht zwingend erforderlich, dass er die Kündigung ausdrücklich als Verdachtskündigung qualifiziert. Es reicht aus, dass sich die Absicht des Arbeitgebers, eine Verdachtskündigung auszusprechen, aus den Umständen der Anhörung ergibt.<sup>223</sup>

Der Betriebsrat muss in der Sache so genau und umfassend informiert werden, dass er ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu überprüfen.<sup>224</sup> Auch wenn die Mitteilungspflicht subjektiv determiniert ist, muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat jedenfalls alle Umstände mitteilen, die aus seiner Sicht den dringenden Verdacht der erheblichen Pflichtverletzung begründen – also die wesentlichen Ermittlungsergebnisse.<sup>225</sup> Auch die Einlassung des Arbeitnehmers in der Anhörung ist dem Betriebsrat bekannt zu geben, selbst wenn sie noch so fernliegend erscheint.<sup>226</sup> Darüber hinaus muss der Arbeitgeber schriftlich oder mündlich dem Betriebsrat nähere Informationen

---

<sup>221</sup> BAG 03. 11. 2011 - 2 AZR 784/10, NZA 2012, 607.

<sup>222</sup> BAG 23. 04. 2008 - 2 ABR 71/07, NZA 2008, 2081.

<sup>223</sup> BAG 25. 04. 2018 - 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405.

<sup>224</sup> APS/Koch, § 102 BetrVG, Rn. 127.

<sup>225</sup> Kalb, ZfA 2016, 467, 478.

<sup>226</sup> Kalb, ZfA 2016, 467, 478.

über die Person des betroffenen Arbeitnehmers, die Art und den Zeitpunkt der Kündigung und die seiner Ansicht nach maßgeblichen Kündigungsgründe mitteilen.<sup>227</sup>

Bei der Betriebsratsanhörung gem. § 102 BetrVG werden die Sozialdaten des Arbeitnehmers herangezogen, obwohl die Sozialdaten das Verhalten des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund selbst nicht betreffen.<sup>228</sup> Dafür spricht der Sinn und Zweck der Anhörung, nach welchem dem Betriebsrat vom Arbeitgeber keine persönlichen Umstände des Arbeitnehmers vorenthalten werden dürfen, die sich im Rahmen der Interessenabwägung entscheidend zu seinen Gunsten auswirken können.<sup>229</sup>

Der Wirksamkeit einer auf verhaltensbedingte Gründe gestützten Kündigung steht die fehlende Mitteilung der genauen Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers an den Betriebsrat nur dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber wegen der Schwere der Kündigungsvorwürfe auf die genauen Daten ersichtlich nicht ankommt und der Betriebsrat die ungefähren Daten kennt und von daher die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers ausreichend beurteilen kann.<sup>230</sup>

#### g) Verhältnis von Verdachts- und Tat Kündigung

Der Verdacht einer strafbaren oder pflichtwidrigen Handlung stellt einen eigenständigen Kündigungsgrund dar.<sup>231</sup> Der Verdachtskündigungs- und der Tatkündigungsgrund stehen aber

---

<sup>227</sup> BAG 23. 06. 2009 - 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136.

<sup>228</sup> BAG 02. 03. 1989 - 2 AZR 280/88, NZA 1989, 755.

<sup>229</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 280.

<sup>230</sup> BAG 06. 10. 2005 - 2 AZR 280/04, NZA 2006, 431.

<sup>231</sup> BAG 26. 03. 1992 - 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121.



nicht beziehungslos nebeneinander,<sup>232</sup> so dass die beiden Kündigungen auf Grund ihrer unterschiedlichen Prüfungsvoraussetzungen gegeneinander abzugrenzen sind.<sup>233</sup>

Durch die Umdeutung gem. § 140 BGB wird im Zivilrecht ein nichtiges Rechtsgeschäft, das den Erfordernissen eines gültigen Rechtsgeschäfts entspricht, in dieses gültige Rechtsgeschäft umgedeutet, wenn anzunehmen ist, dass bei Kenntnis der Nichtigkeit dieses andere Rechtsgeschäft gewollt wäre.<sup>234</sup> Die Umdeutung setzt zwar ein Rechtsgeschäft voraus, sie gilt allerdings für eine einseitige Willenserklärung wie die Kündigung.<sup>235</sup> Der Wechsel zwischen Verdachts- und Tat Kündigung aufgrund der Umdeutung in § 140 BGB ist deswegen möglich.

Nach der Auffassung des BAG ist der Wechsel von einer Verdachts- zu einer Tat Kündigung möglich: „Wird die Kündigung zunächst nur mit dem Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens begründet, steht jedoch nach der Überzeugung des Gerichts (beispielsweise aufgrund der Beweisaufnahme) die Pflichtwidrigkeit fest, so lässt dies die Wirksamkeit der Kündigung aus materiell-rechtlichen Gründen unberührt. Das Gericht ist nicht gehindert, die nachgewiesene Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund anzuerkennen.“<sup>236</sup>

Der Wechsel von einer Verdachts- zu einer Tat Kündigung spielt gerade im Umfeld der Kündigung wegen Vermögensdelikten bei geringem Schaden eine große Rolle: Der Arbeitgeber sieht vom Ausspruch einer Tat Kündigung ab und entschließt sich nur zum Ausspruch einer Verdachts Kündigung, denn eine schuldhaftige Vertragspflichtverletzung ist im Arbeitsgericht so schwer zu

---

<sup>232</sup> BAG 03. 07. 2003 - 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307.

<sup>233</sup> Eylert, NZA – RR 2014, 393, 397.

<sup>234</sup> MünKommBGB/Busche, § 140 BGB, Rn. 1.

<sup>235</sup> MünKommBGB/Busche, § 140 BGB, Rn. 7.

<sup>236</sup> BAG 23. 06. 2009 - 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136.

überzeugen, oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung ist nicht so eindeutig.<sup>237</sup> Die arbeitsgerichtliche Praxis tut sich schwer, schwerer als die strafgerichtliche, Tatsachen und Taten als erwiesen anzusehen.<sup>238</sup> Nach der Auffassung des BAG liegt der eigentliche verdachtsauslösende Anlass der Kündigung für den Kündigenden im Dunkeln und wird vom Vertragspartner oft bewusst verborgen.<sup>239</sup>

Umgekehrt ist der Wechsel von einer Tat- zu einer Verdachtskündigung regelmäßig nicht möglich.<sup>240</sup> Wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat also nur zur Tatündigung anhört, kann sich der Arbeitgeber später bei Gericht nicht auf eine Verdachtskündigung zurückziehen. Ein Übergang zur Verdachtskündigung ist nur doch möglich, wenn der Arbeitgeber insbesondere dem Betriebsrat zu erkennen gegeben hat, dass für ihn schon der bloße Verdacht die Fortsetzung des Arbeitnehmers unmöglich macht.

h) Verstoß gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK

aa) Fragestellung

Fraglich ist, ob die Verdachtskündigung gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK verstößt. Denn der Verlust des Arbeitsplatzes bei nicht erwiesener Schuld ist eine weiter reichende Sanktion als beispielsweise ein Strafbefehl oder eine Bewährungsstrafe wegen eines nachgewiesenen Diebstahls.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> Eylert, NZA – RR 2014, 393, 394.

<sup>238</sup> Eylert, NZA – RR 2014, 393, 394.

<sup>239</sup> BAG 05. 06. 2008 - 2 AZR 234/07, NZA 2008, 630.

<sup>240</sup> BAG 13. 09. 1995 - 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81.

<sup>241</sup> Schütte, NZA 1991, Beil 2, 17, 22.

## bb) Anwendungsbereich

Nach dem Wortlaut dieses Artikels bindet die Unschuldsvermutung direkt nur den Strafprozess.<sup>242</sup> Nach der Auffassung der Europäischen Kommission für Menschenrechte gilt das Prinzip der Unschuldsvermutung auch für den Richter bindend, der über die Anklage im Strafprozess zu entscheiden hat.<sup>243</sup> Dies hat das BAG auch so gesehen.<sup>244</sup>

## cc) Auswirkung auf das Privatrecht

Grundsätzlich gilt die Unschuldsvermutung im Verhältnis des Bürgers zum Staat.<sup>245</sup> Die Unschuldsvermutung als verfassungsrechtliche Wertung findet durch die mittelbare Drittwirkung bei der Auslegung und Anwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen Eingang in das Privatrecht.<sup>246</sup> Dadurch muss die Unschuldsvermutung beim wichtigen Grund als unbestimmter Rechtsbegriff berücksichtigt werden.

## dd) Anwendbarkeit auf Kündigungen

Die Strafe im klassischen Sinne bedeutet eine Sanktion als Reaktion auf die Straftat, die durch den Täter schon in der Vergangenheit begangen wurde. Als Sanktion zählen die Freiheitsstrafe, die Geldstrafe oder sonstige Sanktionen mit Strafcharakter.<sup>247</sup> Aber eine Verdachtskündigung spielt eine

---

<sup>242</sup> *Kalb*, ZfA 2016, 467, 468.

<sup>243</sup> EGMR 08. 07. 1978, 7572/76 (*Ensslin, Baader und Raspe*), Juris.

<sup>244</sup> BAG 14. 09. 1994 – 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269: „Die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung bindet unmittelbar nur den Richter, der über die Begründetheit der Anklage zu entscheiden hat.“

<sup>245</sup> *Schleight*, Das BAG und die Verdachtskündigung, S. 55.

<sup>246</sup> *Orth*, Die Verdachtskündigung, S. 141.

<sup>247</sup> *Schleight*, Das BAG und die Verdachtskündigung, S. 56.

Rolle nur im beruflichen und privaten Umfeld, denn die Kündigung dient dem Selbstschutz des Arbeitgebers zur Abwehr zukünftiger Gefahren, die durch weiteres vorwerfbares Verhalten des Arbeitnehmers entstehen könnten.<sup>248</sup> Das Ziel der Verdachtskündigung hat somit keinen Strafcharakter.<sup>249</sup>

ee) Zwischenergebnis

Die Unschuldsvermutung findet bei der Verdachtskündigung keine Anwendung, d.h. die Verdachtskündigung verstößt nicht gegen den Art. 6 Abs. 2 EMRK.

## **VI. Zusammenfassung**

Ein Vermögensdelikt des Arbeitnehmers ist ein typischer Verhaltensverstoß und gilt als verhaltensbedingter Kündigungsgrund, sodass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise auch ordentlich kündigen kann. Bei der Überprüfung der verhaltensbedingten fristlosen Kündigung ist zu prüfen: Das Verhalten des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund mit negativer Prognose, die Interessenabwägung und dadurch auch das Verhältnis-mäßigkeitsprinzip. Negative Prognose bedeutet, dass das Vertrauensverhältnis auch in Zukunft nicht wiederhergestellt wird.

Wenn der Arbeitgeber einen Verhaltensverstoß des Arbeitnehmers oder eine besonders schwere Pflichtverletzung des Arbeitnehmers annimmt, aber zugleich nicht mit Sicherheit nachweisen kann, muss die Verdachtskündigung ausgesprochen werden. Die Verdachtskündigung stellt zwar einen

---

<sup>248</sup> Enderlein, RdA 2000, 325, 329.

<sup>249</sup> APS/Preis, § 626 BGB, Rn. 345 ff.

eigenständigen Gegenstand für die Kündigung dar, aber sie hat keine gesetzliche Grundlage.

Deswegen entwickelte das BAG in Rahmen seiner Rechtsprechung Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung. So ist eine Anhörung des Arbeitnehmers erforderlich. Darüber hinaus setzt die Verdachtskündigung die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Tat und eine Willenserklärungsfrist der Verdachtskündigung sowie Aufklärungsbemühungen des Arbeitgebers voraus. Die Verdachtskündigung ist unwirksam, wenn einer dieser Voraussetzungen fehlt.

## C. Konkretisierung des wichtigen Grundes an sich

### I. Ausgangspunkt

Die herrschende Meinung und die Rechtsprechung vertreten die Ansicht, dass es im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB keine unbedingten (absoluten) Kündigungsgründe gibt, die ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zur Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung führen.<sup>250</sup> Es bedarf vielmehr stets der fallbezogenen Abwägung aller für und gegen die sofortige Lösung des Arbeitsverhältnisses sprechenden Umstände im Einzelfall.<sup>251</sup> Eine Vereinbarung sogenannter „absoluter Kündigungsgründe“ ist angesichts des zwingenden Charakters und des § 626 BGB unzulässig.<sup>252</sup> Eine solche Regelung im Vertrag ist nur möglich, wenn sie die Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB nachhaltig beeinflusst.<sup>253</sup>

#### 1. Verletzung vertraglicher Haupt- oder Nebenleistungspflichten

##### 1) Ausgangspunkt

Das Arbeitsverhältnis gründet sich nach § 611a BGB auf den Arbeitsvertrag. § 611a BGB regelt die Pflichten des Arbeitnehmers, die vereinbarte Arbeit zu leisten.<sup>254</sup> Die Hauptleistungspflichten sind durch die vereinbarte Arbeit nach seiner Art und Weise sowie dem Ort konkretisiert.<sup>255</sup> Gemäß § 241 Abs. 2

---

<sup>250</sup> APS/Vossen, § 626 BGB, Rn. 56 - 57; BAG 19. 04. 2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27.

<sup>251</sup> KR/Fischermeier BGB § 626 Rn. 88.

<sup>252</sup> KR/Fischermeier BGB § 626 Rn. 88.

<sup>253</sup> APS/Vossen, § 626 BGB, Rn. 16.

<sup>254</sup> MünArbR/Richardi, § 3, Rn. 22 ff.

<sup>255</sup> BAG 17. 01. 2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693: „Hauptleistungspflicht ist die Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung im Rahmen seiner Fähigkeiten und seines individuellen Leistungsvermögens.“

BGB entstehen auch Nebenleistungspflichten für die Vertragsparteien um auf die Interessen des jeweiligen Vertragspartners Rücksicht zu nehmen.<sup>256</sup> Der Arbeitnehmer muss sich dazu verpflichten, die in seinem Arbeitskreis entstehende Gefahr abzuwehren.<sup>257</sup>

Vor allem soll der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Betriebs eingegliedert werden. Dadurch entsteht ein Gemeinschaftsverhältnis, das ein gewisses gegenseitiges Vertrauensverhältnis voraussetzt.<sup>258</sup> Der Arbeitnehmer als Mitglied in der Arbeitsorganisation soll mithin auch darauf achten, im Betrieb seine Arbeitskollegen zu schützen.

## 2) Hauptleistungspflichten

Das BAG sieht die verschiedenen Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers, vor allem die Verletzungen der Hauptleistungspflicht als wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB an.<sup>259</sup> Die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers liegt darin, am vereinbarten Ort in einer bestimmten Zeit nach dem Weisungsrecht des Arbeitgebers die geschuldete Arbeit zu leisten.

„Für eine verhaltensbedingte Kündigung genügen solche im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Umstände, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen. Dabei ist nicht von dem Standpunkt des jeweiligen Arbeitgebers auszugehen. Vielmehr gilt ein objektiver Maßstab. Als verhaltensbedingter Grund ist insbesondere

---

<sup>256</sup> OMG München 10. 06. 2015 – 25 U 945/15, Juris.

<sup>257</sup> MünArbR/Richardi, § 3, Rn. 22 ff.

<sup>258</sup> Weber, RdA 2011, 108, 110.

<sup>259</sup> SPV/Preis, § 22, Rn. 570.

eine rechts-(vertrags)widrige Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis geeignet, wobei regelmäßig Verschulden erforderlich ist; die Leistungsstörung muss dem Arbeitnehmer vorwerfbar sein. Insofern genügt ein Umstand, der einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung bestimmen kann.“<sup>260</sup> D.h. nicht subjektive Einschätzungen des Arbeitgebers, sondern nur objektive, durch einen Dritten nachvollziehbare Vorfälle begründen die Kündigung.<sup>261</sup>

Arbeitsverweigerung ist beispielsweise ein typischer Verstoß gegen Hauptleistungspflichten, wenn der Arbeitnehmer im Allgemeinen schuldhaft handelt. Eine schuldlose Verletzung von Arbeitspflichten gibt in der Regel keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund ab.<sup>262</sup> Die Arbeitsverweigerung setzt in der Person des Arbeitnehmers eine Nachhaltigkeit im Willen voraus<sup>263</sup>: „Ein Arbeitnehmer verweigert die ihm angewiesene Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachdrücklich nicht leisten will und ob er zur Arbeitsleistung verpflichtet war, entscheidet sich nach der objektiven Rechtslage. Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in der Annahme, er handele rechtmäßig, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist.“<sup>264</sup> Aber es liegt keine Arbeitsverweigerung bzw. kein unentschuldigtes Fehlen vor, wenn der Arbeitnehmer berechtigterweise von einem Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB Gebrauch gemacht hat.<sup>265</sup>

---

<sup>260</sup> BAG 21. 05. 1992 - 2 AZR 10/92, NZA 1993, 115.

<sup>261</sup> BAG 06. 06. 1984 - 7 AZR 456/82, Juris.

<sup>262</sup> BAG 16. 03. 1961 - 2 AZR 539/59, Juris.

<sup>263</sup> BAG 31. 01. 1985 - 2 AZR 486/83, NZA 1986, 138.

<sup>264</sup> BAG 22. 10. 2015 - 2 AZR 569/14, NZA 2016, 417.

<sup>265</sup> BAG 06. 05. 1996 - 2 AZR 387/95, NZA 1996, 1085.



Ein Arbeitnehmer kann allerdings berechtigt sein, seine Arbeitsleistung zu verweigern, wenn der Arbeitgeber oder einer seiner Repräsentanten die Gesundheit des Arbeitnehmers oder dessen Persönlichkeitsrecht in erheblicher Weise verletzt und mit weiteren Verletzungen zu rechnen ist.<sup>266</sup>

Die Kündigung ist dann unwirksam, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung verweigert, jedoch die Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber der Mitbestimmung des Betriebsrats unterlag und dieser nicht oder nicht ausreichend beteiligt worden ist.<sup>267</sup>

### 3) Nebenleistungspflichten

Die Nebenleistungspflicht ergibt sich nicht nur aus dem Gesetz, § 241 Abs. 2 BGB, sondern auch aus der Qualität und Intensität der Vertragsbeziehung sowie dem Schutz der Vertragsparteien der Förderung des Vertragszwecks. Die typischen Nebenleistungspflichten sind allgemeine Sorgfalts-, Obhuts-, Fürsorge-, Aufklärungs- und Anzeigepflichten. Sie bezwecken, die Erbringung der Hauptleistung vorzubereiten und zu fördern, die Leistungsmöglichkeit zu erhalten und den Leistungserfolg zu sichern.<sup>268</sup>

Eine Verletzung einer Nebenleistungspflicht kann Ansprüche nach §§ 280 ff. BGB auslösen oder sie kann auch je nach ihrer Bedeutung und Qualität einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB darstellen.<sup>269</sup> Das BAG stellte seine Auffassung klar: „Ebenso kann die erhebliche Verletzung der den Arbeitnehmer gemäß § 241 Abs. 2 BGB treffenden Pflicht zur Rücksicht-

---

<sup>266</sup> BAG 13. 03. 2008 - 2 AZR 88/07, DB 2009, 68.

<sup>267</sup> BAG 28. 06. 2018 - 2 AZR 436/17, NZA 2018, 1259.

<sup>268</sup> BAG 28. 10. 2010 - 8 AZR 418/09, NJW 2011, 1096.

<sup>269</sup> *Wertheimer/Krug*, BB 2000, 1462, 1463 ff.

nahme auf die Interessen des Arbeitgebers einen Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 1 BGB bilden und der konkrete Inhalt dieser Pflicht ergibt sich aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis und seinen spezifischen Anforderungen.“<sup>270</sup>

Die Frage, ob die missbräuchliche Nutzung dienstlicher Kommunikationseinrichtungen für private Zwecke einen Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 1 BGB darstellen kann, ist zurzeit von Bedeutung. Die Wirksamkeit der Kündigung hängt in diesem Fall davon ab, ob diese Regel die private Nutzung beschränkt hat, und diese Beschränkung dem Arbeitnehmer bekannt war.<sup>271</sup> Der Arbeitgeber muss bei der Privatnutzung des Internets eine Abmahnung aussprechen, wenn die private Internetnutzung nicht schwerwiegend ist.<sup>272</sup>

Ein typisches Beispiel für die private Nutzung dienstlicher Kommunikationseinrichtungen stellt die private Nutzung des Internets im Betrieb oder Unternehmen während der Arbeitszeit dar. In Betracht kommt als kündigungsrelevante Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten bei einer privaten Nutzung des Internets oder des Dienst-PCs, die arbeitsvertraglich geschuldete Nichterbringung der Arbeitsleistung.<sup>273</sup> Zu berücksichtigen ist außerdem auch das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme, insbesondere wenn damit die Gefahr möglicher Vireninfiltrierungen oder anderer Störungen des betrieblichen Systems verbunden sein können oder das Herunterladen von solchen Daten, bei deren Rückverfolgung zu Rufschädigungen des Arbeitgebers führen kann, beispielsweise weil strafbare oder pornografische

---

<sup>270</sup> BAG 12. 05. 2010 - 2 AZR 845/08, NZA 2010, 1348.

<sup>271</sup> BAG 19. 04. 2012 - 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27.

<sup>272</sup> BAG 07. 07. 2005 - 2 AZR 581/04, DB 2006, 397.

<sup>273</sup> BAG 31. 05. 2007 - 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922.

Darstellungen heruntergeladen wurden.<sup>274</sup> Darüber hinaus geht es bei einer privaten Nutzung des Internets um die Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solchen, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise zusätzliche Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls Betriebsmittel in Anspruch genommen hat.<sup>275</sup> Schließlich ist die Kündigung wegen der privaten Internetsnutzung dann wirksam, wenn der Arbeitnehmer durch die Nutzung seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt. Dabei geht es nicht nur um die Verletzung der Nebenleistungspflicht, sondern auch um den Arbeitszeitbetrug.

## 2. Vermögensdelikte

Im Vordergrund bei der Kündigung aufgrund von Vermögensdelikten steht der aus objektiven Tatsachen resultierende Vertrauensverlust beim Arbeitgeber. Das BAG geht davon aus, dass Vermögensdelikte an sich einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB begründen können: „Objektive Tatsachen, die für den Verlust des zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendigen Vertrauens ursächlich sind.“<sup>276</sup> Zum Schutz der Rechtssicherheit sind grundsätzlich nur objektive Tatsachen als Kündigungsgrund anzuerkennen.<sup>277</sup>

Das BAG hat eine fristlose Kündigung wegen Eigentums- oder Vermögensdelikten wie etwa Diebstahl, Unterschlagung oder Betrug des Arbeitnehmers zulasten des Arbeitgebers in den meisten Fällen als

---

<sup>274</sup> BAG 31. 05. 2007 - 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922.

<sup>275</sup> BAG 31. 05. 2007 - 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922.

<sup>276</sup> BAG 14. 09. 1994 - 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269.

<sup>277</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 36.

gerechtfertigt angesehen. Jedoch gibt es mehrere Ausnahmen, wenn es insbesondere um Centbeträge geht oder wenn besondere Umstände, z.B. unklare Regelungen im Betrieb oder Unklarheit über die spätere Bezahlung, hinzukommen.<sup>278</sup>

Grundsätzlich sind Vermögensdelikte Straftaten. Fraglich ist aber, ob Straftat des Arbeitnehmers für sich auch einen wichtigen Grund in § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Bei dieser Frage geht es darum, ob die Straftaten des Arbeitnehmers in einem Zusammenhang mit dem Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Pflicht stehen.<sup>279</sup> Die Straftaten stellen nur dann einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung dar, wenn sie zugleich arbeitsvertragliche Pflichten verletzen. Die strafrechtliche, aber nicht arbeitsvertragliche Würdigung des dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Verhaltens ist nicht entscheidend.<sup>280</sup> Maßgeblich ist, ob ein Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflichten vorliegt und ob der mit ihm verbundene Vertrauensbruch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft unzumutbar macht.<sup>281</sup>

Auch ein Vermögensdelikt im Kündigungsrecht ist unabhängig von der strafprozessualen Wertung.<sup>282</sup> Im Fall „ICE Steward“ hat das BAG auch klar geäußert; „Auf die strafrechtliche Verwertung des Verhaltens kommt es für seine kündigungsrechtliche Bedeutung ohnehin nicht entscheidend an.“<sup>283</sup> Die Strafbarkeit sei nur geeignet, das Gewicht des Kündigungsgrundes noch

---

<sup>278</sup> Klueß, NZA 2009, 337, 339.

<sup>279</sup> KDZ/Däubler, § 626 BGB, Rn. 78 ff.

<sup>280</sup> BAG 19. 07. 2012 - 2 AZR 989/11, NZA 2013, 143.

<sup>281</sup> BAG 25. 10. 2012 - 2 AZR 700/11, NZA 2013, 371.

<sup>282</sup> Lunk, NJW 2010, 2753, 2755.

<sup>283</sup> BAG 12. 08. 1999 - 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421.

zu verstärken, dies wiederum könne für das Erfordernis einer Abmahnung und die weitere Interessenabwägung an Bedeutung gewinnen.<sup>284</sup>

Die Handlungen des Arbeitnehmers, die gegen das Eigentum oder das Vermögen des Arbeitgebers verstoßen, sind eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen oder der aus § 241 Abs. 2 BGB stammenden Pflichten und belastet damit das Vertrauen zwischen den Arbeitsvertragsparteien in erheblicher Weise.<sup>285</sup>

Beispielsweise ist ein Arbeitszeitbetrug eine typische Verletzung der dem Arbeitnehmer obliegenden Hauptleistungspflichten. Private Einkäufe des Arbeitnehmers während der Arbeitszeit entgegen einer Arbeitsordnung, in der private Einkäufe nur noch außerhalb der Arbeitszeit erfolgen dürfen, stellen einen Arbeitszeitbetrug dar und sind damit unabhängig vom Umfang und der Höhe des Schadens grundsätzlich als wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung anzusehen.<sup>286</sup>

Darüber hinaus ist ein Diebstahl, den der Arbeitnehmer außerhalb des Beschäftigungsbetriebes oder außerhalb der Arbeitszeit in einem anderen, räumlich entfernten Betrieb des Arbeitgebers begeht, ein typischer Kündigungsgrund aufgrund des Verstoßes gegen eine arbeitsvertragliche Nebenleistungspflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB.<sup>287</sup> Steht die Tat nicht in innerem Zusammenhang mit der im Beschäftigungsbetrieb auszuübenden, vertraglich geschuldeten Tätigkeit, so ist dies nur für den Grad ihrer Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis von Bedeutung.<sup>288</sup> Darüber

---

<sup>284</sup> BAG 16. 07. 2015 - 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161.

<sup>285</sup> *Schmitz-Scholemann*, NZA 2012, 1001, 1007.

<sup>286</sup> LAG Rheinland – Pfalz 24. 10. 2017 – 8 TaBV 19/17, Juris.

<sup>287</sup> BAG 20. 09. 1984 - 2 AZR 633/82, DB 1985, 655.

<sup>288</sup> BAG 20. 09. 1984 - 2 AZR 633/82, DB 1985, 655.

hinaus beeinträchtigt eine solche Tat auch das Vertrauen des Arbeitgebers in die Person des Arbeitnehmers erheblich.<sup>289</sup>

### 3. Geringfügigkeit

#### 1) Ausgangspunkt

Bei Vermögensdelikten ist der Vorwurf der Entwendung, auch wenn lediglich ein geringer oder gar kein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist, entscheidend,<sup>290</sup> weil durch Vermögensdelikte der Arbeitnehmer regelmäßig das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit zerstört.<sup>291</sup> Aber ausnahmsweise ist die fristlose Kündigung wegen des Vermögensdelikts unwirksam, wenn die Sache sehr geringwertig ist.<sup>292</sup> Deswegen stellt sich die Frage, welcher Betrag noch geringfügig ist. Der Begriff der Geringwertigkeit ist im Arbeitsrecht nicht definiert. Die Geringwertigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und sein Inhalt wird durch Fallgruppen und durch die Auslegung der Gerichte konkretisiert.<sup>293</sup>

#### 2) Ansicht der Literatur

Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht; „Eine verhaltensbedingte Kündigung liegt nur bei einem vertragsbezogenen Verhalten des Arbeitnehmers vor, das zu einer Vertragspflichtverletzung führt. Im Fall „Bienenstich“ wird die Darlegung einer konkreten Beeinträchtigung betrieblicher Interessen bei einmaligem unberechtigtem Verzehr eines

---

<sup>289</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 106.

<sup>290</sup> BAG 20. 06. 2013 - 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143.

<sup>291</sup> BAG 26. 09. 2002 - 2 AZR 424/01, NZA 2003, 991.

<sup>292</sup> LAG Hamm 20. 02. 1986 - 4 Sa 1288/85, DB 1986, 1338.

<sup>293</sup> MünKommAr/Wank, § 120, Rn. 37.

Stückes Kuchen verlangt.“<sup>294</sup> D.h. bei dem wichtigen Grund in § 626 Abs. 1 BGB geht es nicht um die Höhe des Schadens, sondern um die Vertragspflichtverletzung an sich.<sup>295</sup> Die Schadenshöhe ist grundsätzlich bei der Interessenabwägung zur fristlosen Kündigung zu berücksichtigen.<sup>296</sup>

Eine andere Ansicht führt aus: „Der Wert der entwendeten Sache darf nicht länger bedeutungslos sein, die Rechtsordnung kann nicht einerseits die Entwendung geringwertiger Sachen strafrechtlich praktisch ungeahndet lassen und andererseits in arbeitsrechtlicher Hinsicht sofort mit der denkbar schwersten Sanktion reagieren.“<sup>297</sup> Welche Sanktion bei Vermögensdelikten entscheidend ist, hängt vom Umfang des Schadens ab. Die Schadenshöhe wirkt sich bei der Interessenabwägung zur fristlosen Kündigung.

### 3) Die Auffassung des BAG

Nach ständigen Rechtsprechungen des BAG ist eine Handlung des Arbeitnehmers, die gegen das Eigentum oder das Vermögen des Arbeitgebers verstößt, als Kündigungsgrund zur fristlosen Kündigung geeignet, auch wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat.<sup>298</sup> Selbst der Diebstahl von einer wertlosen Sache stellt einen Kündigungsgrund in § 626 Abs. 1 BGB dar.<sup>299</sup> Dies bedeutet: man kann nicht

---

<sup>294</sup> Preis, DB 1990, 630, 633 f.

<sup>295</sup> Hunold, NZA – RR 2003, 57, 60.

<sup>296</sup> APS/Dönnner, § 626 BGB, Rn 43 ff.

<sup>297</sup> Reichel, AuR 2004, 250, 251.

<sup>298</sup> BAG 20. 06. 2013 - 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143.

<sup>299</sup> BAG 11. 12. 2003 - 2 AZR 36/03, NZA 2004, 486: Im einem Warenhaus waren die unverkäufliche Mini-fläschchen Alkoholika ins Mülltonn weggeworfen. Eine Verkäuferin in diesem Warenhaus hatte diese Fläschchen daraus genommen. Das BAG hat die Handlung dieser Verkäuferin als Diebstahl angesehen und als Grund für die

anhand der Schadenshöhe auf der ersten Stufe zwischen einem an sich als wichtigem Kündigungsgrund geeigneten oder ungeeignetem Verhalten des Arbeitnehmers differenzieren.<sup>300</sup>

#### 4) Lösungsmöglichkeiten

##### a) Übertragung der strafrechtlichen Grenze

Eine Ansicht vertritt die Übertragung der strafrechtlichen Grenzbeträge von 50 Euro aus 248a StGB.<sup>301</sup> Aber diese Ansicht ist nicht überzeugend, denn die strafrechtlichen und arbeitsrechtlichen Konsequenzen des Arbeitnehmerverhaltens sind schon im Ansatz nicht vergleichbar. Das Strafrecht betrifft das Unterordnungsverhältnis Staat - Bürger und die Pönalisierung vergangenen Verhaltens. Die arbeitsrechtliche Kündigung im Privatrechtsverhältnis ist dagegen keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern beruht auf der Prognose, dass für die Zukunft mit einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Arbeitsvertrages nicht zu rechnen ist.<sup>302</sup>

##### b) Gesetzesentwürfe

Ein Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD in 2010 prätendierte auf ein regelmäßiges Abmahnungserfordernis bei einer Kündigung wegen eines geringwertigen Vermögensdelikts durch die Einführung eines neues § 1 Abs.

---

Fristlose Kündigung anerkannt.

<sup>300</sup> BAG 12. 08. 1999 – 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421, 424.

<sup>301</sup> Klueß, NZA 2009, 337, 342.

<sup>302</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 108.



3 KSchG und eine Veränderung des § 626 Abs. 1 BGB.<sup>303</sup> Auch ein Gesetzesentwurf der Faktion DIE LINKE forderte ein regelmäßiges Abmahnungserfordernis bei einer Kündigung wegen des geringwertigen Vermögensdelikts durch die Einführung eines neues § 1 Abs. 3 KSchG sowie § 626 Abs. 3 BGB.<sup>304</sup> Darüber hinaus verbot dieser auch eine Kündigung, wenn der Kündigungsgrund auf einem Verdacht beruht.<sup>305</sup>

Diese Gesetzesentwürfe<sup>306</sup> begegnen starker Kritik, denn diese berücksichtigen nicht die in verfassungsrechtlicher Hinsicht geschützte Eigentumsposition des Arbeitgebers und seine Position als Unternehmer.<sup>307</sup> Eine Rolle spielt der Begriff der Geringwertigkeit nicht bei der Prüfung des Kündigungsgrunds, sondern er ist beim Vertrauen des Arbeitgebers von Bedeutung und somit im Rahmen der Interessenabwägung.

## 5) Zwischenergebnis

Die Geringwertigkeit spielt folglich keine Rolle für das Vorliegen eines wichtigen Grundes gem. § 626 Abs. 1 BGB, denn entscheidend ist der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflichten.<sup>308</sup> Die Schuld des Arbeitnehmers und der Pflichtverstoß sind unabhängig von der Geringwertigkeit. Die Geringwertigkeit spielt also nur bei der Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB eine Rolle.

---

<sup>303</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Schutz vor Kündigungen wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens), BT-Drucks. 17/648, S. 4.

<sup>304</sup> Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten, BT-Drucks. 17649, S. 3.

<sup>305</sup> BT-Drucks. 17649, S. 3.

<sup>306</sup> Endlich wurden die beiden Gesetzesentwürfe mit der Empfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales in 2011 (BT-Drucks. 17/4281, S. 3.) im Bundestag abgelehnt.

<sup>307</sup> *Binkert*, NZA 2010, 433, 434.

<sup>308</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

## II. Entwicklung der Rechtsprechung

### 1. Ausgangspunkt

Die sogenannte „Bienenstich“<sup>309</sup> Rechtsprechung spielt eine wichtige Rolle im Rahmen des Verhältnisses von Vermögensdelikten und außerordentlichen Kündigungen, denn die Entwendung von geringwertigem Eigentum des Arbeitgebers kann durch den Vertrauensbruch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.<sup>310</sup> Durch die Zurückverweisung an das LAG wurde ein Spielraum für die Beurteilung der Interessenabwägung in der Vorinstanz eingeräumt.<sup>311</sup> Im Jahr 2003 machte das BAG seine Meinung wiederum deutlich: Eine elf Jahre lang beschäftigte Verkäuferin im Alter von 58 Jahren nahm 62 Minifläschchen Alkoholika mit, die schon nicht mehr verkäuflich waren. Das BAG sah diese außerordentliche Kündigung als wirksam an, denn ein Verstoß gegen das Eigentum ist unabhängig vom finanziellen Schaden und führt zum Vertrauensverlust.<sup>312</sup> Seit dieser Rechtsprechung spricht man von einem „Null-Toleranz-Prinzip“.<sup>313</sup>

Seit der sogenannten „Bienenstich“ Rechtsprechung hatten viele Vorinstanzen und das BAG in verschiedenen Fällen mehrere Sachverhalte als wichtigen Grund an sich nach § 626 Abs. 1 BGB angesehen. So galten als wichtiger Grund, Unterschlagungen oder Diebstähle eines Zigaretten-

---

<sup>309</sup> BAG 17. 05. 1984 - 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91: Eine Buffetkraft hatte in der Arbeitszeit ein Stück des Bienenstichkuchens aus dem Warenbestand des Arbeitgebers verzehrt. Nach der Erkenntnis dieses Verzehrs hat der Arbeitgeber diese Beschäftigte außerordentlich gekündigt.

<sup>310</sup> BAG 17. 05. 1984 - 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91: Ferner hat das BAG erstmals die Zweistufen - Prüfung im Rahmen des wichtigen Grundes „an sich“ in § 626 Abs. 1 BGB ersetzt.

<sup>311</sup> *Klueß*, NZA 2009, 337, 337-338.

<sup>312</sup> BAG 11. 12. 2003 - 2 AZR 36/03, NZA 2004, 486.

<sup>313</sup> *Klueß*, NZA 2009, 337, 339.

päckchens,<sup>314</sup> eines Liter Diesels,<sup>315</sup> eines Frischkäses,<sup>316</sup> von Briefmarken,<sup>317</sup> der Kostenpositionsumbuchung,<sup>318</sup> des Fahrgelds durch einen Busfahrer<sup>319</sup> und der Pfandbuchung.<sup>320</sup>

## 2. Analyse des Falls „Emmely“

### 1) Sachverhalt

Eine Frau war seit 1977 bei einer Filiale eines Supermarkts als Kassiererin beschäftigt. Dieses seit über 30 Jahre bestehende Arbeitsverhältnis war unbelastet. In diesem Supermarkt sollten Mitarbeiter mitgebrachtes Leergut beim Betreten der Filiale vorzeigen und den nach Rückgabe am Leergutautomaten erhaltenen Bon durch den Filialleiter abzeichnen lassen, bevor dieser Bon an der Kasse eingelöst werden konnte. Am 12.01.2008 wurden zwei Leergutbons mit einem Wert von 0,48 Euro und 0,82 Euro im Kassenraum gefunden, welche nicht abgezeichnet waren. Der Filialleiter wies die Kassiererin an, die Bons in den Mitarbeiterraum zu legen und zunächst abzuwarten, ob sich ein Kunde melden und Anspruch auf den Bon erheben würde. Wenn sich niemand melden würde, sollten die Bons als Fehlbons verbucht werden.

Am 22.01.2008 ging die Kassiererin außerhalb ihrer Arbeitszeit in die Supermarktfiliale zum Einkauf und löste an der Kasse zwei Pfandbons im

---

<sup>314</sup> BAG 29. 11. 1984 - 2 AZR 581/83, Juris.

<sup>315</sup> BAG 13. 12. 1984 - 2 AZR 454/83, NZA 1985, 288; BAG 02. 04. 1987 - 2 AZR 204/86, Juris.

<sup>316</sup> LAG Schleswig-Holstein 18. 01. 2005 - 2 Sa 413/04, Juris.

<sup>317</sup> LAG Hessen 14. 05. 2007 - 16 Sa 1885/06, Juris.

<sup>318</sup> LAG München 03. 03. 2011 - 3 Sa 641/10, Juris.

<sup>319</sup> LAG Hessen 30. 01. 2012 - 7 Sa 229/1, Juris.

<sup>320</sup> BAG 22. 09. 2016 - 2 AZR 848/15, NZA 2017, 112.

Wert von 0,48 Euro und 0,82 Euro ein, die denen ähnelten, die zehn Tage zuvor im Kassenraum gefunden und nach der Weisung des Filialleiters in den Mitarbeiterraum gelegt worden waren. Nach der Filialleiter schaute im Mitarbeiterraum und die dort abgelegten Bons konnten nicht mehr gefunden werden. Nachdem der Filialleiter die Kassiererin mit diesem Problem konfrontiert hatte, stellte sich heraus, dass es sich um die früher im Kassenraum gefundenen Pfandbons handelte.

## 2) Entscheidung des ArbG Berlin

Das ArbG Berlin als erste Instanz hatte den Fall „Emmely“ als Verdachtskündigung angesehen, denn unklar war, wann, woher und inwieweit die Arbeitnehmerin die Pfandbons entfernt hatte. Es hatte der Klage stattgegeben, denn „es bestand ein dringender Verdacht“ durch die Aussagen der Zeugen und durch ein Interview in einer Zeitschrift.<sup>321</sup>

## 3) Entscheidung des LAG Berlin – Brandenburg

Das LAG Berlin-Brandenburg als zweite Instanz hatte diese Entscheidung bestätigt, es war allerdings in seiner Berufungsentscheidung von einer erwiesenen Tat, also von einer Tat Kündigung, ausgegangen.<sup>322</sup> Es hatte Folgendes festgestellt: „Die Kassiererin habe die am 12.01.2008 gefundenen Bons in Höhe von insgesamt 1,30 Euro wissentlich zur Bezahlung verwendet. Sie habe mit wechselndem und damit widersprüchlichem Vortrag stets etwas anders behauptet. Im Übrigen stehe die Unschuldsvermutung einer Verdachtskündigung entgegen, was besonders dann gelte, wenn ein etwaiger

---

<sup>321</sup> ArbG Berlin 21. 08. 2008 - 2 Ca 3632/08, Juris.

<sup>322</sup> LAG Berlin-Brandenburg 24. 02. 2009 - 7 Sa 2017/08, NZA – RR 2009, 188.

Vermögensverstoß nur geringwertige Sachen betreffe.“ Aufgrund dieser Erkenntnisse hatte es eine Tatkündigung angenommen.

#### 4) Die Auffassung des BAG

Das BAG stellte in der sogenannten „Emmely“ Rechtsprechung klar: „Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche - ggf. strafbare - Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB. Ein solches Verhalten kann auch dann einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat.“<sup>323</sup> Das BAG stellte das Vermögensdelikt hier als typischen Verstoß gegen die Nebenleistungspflicht und als Kündigungsgrund dar. Vom Standpunkt des Arbeitnehmers aus, der die Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers begeht, hängt die Kündigung davon ab, ob der Arbeitgeber derartige Vermögensdelikte duldet.<sup>324</sup>

Das BAG erklärte die Tatkündigung für unwirksam und betonte die 31-jährige Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmerin scharf: „durch diese langjährige, ungestörte Beschäftigung hat sich die Arbeitnehmerin ein beachtliches Vertrauen der Arbeitgeberin erarbeitet, das durch eine einzelne Tat mit so geringem Schaden nicht auf einen Schlag aufgebraucht wird.“<sup>325</sup> Diese Entscheidung betonte die Wichtigkeit der Dauer der Betriebs-

---

<sup>323</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

<sup>324</sup> Preis, AuR 2010, 242.

<sup>325</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

zugehörigkeit und des bisherigen Verlaufs für die einzelfallbezogene Abwägung.<sup>326</sup>

### 3. Lösung des Falls „Emmely“

#### 1) Pflichtverletzung

Hinsichtlich des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung bei geringwertigen Vermögensdelikten stellte die Handlung, in diesem Fall das Einlösen der zwei Pfandbons, keinen unmittelbaren Verstoß gegen das Vermögen des Arbeitgebers dar. Denn einen unmittelbaren Schaden trug nicht der Arbeitgeber davon, sondern der Kunde, der die beiden Pfandbons verloren hat. Die Handlung der Kassiererin verstoß gegen das Vermögen des Kunden. Der Arbeitnehmer ist auch verpflichtet, einen außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Dritten, z.B. die Kunden des Arbeitgebers, zu schützen.<sup>327</sup> Es stellt somit eine Nebenpflichtverletzung dar.

#### 2) Vereitelung einer Verdienstchance

In diesem Fall hatte der unbekannte Kunde die tatsächliche Gewalt über die Bons verloren, sodass er seine Stellung als Besitzer verloren hat (§ 856 BGB). Aber dieser Besitzverlust im Sinne des § 856 BGB geschah aufgrund des Sachverhaltes<sup>328</sup> nicht in der Absicht, auf das Eigentum an den Bons zu

---

<sup>326</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 21.

<sup>327</sup> APS /Vossen, § 626 BGB, Rn. 375.

<sup>328</sup> Dem Sachverhalt des BAG zufolge trugen die beiden Pfandbons das Datum 12. 01. 2008, in dem diese verlorenen Pfandbons gefunden sind, und waren zu unterschiedlichen Zeiten am Flaschenautomaten erstellt worden, der in der Filiale für die Rückgabe von Leergut bereit steht. Darüber hinaus lagen die Pfandbons in den Mitarbeiterraum, um abzuwarten, ob sich der Kunde melden und Anspruch auf den Bon erheben würde. Der unbekannte Kunde hatte keine Absicht, das Eigentum an den Pfandbons zu verzichten, sondern eine Chance, die

verzichten.<sup>329</sup> Die Bons sind deswegen nicht herrenlos gem. § 959 BGB. Das Eigentum der Bons lag somit nicht beim Arbeitgeber, sondern noch beim Kunden, der die Pfandbons verloren hat. Ein Eigentumserwerb nach § 958 BGB, an beweglichen herrenlosen Sachen, kommt deswegen nicht in Betracht.

Darüber hinaus erlangte der Arbeitgeber nicht auf Grund von Vermischung nach § 948 BGB das Eigentum an den Bons, denn diese Regelung setzt die untrennbare Vermischung der beweglichen Sachen voraus. Die Pfandbons lagen separat im Mitarbeiteraum, um abzuwarten, ob sich der Kunde melden und einen Anspruch auf die Bons erheben würde. Die untrennbare Vermischung mit anderen Bons hat daher nicht stattgefunden.

Der Arbeitgeber hat das Eigentum auch nicht nach § 973 Abs. 2 BGB erlangt. Gem. § 973 Abs. 2 BGB erwirbt bei den verlorenen Pfandbons, die nicht mehr als zehn Euro wert sind, der Arbeitgeber mit dem Ablauf von sechs Monaten seit dem Fund der Bons das Eigentum an diesen, es sei denn, dass der Arbeitgeber den Bonsfund auf Nachfrage verheimlicht. Im Fall „Emmely“ wurden die Pfandbons im Wert von 1,30 Euro am 12.01.2008 gefunden und am 22.01.2008 an der Kasse eingelöst, d.h. die Frist von 6 Monaten war noch nicht verstrichen. Die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb § 973 Abs. 2 BGB sind nicht erfüllt.

Der Arbeitgeber könnte jedoch, schon vor dem Ablauf der Sechsmonatsfrist, ein Anwartschaftsrecht erworben haben.<sup>330</sup> Hierzu müsste es sich bei den

---

verlorenen Bons zu finden. Ausführlich siehe, BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

<sup>329</sup> *Schlösser*, HRRS Nov. 2009, 509, 511.

<sup>330</sup> *Palandt/Bassenge*, § 973 BGB, Rn. 1.

Bons, ebenfalls wie bei § 973 Abs. 2 BGB, um eine verlorene Sache handeln. Als verloren gilt eine Sache, wenn sie besitz-, aber nicht herrenlos ist.<sup>331</sup> Nach der Auffassung des BGH sind die Pfandbons nicht besitzlos, sie standen im Besitz des Arbeitgebers, nachdem der Kunde seinen Besitz verloren hatte.<sup>332</sup>

Im Fall „Emmely“ lagen die Pfandbons im Mitarbeiteraum, um abzuwarten, ob sich der Kunde melden und einen Anspruch auf die Bons erheben würde. Der Besitzwille des Arbeitgebers war zwar nicht offensichtlich, aber er leitete sich aus dem Sachverhalt ab. Der Arbeitgeber erlangte den Besitz an den Pfandbons. Die Pfandbons waren somit nicht besitzlos und dementsprechend keine verlorene Sache im Sinne der §§ 965 ff. BGB. Damit könnte der Arbeitgeber an diesen auch kein Anwartschaftsrecht erwerben.

Laut dem Sachverhalt sollten die Pfandbons als Fehlbons verbucht werden, wenn sich niemand meldet. Ab dem Zeitpunkt der Verbuchung der Fehlbons ist der Arbeitgeber nicht mehr zur Auszahlung des Pfands verpflichtet. Ein Gewinn des Arbeitgebers liegt vor, wenn er von der Auszahlung des Pfands befreit wird.

---

<sup>331</sup> MünKommBGB/Oechsler, § 965 BGB, Rn.3.

<sup>332</sup> BGH 24, 06, 1987 - VIII ZR 379/86, NJW 1987, 2812: „Ein Kunde verlor in einem Selbstbedienungs-Großmarkt einen Geldschein. Der Arbeitgeber hat seinen Mitarbeiter angewiesen, "Fundsachen" bei dem Betriebsleiter abzugeben und er hat ferner die in ihren Geschäftsräumen verlorenen und bei ihr abgegebenen Sachen in einem sog. "Fundbuch" eingetragen und diese Sachen getrennt verwahren. Damit trägt der Arbeitgeber der berechtigten Erwartung ihrer Kunden und Mitarbeiter Rechnung, dass in den Geschäftsräumen verlorene Sachen ihrer Obhut unterliegen und nach Entdeckung von ihm verwahrt werden. Hierdurch kommt hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber verlorene Sachen in ihren Geschäftsräumen besitzen will. Dass der generelle Besitzwille offensichtlich ist, ist nicht erforderlich.“



### 3) Wiederholungsgefahr

Das Prognoseprinzip bezieht sich auf das unwiederbringlich zerstörte Vertrauen und auf die Wiederholungsgefahr weiterer Pflichtverletzungen.<sup>333</sup> Dabei muss der Zeitraum der ordentlichen Kündigungsfrist in § 622 Abs. 1 BGB berücksichtigt werden. Wenn innerhalb dieses Zeitraums (nach der Abmahnung) wieder gleiche oder ähnliche Pflichtverletzungen auftreten, gilt das Vertrauen als unwiederbringlich zerstört. Dadurch würde die negative Prognose auch gerechtfertigt.

Bei der Anwendung dieses Prinzips auf den Fall „Emmely“ basierte die Prognose auf dem zerstörten Vertrauen. Die Handlung der Kassiererin im Fall „Emmely“ geschah während der über 30-jährigen Beschäftigungsdauer nur einmalig, sodass die Wiederholungsgefahr niedrig war. Im Fall „Emmely“ lag sowohl ein Vermögensdelikt als auch eine Verletzung der Nebenleistungspflicht vor. Diese beiden Gründe führen schon zum unwiederbringlich zerstörten Vertrauen, sodass die Handlung der Arbeitnehmerin im Fall „Emmely“ als Kündigungsgrund in § 626 Abs. 1 BGB anzusehen ist.

### 4. Zwischenergebnis

Als Kassiererin bezog sich ihre Kernpflicht auf das Handeln mit Geld. Durch die Behandlung der Kassiererin geriet die Verdienstchance des Arbeitgebers in Verlust, zugleich lag das Eigentum der Pfandbons nicht mehr beim Kunden, der die Pfandbons verloren hatte. Folglich könnte die Kassiererin

---

<sup>333</sup> APS/ Preis, Grundlagen H, Rn. 74 f.

dem Vermögen des Arbeitgebers sowie Kunden also den Schaden zufügen. Die Behandlung der Kassiererin ist als ein wichtiger Grund an sich zur fristlosen Kündigung anzusehen.

### **III. Zusammenfassung**

Das Vermögensdelikt ist ein Verstoß gegen die schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB und stellt einen wichtigen Grund an sich zur außerordentlichen Kündigung dar. Dabei geht es weder um den Begriff der Geringwertigkeit noch um die Höhe des Schadens, sondern um den Verstoß gegen die Haupt- oder Nebenleistungspflicht „an sich“ als Vertrauensverlust und daher als Kündigungsgrund.

## **D. Vertrauensschutz bei Vermögensdelikten**

### **I. Grundlage**

Der Umfang der Arbeitsvertragspflicht hängt von der Intensität der vertraglichen Bindung ab, die durch den Inhalt des Arbeitsvertrags nähere Konkretisierung erfährt.<sup>334</sup> Als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis baut das Arbeitsverhältnis auf einem Vertrauensverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien auf. Es handelt sich bei der Vertrauensbeziehung zwischen den Parteien um das Fundament des Arbeitsverhältnisses.

In jedem Schuldverhältnis spielen auch nach § 242 BGB die Pflichten zur Rücksichtnahme, zum Schutz und zur redlichen Erfüllung des Vertrags eine Rolle. Der Vertrauensbegriff leitet sich von diesen Pflichten aus § 242 BGB ab.<sup>335</sup> Die Pflicht- und Vertrauensinhalte sind nicht allgemein bestimmt, sondern unterscheiden sich je nach Art des Vertrags.<sup>336</sup>

### **II. Vertrauensaufbau**

#### **1. Ausgangspunkt**

Der Vertrauensschutz gehört zu den fundamentalen Prinzipien der gesamten Rechtsordnung, so dass er nicht nur im Privatrecht, sondern auch im Verfassungs- und Verwaltungsrecht anzutreffen ist.<sup>337</sup> Im Bereich des Verfassungsrechts schützt der Grundsatz des Vertrauensschutzes das

---

<sup>334</sup> *Meys*, Rechtsfortbildung, S. 96.

<sup>335</sup> *Palandt/Grüneberg*, § 242, Rn. 1 und 16.

<sup>336</sup> *Buschmann*, AuR 2009, 218, 220.

<sup>337</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 358.

Vertrauen des Bürgers in die Kontinuität von Recht im Sinne einer individuellen Erwartungssicherheit: beispielsweise können Gesetzesänderungen wegen des Vertrauensschutzes unzulässig sein, wenn der Bürger Vertrauen in den Fortbestand der jeweiligen Rechtslage hat und dieses Vertrauen schutzwürdig ist.<sup>338</sup> Im Bereich des Verwaltungsrechts ist von Bürgern schutzwürdig, dass das Vertrauen auf der einmaligen oder laufenden Gewährung einer Geldleistung oder eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes basiert.<sup>339</sup> Der Vertrauensverlust als wichtiger Grund an sich unterliegt § 626 Abs. 1 BGB. Entscheidend ist nicht der subjektive, sondern der objektive Vertrauenstatbestand, sodass der Vertrauenstatbestand dem Betroffenen zurechenbar sein muss.<sup>340</sup> Nach Auffassung des BAG kommt es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an. Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat. Maßgeblich ist, ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters haben müsste.“<sup>341</sup> Der subjektive Vertrauenstatbestand spielt bei der Interessenabwägung eine Rolle.<sup>342</sup> Der Begriff „Vertrauen“ wirkt sich nicht nur direkt auf den Kündigungsgrund, sondern auch indirekt auf die Interessenabwägung aus.<sup>343</sup>

---

<sup>338</sup> GGkomm/Grzeszick, Art. 20 GG, Rn. 69 ff.

<sup>339</sup> Struzina/Lindner, NVwZ 2016, 1295, 1299.

<sup>340</sup> Preis, Prinzipien, S. 360.

<sup>341</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

<sup>342</sup> Preis, Prinzipien, S. 368 ff.

<sup>343</sup> Preis, Prinzipien, S. 368 ff.

## 2. Vertrauensaufbau durch Hauptleistungspflicht

Jedes Arbeitsverhältnis setzt als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis ein gewisses gegenseitiges Vertrauen der Vertragspartner voraus.<sup>344</sup> Die Arbeitsleistung ist ihrer Rechtsnatur nach eine höchstpersönliche Pflicht, die durch den Arbeitnehmer zu erbringen ist.<sup>345</sup> Im Laufe des Arbeitsverhältnisses überlässt der Arbeitgeber einerseits dem Arbeitnehmer Produktionsmittel zur Nutzung, andererseits wird der Arbeitnehmer dabei im Interesse des Arbeitgebers tätig.<sup>346</sup> Dieser vertraut darauf, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten nach seinen Interessen ausgerichtet, im Gegenzug vertraut der Arbeitnehmer auch darauf, dass der Arbeitgeber seiner Vertragspflicht nachkommt.<sup>347</sup> Das Vertrauen basiert auf dem pflichtgemäßen Verhalten beider Parteien - des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers - und wird durch die Vertragserfüllung bekräftigt.<sup>348</sup>

## 3. Vertrauensaufbau durch Nebenleistungspflicht

Nebenleistungspflichten verstärken sich je nach Qualität und Intensität der Vertragsbeziehung, manche Nebenleistungspflichten, wie Unterlassungs<sup>349</sup>- und Handlungspflichten<sup>350</sup>, beziehen sich sehr eng auf die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers.<sup>351</sup> Auch unselbstständige Nebenleistungspflichten, wie allgemeine Sorgfalts-, Fürsorge-, Aufklärungs- und Anzeigepflichten,

---

<sup>344</sup> BAG 14. 09. 1994 - 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269.

<sup>345</sup> ErfK/Preis, § 613 BGB, Rn. 1.

<sup>346</sup> Otto, Der Wegfall des Vertrauens, S. 90. 97. 103.

<sup>347</sup> Hunold, NZA - RR 2003, 57, 57 ff.

<sup>348</sup> Enderlein, RdA 2000, 325, 326.

<sup>349</sup> Z.B. Verschwiegenheitspflicht oder Wettbewerbsverbot nach §§ 60 HGB.

<sup>350</sup> Z.B. Anzeigepflicht von drohenden Schäden (Fehler an Maschinen oder Material) oder Verbot der Annahme von Schmiergeld.

<sup>351</sup> Preis, AuR 2010, 186, 189.

stehen nicht im freien Raum mit beliebigem Inhalt, sondern dienen dazu, die Erbringung der Hauptleistung vorzubereiten und zu fördern, die Leistungsmöglichkeit zu erhalten und den Leistungserfolg zu sichern.<sup>352</sup> Über die allgemeine schuldrechtliche Dogmatik hinausgehende Treue- und Fürsorgepflichten sind nicht anzuerkennen.<sup>353</sup>

Darüber hinaus zielt die Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers im Arbeitsvertrag nicht nur auf Rücksichtnahme, sondern auf den Schutz und die Förderung der Arbeitnehmerinteressen. Denn die Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers wird für das Arbeitsverhältnis mit einem besonders engen persönlichen Kontakt zum Gesundheitsschutz konstituiert.<sup>354</sup> Diese Nebenleistungspflicht stammt aus dem Gesetz, wie § 242 BGB oder §§ 617, 618 BGB oder aus dem Charakter des Arbeitsvertrags.

Akzeptiert man diese Kernaussagen, lässt sich bei Prüfung der vielfältigen Nebenleistungspflichten ebenfalls eine normative Tendenz erkennen. In allen Sachverhalten, in denen die Gefahr besteht, dass die Grenzen des Vertragsverhältnisses gesprengt werden, insbesondere Grundrechte des Arbeitnehmers und Arbeitgebers tangiert sind, ist eine Anerkennung von Arbeitgeberkündigungen festzustellen.<sup>355</sup> Die fristlose Kündigung ist wirksam, wenn mit der Verletzung von Nebenleistungspflichten ein unmittelbar den Arbeitgeber schädigendes sowie strafbares Verhalten verbunden ist oder durch die Pflichtverletzung Dritte gefährdet werden.<sup>356</sup> Die Pflicht zum Schutz des Eigentums und Vermögens des Arbeitgebers aus

---

<sup>352</sup> ErfK/Preis, § 611BGB, Rn. 708.

<sup>353</sup> Preis, AuR 2010, 186, 189.

<sup>354</sup> Meys, Rechtsfortbildung, S. 95.

<sup>355</sup> Preis, AuR 2010, 186, 189.

<sup>356</sup> Preis, AuR 2010, 186, 189.

§ 241 Abs. 2 BGB obliegt dem Arbeitnehmer auch im außerdienstlichen Bereich.<sup>357</sup>

Darüber hinaus ergeben sich die Nebenleistungspflichten aus der Einbindung in den Betrieb, die in aller Regel auch eine hohe zeitliche Inanspruchnahme des Arbeitnehmers mit sich bringt.<sup>358</sup> Zudem muss der Arbeitgeber aufgrund einer arbeitsvertraglichen Nebenleistungspflicht den Arbeitnehmer vor der im Betrieb entstehenden Gefahr schützen.<sup>359</sup>

Der Arbeitnehmer ist auch als Mitglied in einer Arbeitsorganisation verpflichtet, die Arbeitskollegen vor dieser Gefahr zu schützen.<sup>360</sup> Nebenleistungspflichten aus § 242 BGB könnten sich nicht nur auf die innerhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Personen, sondern auch auf außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehende Dritte, z.B. auf die Kunden des Arbeitgebers richten. Denkbar wäre der Fall eines Kassierers im Supermarkt, der im Rahmen seiner Tätigkeit das Eigentum eines Kunden schädigt. Der geschädigte Kunde kann selbstverständlich den Arbeitnehmer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Aber in diesem Fall stellt sich auch die Frage, ob der Arbeitgeber aufgrund des Schadens des Kunden dem Arbeitnehmer kündigen kann.

Somit verstärkt sich das Arbeitsverhältnis nicht nur durch ein einseitiges Vertrauen des Arbeitgebers, sondern vielmehr durch beiderseitiges Vertrauen.<sup>361</sup> Denn den Arbeitgeber treffen umfassende Nebenleistungs-

---

<sup>357</sup> BAG 16. 12. 2010 - 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571.

<sup>358</sup> Meys. Rechtsfortbildung. S. 94.

<sup>359</sup> ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 895 ff.

<sup>360</sup> KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 501 ff.

<sup>361</sup> APS /Vossen, § 626 BGB, Rn. 375.

pflichten zum Schutze der Rechtsgüter und Interessen des Arbeitnehmers.<sup>362</sup> Beim Begriff des Vertrauensaufbaus handelt es sich nicht nur um die Leistungsfähigkeit, sondern um die Redlichkeit<sup>363</sup> und die Pflichttreue<sup>364</sup> der Vertragsparteien bei der Erbringung vertraglich oder gesetzlich geschuldeter Leistungen.<sup>365</sup>

### III. Entwicklung der Rechtsprechung

#### 1. Ausgangspunkt

Seit der sogenannten „Bienenstich“ Entscheidung<sup>366</sup> führt zwar ein geringwertiges Vermögensdelikt automatisch<sup>367</sup> zu einem Vertrauensbruch, der als Kündigungsgrund gem. § 626 Abs. 1 BGB angesehen ist. Später hat das BAG in einer Rechtsprechung für den Begriff „Vertrauen“ die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen bisherigen Verlauf berücksichtigt.<sup>368</sup> In der sogenannten „Emmely“ Rechtsprechung führte das BAG einen sinnvollen Gedanken ein: Nämlich die Idee, dass durch die Dauer der ungestörten Betriebszugehörigkeit der Vertrauensbegriff objektiviert wird.<sup>369</sup>

#### 2. Entscheidungen nach dem Fall „Bienenstich“

Nach der „Bienenstich“ Entscheidung kommt insbesondere der „Dauer des Arbeitsverhältnisses“ und der „Dauer der Betriebszugehörigkeit“ für den

---

<sup>362</sup> ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 610 ff.

<sup>363</sup> BAG 26. 08. 1993 - 2 AZR 154/93, NZA 1994, 63.

<sup>364</sup> BAG 13. 11. 1979 - 6 AZR 934/77, DB 1980, 741.

<sup>365</sup> Preis, Prinzipien, S. 364.

<sup>366</sup> BAG 17. 05. 1984 - 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91.

<sup>367</sup> Schrader, ArbRAktuell 2009, 8.

<sup>368</sup> BAG 31. 03. 1993 - 2 AZR 492/92, NZA 1994, 409.

<sup>369</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.



Begriff des „Vertrauens“ Bedeutung zu, wenn der Arbeitnehmer gegen das Vermögen des Arbeitgebers agiert und ihm zugleich sein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann.<sup>370</sup> Denn das BAG sah die Dauer des störungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses als die Dauer des rechtlichen Bestands an.<sup>371</sup> Deswegen könne der Arbeitgeber in dieser Zeit ein großes Vertrauen in den Arbeitnehmer aufbauen, wenn das Arbeitsverhältnis so langjährig störungsfrei bestanden habe, denn die längere Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers sei in der Lage, die Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten und die Betriebstreue zu fördern.<sup>372</sup> Ein Problem in damaligen Entscheidungen war, dass sich die Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers auf den Begriff „Vertrauen“ bei der Kündigung nicht richtig auswirkte. Nach der „Bienenstich“ Rechtsprechung stellte das BAG weiterhin auf, dass ohne weitere Interessenabwägung nur durch den Vertrauensverlust an sich die Kündigung wegen Vermögensdelikten wirksam war.<sup>373</sup>

### 3. Analyse des Falls „Emmely“

#### 1) Ausgangspunkt

Die Handlung der Kassiererin im Fall „Emmely“ rechtfertigte aufgrund des Vermögensdelikts eine außerordentliche Kündigung, denn die Vereitelung einer Verdienstchance fügte dem Vermögen des Arbeitgebers Schaden zu. Darüber hinaus konnte in der Handlung der Kassiererin ein Verstoß gegen

---

<sup>370</sup> Preis, DB 1990, 685, 688.

<sup>371</sup> Preis, DB 1990, 685, 688.

<sup>372</sup> EuGH, 03. 10. 2006 - C-17/05, NZA 2006, 1205.

<sup>373</sup> Preis, DB 1990, 685, 688.

Nebenleistungspflicht und somit ein Kündigungsgrund nach § 626 Abs.1 BGB angesehen werden.

Die Frage, welche Pflichten eine Vertragspartei treffen, ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls. Welchen Pflichten eine Kassiererin im Supermarkt nachzukommen hat, ergibt sich also auch aus den Umständen, ihrer Stellung, ihrer Tätigkeit, ihrer Arbeitszeit, dem Vertragsinhalt oder einer besonderen Aufgabe, für die auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers entscheidend ist. Vor allem muss die Kassiererin unbedingt Verlässlichkeit und Korrektheit mitbringen, denn sie handelt bei der Tätigkeit an der Kasse mit Geld.<sup>374</sup> Das Kalkulieren, der Umgang mit Geld und das Verwalten von Pfandbons usw. gehören ihrem Kernbereich an. Als Nebenleistungspflicht muss die Kassiererin auch das Vermögen des Arbeitgebers, der Arbeitskollegen und auch der Kunden schützen.

## 2) Lösung des Falls „Emmely“

Im Fall „Emmely“ war die Kassiererin seit über 30 Jahren beschäftigt. Sie musste deswegen wissen, dass sie das Vermögen des Kunden sowie des Arbeitgebers zu schützen hat. In der Einlösung der Pfandbons lag ein Verstoß gegen die Nebenleistungspflicht nicht nur gegen den Kunden, sondern auch gegen den Arbeitgeber. Diese Handlung kann das Arbeitsverhältnis im Supermarkt belasten, somit könnte der Arbeitnehmer das Vertrauen des Arbeitgebers verlieren. Dieser Vertrauensverlust stellt einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar.

---

<sup>374</sup> LAG Berlin-Brandenburg 24. 02. 2009 - 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188.

Mit der „Emmely“ Entscheidung ist die Bedeutung der Dauer des störungsfreien Bestands des Arbeitsverhältnisses zusammen mit den neuen Begriffen „Vertrauensvorrat“ und „Vertrauenkapital“ in den Fokus gerückt.<sup>375</sup> Für die Frage, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung zumutbar ist, kann es von erheblicher Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer bereits seit längerem in einer Vertrauensstellung für den Arbeitgeber arbeitet, ohne dass es zu vergleichbaren Pflichtverletzungen gekommen ist.<sup>376</sup> Darüber hinaus stellte das BAG keine konkreten Vorgaben zur Quantifizierung des Vertrauens oder der Bedeutung von Pflichtverletzungen auf, sondern betonte als Kriterien für das Vertrauen die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Bestand, die dem Arbeitnehmer übertragene Tätigkeit sowie seine Stellung im Betrieb.<sup>377</sup>

In den meisten Fällen geht es von einer langjährigen störungsfreien Beschäftigung zugunsten des Arbeitnehmers aus.<sup>378</sup> Aber eine Ansicht vertritt: Eine langjährige störungsfreie Beschäftigungsdauer ist nicht zu berücksichtigen, wenn eine beharrliche Arbeitsverweigerung, eine Auflehnung gegen zulässige Weisungen des Arbeitgebers, unzulässige Wettbewerbshandlungen und ähnliches mehr vorliegt oder wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber etwa persönlich mit Gewalt bedroht oder die Fabrik ansteckt.<sup>379</sup> Der Fall „Emmely“ unterliegt auch in den ersten und zweiten Instanzen dieser Auffassung: Die Arbeitnehmerin als Kassiererin war zwar im Supermarkt über 30 Jahre lang beschäftigt, aber die außerordentliche Kündigung war wirksam, denn das Vertrauen als Kernbereich ihrer Arbeit bzw. ihrer Stellung im Betrieb konnte durch das Fehlverhalten besonders

---

<sup>375</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 227.

<sup>376</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

<sup>377</sup> Schrader, NJW 2012, 342, 344.

<sup>378</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 231.

<sup>379</sup> Tschöpe, NZA 1985, 588, 589.

empfindlich erschüttert werden.<sup>380</sup> Das BAG stellte auch in einem Urteil zur Kündigung eines Rettungsassistenten mit 29 Jahren Beschäftigungsdauer wegen Beleidigung seines Arbeitgebers ausdrücklich klar:<sup>381</sup> Selbst eine langjährige, unbeanstandete Tätigkeit führe nicht automatisch zu einer zugunsten des Arbeitnehmers ausfallenden Interessenabwägung.<sup>382</sup>

### 3) Kritik am Fall „Emmely“

Die Entscheidung des Falls „Emmely“ traf im Rahmen des Vertrauensverlusts auf Kritik. Eine Ansicht führte an: Die Rechtsprechung sei nun in Zukunft schwerer vorhersehbar, denn das BAG habe mit seinen Vorgaben zur Abwägung des Vertrauensverlusts keine klare Linie für die Instanzgerichte vorgegeben, d.h. es habe die Abwägung des Vertrauensverlusts in diesem Fall zu Unrecht selber vorgenommen, obwohl sie bereits durch das Berufungsgericht als Tatsacheninstanz durchgeführt worden und weder fehlerhaft noch unvollständig war.<sup>383</sup> Dies könnte nun zur Rechtsunsicherheit führen. Ferner bestehe die Gefahr, dass der Arbeitnehmer durch eine langjährige beanstandungsfreie Beschäftigung so viel Vertrauen ansparen könne, dass eine Kündigung wegen eines Bagatelldelikts allein deshalb ohne vorherige Abmahnung ausgeschlossen sei.<sup>384</sup>

---

<sup>380</sup> ArbG Berlin 21. 08. 2008 - 2 Ca 3632/08, Juris. LAG Berlin-Brandenburg 24. 02. 2009 - 7 Sa 2017/08, NZA - RR 2009, 188.

<sup>381</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 231.

<sup>382</sup> BAG 07. 07. 2011 - 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412.

<sup>383</sup> *Walker*, NZA 2011, 1, 5 f.

<sup>384</sup> *Walker*, NZA 2011, 1, 6.

#### 4) Zwischenergebnis

Aus der Auffassung des BAG lässt sich folgendes Fazit ziehen: Das Vertrauen seitens des Arbeitnehmers richtet sich nach Maßgabe der Beschäftigungsdauer, nach seiner Tätigkeit sowie nach seiner Stellung in Betrieb. Nach einer Vertrauensstörung kann das Vertrauen durch eine Verhaltensveränderung des Arbeitnehmers aber wiederhergestellt werden. Denn der Sinn und Zweck einer Kündigung ist keine Sanktion für etwas Vergangenes, sondern die Vermeidung von Vertragsstörungen, die in der Zukunft weiterbestehen könnten.

Darüber hinaus steht keine Beschäftigungsdauer in Zusammenhang mit der Konkretisierung des wichtigen Grundes an sich gem. 626 Abs. 1 BGB, denn es handelt sich um Kündigungsgründe, die sich unmittelbar auf die vertraglich geschuldete Leistung beziehen. Aber eine Beschäftigungsdauer ist bei einer Interessenabwägung nach § 626 Abs. 1 BGB von Bedeutung, deswegen muss eine langjährige störungsfreie Beschäftigungsdauer bei der Prüfung der Interessenabwägung in einer fristlosen Kündigung in Betracht ziehen.

### **IV. Offene Fragen**

#### 1. Unklarheit des Vertrauensbegriffs

##### 1) Allgemein

Das Vertrauen ist etwas Höchstpersönliches. Wie man zu einer anderen Person Vertrauen aufbaut und in welchem Maß man dieses aufgrund von Enttäuschungen wieder verliert, ist von Person zu Person verschieden. Der

vom BAG zugrunde gelegte Maßstab ist zudem auch kein rein objektiver Maßstab. Zwar ist nicht die Sicht des jeweiligen Arbeitgebers, sondern die eines objektiven Betrachters maßgeblich. Dabei sind aber die Umstände des Einzelfalls und damit die Gegebenheiten des konkreten Betriebs und die sonstigen Besonderheiten des konkreten Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Ein Vertrauen ist besonders störungsempfindlich, sofern der Arbeitgeber dies an objektiven Kriterien festmachen kann, wie etwa der besonderen Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, dessen Aufgabenbereich oder beispielsweise den möglichen Auswirkungen des Arbeitnehmerverhaltens auf Kundenbeziehungen oder das Arbeitgeberimage. Die Frage stellt sich, ob der Arbeitnehmer durch sein Verhalten gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat und ob damit ein Vertrauensbruch einhergeht, so dass für die Zukunft nicht mehr mit einer ordnungsgemäßen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist.<sup>385</sup>

## 2) Problem bei Vermögensdelikten

Handlungen des Arbeitnehmers gegen das Vermögen oder das Eigentum des Arbeitgebers sind eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten: Vorbehaltlich derjenigen Fälle, in denen der Arbeitnehmer gleichzeitig die einem Arbeitszeitbetrug, verstößt er gegen seine arbeitsvertragliche Nebenleistungspflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB.<sup>386</sup>

Der Vertrauensbegriff aus der „Emmely“ Rechtsprechung wirft Fragen auf, denn das Vertrauen ist objektiv nicht messbar.<sup>387</sup> Somit bleibt einerseits unklar, in welcher Weise oder wie lange der Arbeitnehmer das Vertrauen für

---

<sup>385</sup> BAG 26. 09. 2013 – 2 AZR 682/12, NZA 2014, 443.

<sup>386</sup> BAG 21. 06. 2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025.

<sup>387</sup> *Hunold*, NZA - RR 2003, 57, 58.

eine Weiterbeschäftigung wieder aufbauen soll.<sup>388</sup> Andererseits ist auch unklar, wie schwer die verschiedenen Pflichtverletzungen das Vertrauen beschädigen können.<sup>389</sup> Der Vertrauensbegriff ist individuell.<sup>390</sup> Diese Unbestimmtheit verursacht eine große Rechtsunsicherheit bei der außerordentlichen Kündigung, weil dadurch unsicher wird, ab welchem Grad der Vertrauenserschütterung die außerordentliche Kündigung wirksam ist.<sup>391</sup> Darüber hinaus spielt auch die Stellung des Arbeitnehmers eine Rolle, denn der Vertrauensbruch des Arbeitnehmers aus einer höheren Stellung soll anders als aus einer mittleren Position bewertet werden.

Eine Ansicht vertritt: Ein subjektiver Vertrauensverlust des Arbeitgebers reicht als Kündigungsgrund aus. Diese Ansicht widerspricht auf ersten Blick dem Dogma, dass aus Gründen der Rechtsicherheit grundsätzlich nur objektive Tatsachen als Kündigungsgründe anzuerkennen seien.<sup>392</sup> Aber diese Ansicht trifft auf Kritik: ein subjektiver Vertrauensverlust als Kündigungsgrund wäre aus Gründen der Rechtsunsicherheit abzulehnen. Er führe insbesondere mit Blick auf die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB zu erheblicher Rechtsunsicherheit.<sup>393</sup> Das BAG hat auch teilweise den Vertrauensverlust als objektiven Kündigungsgrund dargestellt: „Bei der Verdachtskündigung sind Kündigungsgrund objektive Tatsachen, die für den Verlust des zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendigen Vertrauens ursächlich sind.“<sup>394</sup>

---

<sup>388</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342, 344 - 345.

<sup>389</sup> *Koch*, BB 2010, 1. Aber dieser Aspekt bezieht sich auf die Interessenabwägung. Dieses Problem wird im folgenden Teil „Interessenabwägung“ behandelt.

<sup>390</sup> *Buschmann*, AuR 2009, 218, 220.

<sup>391</sup> *Preis*, AuR 2010, 186, 189.

<sup>392</sup> *Belling*, RdA 1996, 223, 225.

<sup>393</sup> *Preis*, AuR 2010, 186, 189.

<sup>394</sup> BAG 14. 09. 1994 – 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269.

### 3) Zwischenergebnis

Schließlich ist nur der objektive Vertrauensverlust als Kündigungsgrund anzusehen. Dieser Vertrauensverlust muss so schwerwiegend sein, dass eine Fortsetzung für den Arbeitgeber unzumutbar ist.

## 2. Möglichkeit der Altersdiskriminierung

### 1) Benachteiligungsmöglichkeit

Die Kündigungen sind unwirksam, wenn die Kündigungen auf einem in § 1 AGG genannten Merkmal basieren. Nach § 1 AGG wäre ein Indiz für eine rechtswidrige Benachteiligung, z.B. das Geschlecht oder das Alter. Aber in der Praxis kann nur schwer nachgewiesen werden, ob die Kündigung mit einem dieser Merkmale in Zusammenhang steht, denn es ist nicht klar, ob der Arbeitnehmer ohne das verpönte Merkmal besser behandelt würde.<sup>395</sup>

Eine Literaturansicht vertritt, dass der neue Begriff des Vertrauenskapitals gegen § 1 AGG i.S.d. Altersdiskriminierung verstoße, denn die gleiche Tat, begangen von Personen mit unterschiedlich langer Betriebszugehörigkeit, würde zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.<sup>396</sup> Deswegen wird diskutiert, ob eine Altersdiskriminierung im Rahmen von Kündigungen wegen eines Vermögensdelikts vorliegt.

In Bezug auf den Begriff des Vertrauenskapitals könnte eine mittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG vorliegen, denn die

---

<sup>395</sup> Bayreuther, DB 2006, 1842, 1844.

<sup>396</sup> Humold, DB 2009, 2658.



unterschiedliche Behandlung aufgrund des Vertrauenskapitals liegt nicht im Alter, sondern im Dienstalter.

Nach der Auffassung des BAG im Fall „Emmely“ ist die Wirksamkeit der Kündigung davon abhängig, wie lange ein Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt ist. Der Vertrauensaufbau basiert nicht auf dem Alter des Arbeitnehmers, sondern auf der Dauer der Betriebszugehörigkeit.

Im Fall „Emmely“ kommt somit eine mittelbare Benachteiligung in Betracht, denn die Betriebszugehörigkeit ist nicht dem Alter gleichzusetzen, aber sie steht im Zusammenhang mit diesem.

## 2) Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligung

Diese mittelbare Benachteiligung ist nach § 10 AGG nur gerechtfertigt, wenn sie auf einem legitimen Ziel beruht und die gewählten Mittel zu dessen Erreichung geeignet und erforderlich sind.<sup>397</sup> So sind z. B. Entgeltunterschiede aufgrund des Dienstalters zulässig, da es ein legitimes Ziel der Entgeltpolitik ist, u.a. die Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten, denn das Dienstalter geht mit der Berufserfahrung einher.<sup>398</sup> Eine Benachteiligung, die Kausalität zwischen dem Grund und der Benachteiligung sowie der Rechtfertigungsgrund und dessen Verhältnismäßigkeit sind zu prüfen.

Im Fall „Emmely“ wird klar, dass die Tat des Arbeitnehmers unterschiedlich, je nach seinem Dienstalter bewertet wird: Ein Fehler des länger beschäftigten Arbeitnehmers wird bei der Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB geringer bewertet, als ein Fehler des kürzer beschäftigten Arbeitnehmers, obwohl diese Fehler als gleichwertig oder als sehr ähnlich anzusehen sind. Damit

---

<sup>397</sup> EuGH 13. 05. 1986 - Rs 170/84, NZA 1986, 599. (*Bilka*).

<sup>398</sup> EuGH 03. 10. 2006 – C 17/05, NZA 2006, 1205. (*Cadmann*).

liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, denn die Gruppe der länger beschäftigten Arbeitnehmer wird bei der Kündigung in § 626 Abs. 1 BGB durch das Kriterium der Betriebszugehörigkeit begünstigt, im Vergleich zur Gruppe der kürzer beschäftigten Arbeitnehmer.

#### a) Rechtfertigungsgründe

Ein legitimes Ziel kann sich insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung ergeben.<sup>399</sup> Darüber hinaus bezieht sich ein sozialpolitisches Ziel auf den Bestandschutz für einen Arbeitnehmer anknüpfend an die Beschäftigungsdauer. Im Fall „Emmely“ ist das Ziel legitim, denn das hohe Schutzniveau für einen länger beschäftigten Arbeitnehmer bezweckt die spezifischen Vorteile, wie Erfahrungswissen, Arbeitsmoral, Qualitätsbewusstsein, Zuverlässigkeit und Loyalität.

#### b) Verhältnismäßigkeit

In Betracht kommt sodann das Verhältnismäßigkeitsprinzip.<sup>400</sup> Erforderlich ist der Schutz von langjährig für den Betrieb tätigen Arbeitnehmern, denn Urteils- und Konzentrationsfähigkeit sowie Unterscheidungsvermögen sind altersbeständig.<sup>401</sup>

Kürzer beschäftigte Arbeitnehmer haben eine geringere Bindung an den Betrieb, sodass diese aufgrund ihrer kürzeren Beschäftigungsdauer ein geringeres Vertrauen genießen. Ein geringer Schaden könnte dieses Vertrauen nicht unerheblich erschüttern. Dieses Vertrauen steht im

---

<sup>399</sup> EuGH 22. 11. 2005, C-144/04, NZA 2005, 1345. (*Mangold*).

<sup>400</sup> EuGH 12. 01. 2010, C-341/08, NZA 2010, 155. (*Petersen*).

<sup>401</sup> *Trasch*, Der Prüfungsmaßstab des §10 Satz 1 AGG, S. 128.

Zusammenhang mit verschiedenen Umständen, z.B. die Stellung im Betrieb, die Kernleistung des Arbeitnehmers, das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb oder die Dauer der Betriebszugehörigkeit. Das Dienstalter als Grund für das Schutzniveau ist sachlich, objektiv und somit geeignet.

Entscheidend ist, welches Interesse überwiegt. Der Kündigungsschutz für einen in einem Betrieb langjährig beschäftigten Arbeitnehmer im Fall „Emmely“ stellt sich als verhältnismäßig dar, denn das durch die Beschäftigungsdauer längere aufgebaute Vertrauen ist schutzwürdiger als ein pflichtwidriges Verhalten des Arbeitnehmers mit kürzerer Beschäftigungsdauer.<sup>402</sup>

### 3) Zwischenergebnis

Die Betriebszugehörigkeitsdauer rechtfertigt somit den Schutz für einen längeren beschäftigten Arbeitnehmer vor einer Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB.

## 3. Möglichkeit der Vertrauenswiederherstellung

### 1) Fragestellung

Die Rechtfertigung der Kündigung folgt aus der Negativprognose.<sup>403</sup> Das BAG stellte klar, was eine Negativprognose ist: Der Zweck der Kündigung sei nämlich nicht eine Sanktion für die Vertragsverletzung, sondern diene der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung müsse sich deshalb noch in der Zukunft belastend

---

<sup>402</sup> *Kamanabrou*, RdA 2007, 199, 202.

<sup>403</sup> *Bartels*, RdA 2010, 109, 111.

auswirken.<sup>404</sup> Der Arbeitgeber muss somit darlegen und beweisen, dass in Zukunft eine gleiche oder ähnliche Pflichtverletzung wiederholt werden könnte und mithin das Vertrauen nicht mehr wiederhergestellt werden kann.<sup>405</sup>

## 2) Entwicklung der Rechtsprechung

An dieser Stelle ist fraglich, ob das schon zerstörte Vertrauen wiederhergestellt werden kann. Im Laufe der Zeit veränderte sich die Auffassung des BAG durch das Aufkommen der Abmahnung. Durch eine Abmahnung kann eine Verhaltensänderung bzw. eine Verhaltenskorrektur des Arbeitnehmers erwartet werden, sodass sich die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung erhöht.<sup>406</sup>

### a) Frühere Rechtsprechung

Das BAG stellte fest: bei einer Pflichtverletzung in Form der Störung im sogenannten Vertrauensbereich bedarf es grundsätzlich keiner Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung.<sup>407</sup> In einer anderen Entscheidung wurde auch argumentiert: „Ein Fehlverhalten im Vertrauensbereich berechtigt jedoch dann nicht ohne vorherige Abmahnung zum Ausspruch einer Kündigung, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest

---

<sup>404</sup> BAG 19. 04. 2007 - 2 AZR 180/06, NZA - RR 2007, 571.

<sup>405</sup> KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 264.

<sup>406</sup> Preis, DB 1990, 685.

<sup>407</sup> BAG 01. 04. 1974 - 2 AZR 452/73, BB 1974, 739.

nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen.“<sup>408</sup>

Die damalige Rechtsprechung verneinte die Möglichkeit einer Wiederherstellung des Vertrauens. Diese Auffassung wurde stark kritisiert: Es sei problematisch, dass das BAG ohne eine richtige Interessenabwägung die Abmahnung als Folge des Vermögensdelikts ausschloss, denn auf diese Weise würde das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht ausreichend beachtet.<sup>409</sup>

#### b) Spätere Rechtsprechung

Später urteilte das BAG, dass ein Abmahnungserfordernis bei jeder Kündigung zu prüfen ist, die wegen eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers oder aus einem Grund in seiner Person ausgesprochen wird, die er durch steuerbares Verhalten beseitigen und somit eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann.<sup>410</sup> In einer anderen Entscheidung wurde auch geäußert: Einem Arbeitnehmer muss die Rechtswidrigkeit seines Tuns und die Schwere seiner Pflichtverletzung klar seines Fehlverhaltens durch den Arbeitgeber ausgeschlossen ist.<sup>411</sup> Später entschied das BAG jedoch: Selbst bei Störungen des Vertrauensbereichs durch Eigentums- und Vermögensdelikte kann es Fälle geben, in denen eine Abmahnung nicht ohne Weiteres entbehrlich erscheint. Denn die Verbotswidrigkeit seines Verhaltens ist zwar dem Arbeitnehmer hinreichend klar, aber er durfte Grund zu der Annahme haben, dass der Arbeitgeber dieses

---

<sup>408</sup> BAG 30. 06. 1983 - 2 AZR 524/81, NJW 1984, 1917.

<sup>409</sup> Preis, DB 1990, 685, 686.

<sup>410</sup> BAG 04. 06. 1997 - 2 AZR 526/96, NZA 1997, 1287.

<sup>411</sup> BAG 10. 02. 1999 - 2 AZR 31/98, NZA 1999, 708.

nicht als ein so erhebliches Fehlverhalten werten würde und dass dadurch der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel stünde.<sup>412</sup>

### 3) Zwischenergebnis

Was eine schwere Pflichtverletzung ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Fest steht jedoch, dass die Abmahnung nicht immer entbehrlich ist, denn durch die Abmahnung könnte der Arbeitgeber eine Verhaltensänderung des Arbeitnehmers erwirken, sodass dessen Weiterbeschäftigung auf diese Weise garantiert werden könnte.<sup>413</sup> Der Arbeitnehmer könnte hier eine Chance für einen erneuten Vertrauensaufbau haben.

## **V. Zusammenfassung**

Das BAG erhob zwar das Vertrauen zum Maßstab für die fristlose Kündigung, aber es grenzte nicht ein, welche Faktoren im Rahmen des Vertrauens berücksichtigt werden sollen. Erst im Fall „Emmely“ ist ein Kriterium, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, für das Vertrauen aufgestellt worden, wobei aber unklar bleibt, worauf sich die Dauer der Betriebszugehörigkeit bezieht und wie dieses Kriterium gehandhabt werden soll.

---

<sup>412</sup> BAG 23. 06. 2009 - 2 AZR 103/08, NZA 2009, 1198.

<sup>413</sup> *Preis*, AuR 2010, 242, 245.

## **E. Konkretisierung der Interessenabwägung bei Vermögensdelikten**

Nachdem die Voraussetzung für den Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 1 BGB erfüllt ist, bedarf es auf der zweiten Stufe einer umfassenden Interessenabwägung. Die Prüfung ist, ob das Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann.<sup>414</sup>

### **I. Interessenabwägung**

§ 626 Abs. 1 BGB geht davon aus, dass unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der vereinbarten Beendigung – objektiv<sup>415</sup> - unzumutbar sein muss.<sup>416</sup>

#### 1. Grundlage

Zum Teil wird die Ansicht vertreten: beim Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt eine isoliert geprüfte Interessenabwägung in Betracht. So bedarf es lediglich der Prüfung, „ob die einander gegenüberstehenden Interessen nicht außerhalb jedes vernünftigen Maßes zueinander stehen und ob die Maßnahme für den Betroffenen nicht unzumutbar ist.“<sup>417</sup> § 626 Abs. 1 BGB stellt allerdings das Erfordernis einer Interessenabwägung klar.<sup>418</sup>

---

<sup>414</sup> Preis, Prinzipien, S. 475.

<sup>415</sup> Zborowska. Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 212.

<sup>416</sup> BAG 05. 04. 2001 - 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837.

<sup>417</sup> Wank, RdA 1987, 129, 136 ff.

<sup>418</sup> Preis, Prinzipien, S. 190: „Der Richter praktizierte schon durch die Auslegung des § 626 Abs. 1 BGB im Prozess, bevor das Gesetz im Jahr 1969 die entsprechende Legaldefinition des „wichtigen Grundes“ erhielt.“

Die Interessenabwägung besteht aus drei Stufen: Erstens müssen die relevanten Kerninteressen beider Parteien im Einzelfall herausgefiltert werden. Auf einer zweiten Stufe sind diese aufgefundenen Interessen zu gewichten. Zuletzt sind diese Interessen einander wertend und abwägend gegenüberzustellen.<sup>419</sup> Bei diesem Prozess muss beachtet werden, dass sich nur die Interessen der gegenseitigen Vertragsparteien gleichrangig miteinander vergleichen lassen.<sup>420</sup> Durch diese Begrenzung kann eine willkürliche und plötzliche Arbeitsverhältnisbeendigung aus rein privaten Interessen vermieden werden.<sup>421</sup>

## 2. Kriterien an der Interessenabwägung

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB ist offen, welche Interessen in der Abwägung zu berücksichtigen sind. Im Rahmen der Interesseneingrenze wird zum Teil vertreten, dass nur vertragsbezogene Interessen abwägungsfähig seien.<sup>422</sup> Aber das Arbeitsgericht berücksichtigt nicht nur die vertragsbezogenen Interessen, sondern auch betriebs- und personenbezogene Interessen als Kriterien, denn es muss gemäß § 626 Abs. 1 BGB alle Interessen nach den konkreten Umständen einer umfassenden Abwägung unterziehen und dann eine möglichst gerechte Entscheidung fällen.<sup>423</sup>

### 1) Bestimmung der schutzwerten Interessen

Zuerst ist festgestellt, welche Interessen an dem konkret zu entscheidenden Einzelfall überhaupt beteiligt sind und wie sich diese gegenüberstehen. So

---

<sup>419</sup> *Bengelsdorf*, SAE 2011, 122, 128.

<sup>420</sup> *Preis*, DB 1988, 1444, 1446.

<sup>421</sup> *SPV/Preis*, § 22, Rn. 555.

<sup>422</sup> *Preis*, AuR 2010, 242, 247.

<sup>423</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 170.



besteht die erste Aufgabe, die der Arbeitgeber im Rahmen seiner rechtsfindenden Tätigkeit zu erfüllen hat, darin, diejenigen Interessen herauszutreten, die das Recht als nicht schützenswert ansieht und die der Richter deshalb auch im Rahmen seiner Urteilsfindung nicht berücksichtigen darf.<sup>424</sup> Bei dieser Feststellung geht es jedoch nicht etwa darum zu ermitteln, ob in dem jeweiligen Einzelfall einem Interesse im Verhältnis zu dem Gegeninteresse Schutz gewährt werden kann.<sup>425</sup> Diese Feststellung ist erst aufgrund der darauf folgenden Bewertung und Abwägung der Interessen und damit im Rahmen des „zweiten Denkvorganges“ zu treffen.<sup>426</sup> Dabei geht es darum bei der Feststellung der Schutzwürdigkeit des Interesses, ob in dem jeweiligen Fall überhaupt die Interessen von der Rechtsordnung generell oder auf einem bestimmten Gebiet anerkannt werden.<sup>427</sup> Diese Anerkennung von Interessen kann sich sowohl aus der Gesamtrechtsordnung als auch aus der Natur der Sache ergeben.<sup>428</sup>

#### a) Bestimmung der Schutzwürdigkeit anhand der Gesamtrechtsordnung

Die außerordentliche Kündigung im Arbeitsverhältnis basiert auf einem rein privatrechtlichen Vertragsverhältnis, sodass der Grundrechtsschutz bei der Interessenabwägung nur mittelbar gelten kann. Die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten bedeutet, dass der Verfassung eine Grundordnung entnommen werden kann, an der sich das Bürgerliche Recht zu orientieren hat und die Grundrechtsnormen also Leitlinien und Bewertungsfaktoren zu berücksichtigen sind.<sup>429</sup>

---

<sup>424</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 143.

<sup>425</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 143.

<sup>426</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 143.

<sup>427</sup> *Hubmann*, Abwägung, S. 64.

<sup>428</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 143.

<sup>429</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 153.

## b) Bestimmung der Schutzwürdigkeit anhand der Natur der Sache

Die schutzwürdigen Interessen in § 626 Abs. 1 BGB können sich aus dem Arbeitsverhältnis als „Natur der Sache“ ergeben. Die außerordentliche Kündigung im Arbeitsrecht ist verankert im Individualarbeitsrecht. Die materielle Zulässigkeit einer Kündigung muss ihre Rechtfertigung aus dem Sinn und Zweck der vertraglichen Beziehung herleiten können.<sup>430</sup> Das Arbeitsverhältnis als wirtschaftliches Austauschverhältnis, das zur Erreichung bestimmter wirtschaftlicher und betrieblicher Zwecke eingegangen wird, muss kündigungsrechtlich alle Interessen berücksichtigen, die mit dieser Zweckverfolgung zusammenhängen.<sup>431</sup>

## 2) Bewertung der schutzwürdigen Interessen

Der erste Denkvorgang ist die schutzwürdigen, von den nicht schutzwürdigen Interessen zu unterscheiden.<sup>432</sup> Danach sind diese Interessen beider Seiten herauszuarbeiten und zu bewerten, damit sie gegeneinander abgewogen werden können.<sup>433</sup>

### a) Rangordnung der Interessen

In Kündigungsrechtsstreitigkeiten geht es selten allein um einen abstrakten Wertkonflikt – z.B. ob die Gewissensentscheidung eines Arbeitnehmers höher einzustufen ist als das aus der unternehmerischen Entscheidungs-

---

<sup>430</sup> Preis, Prinzipien, S. 224.

<sup>431</sup> Wollschläger, Unzumutbarkeit, S. 153.

<sup>432</sup> Wollschläger, Unzumutbarkeit, S. 145.

<sup>433</sup> Preis, DB 1988, 1444, 1446.

freiheit fließende Weisungsrecht des Arbeitgebers. Deswegen kann die Ranghohe eines Wertungsgesichtspunktes stets nur eine von mehreren Präferenzregeln sein.<sup>434</sup> Im Einzelfall entscheidet nicht nur die abstrakte Rangordnung über die Vorzugswürdigkeit, sondern auch das Gewicht, das ihnen nach Ort, Zeit und den Umständen des Falles zukommt und das durch die Ranghohe nur mitbestimmt wird.<sup>435</sup> Denn es kann durchaus sein, dass ein an sich rangniederer Wert wesentlich stärker ins Gewicht fällt als der ranghöhere, der nur beiläufig tangiert wird.<sup>436</sup>

#### b) Interessenhäufung

Im Arbeitsverhältnis wird von der Kumulation bzw. Addition von Interessen gesprochen, denn die Summierung mehrerer schutzwürdiger Interessen auf den Seiten eines Interessenträgers wird regelmäßig zu dessen Obsiegen im Rechtsstreit führen, soweit die Gegenseite nur eine weitaus kleinere Anzahl schutzwürdiger Interessen aufzuweisen hat.<sup>437</sup> D.h. es geht um die Möglichkeit einer „Mathematisierung“ des Abwägungsvorgangs. So ist es denkbar, dass in einem Kündigungsrechtsstreit aufgrund einer verhaltensbedingten Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung verschiedene Gesichtspunkte, die zugunsten des Arbeitgebers sprechen oder die andererseits zugunsten des Arbeitnehmers sprechen, durch die Mathematisierung vergleichbar sind.<sup>438</sup>

---

<sup>434</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 245.

<sup>435</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 161.

<sup>436</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 246.

<sup>437</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 246.

<sup>438</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 160.

### c) Interessennähe

Die Anwendung der Interessennähe führt wohl regelmäßig dazu, dass die Abwägung der Interessen in § 626 Abs. 1 BGB an und für sich zugunsten des kündigenden Arbeitgebers ausfallen müsste.<sup>439</sup> Bei tatsächlichem Vorliegen eines zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB werden wohl die Interessen des Arbeitgebers die näheren sein, so bei einem Diebstahl des Arbeitnehmers zum Nachteil des Arbeitgebers.<sup>440</sup> Beim tatsächlichen Vorliegen eines grundsätzlich zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Sachverhaltes ist auch zeitlich vorrangig das Interesse des Arbeitgebers betroffenen.<sup>441</sup>

### d) Interessenintensität

Im Rahmen der Interessenabwägung geht es um die Zeitfaktor: ein Interesse wiegt umso schwerer, je dauerhafter und damit auch intensiver es in Anspruch genommen wird.<sup>442</sup> Eine Rolle spielt die längere beanstandungsfreie Vertragserfüllung als ein wichtiger Umstand, der zugunsten des Arbeitnehmers mit zunehmender Dauer an Gewicht gewinnt.<sup>443</sup> Denn das Wachsen von einem Vertrauen basiert auf einem zunehmenden Zeitablauf.<sup>444</sup> Die Interessenabwägung ist somit durch ein Ungleichgewicht zu Lasten des Kündigenden geprägt.<sup>445</sup> Hinsichtlich des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ ist die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses als

---

<sup>439</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 162.

<sup>440</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 162.

<sup>441</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 162.

<sup>442</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 248.

<sup>443</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 248.

<sup>444</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 248.

<sup>445</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 163.

Ausnahmerecht anzusehen, sodass der Ausspruch einer fristlosen Kündigung nur das letzte bzw. das äußerste Mittel (Ultima - Ratio) sein darf.<sup>446</sup>

#### e) Verschulden

Ein vorsätzliches rechtswidriges Handeln des Arbeitnehmers zum Nachteil des Arbeitgebers ist anders zu beurteilen als ein fahrlässiges Verhalten des Arbeitnehmers.<sup>447</sup> Das Verschulden des einen oder anderen Vertragsteils ist geeignet dafür, die Interessenabwägung zur außerordentlichen Kündigung maßgeblich zu beeinflussen oder zu bestimmen.<sup>448</sup>

#### f) Folgenberücksichtigung

Zur Bewertung der Vorzugswürdigkeit eines Interesses gehört die Berücksichtigung der Folgen der erstrebten Maßnahme.<sup>449</sup> Die günstigen oder ungünstigen Folgen vermehren oder vermindern den Wert- oder Unwertgehalt der Ursache, denn das beabsichtigte Ziel ist als weitere Wirkung anzusehen.<sup>450</sup> Um weiteren Schaden zu vermeiden, sollen auch das Ziel sowie die Folge mitbewerten werden.<sup>451</sup> Die Folgenberücksichtigung gilt allerdings nicht nur einseitig zu Gunsten des Arbeitnehmers, sondern auch im Blick auf die Folgen, die die gerichtlich erzwungene Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber hätte.<sup>452</sup>

---

<sup>446</sup> Pries, Prinzipien, S. 269 ff.

<sup>447</sup> Wollschläger, Unzumutbarkeit, S. 163.

<sup>448</sup> Wollschläger, Unzumutbarkeit, S. 163.

<sup>449</sup> Preis, Prinzipien, S. 250.

<sup>450</sup> Hubmann, Abwägung, S. 32.

<sup>451</sup> Hubmann, Abwägung, S. 32.

<sup>452</sup> Pries, Prinzipien, S. 250 - 251.

Zwar darf über die Folgenberücksichtigung keine Einbeziehung an sich nicht berücksichtigungsfähiger Interessen, wie arbeitsmarktpolitische oder sozialpolitische Komponenten, erfolgen. Dies heißt jedoch nicht, dass der erkennende Richter bei seiner Entscheidung die Folgen des Arbeitsplatzverlustes für den Arbeitnehmer gänzlich unberücksichtigt lassen darf.<sup>453</sup>

### 3) Konfliktlösung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB

Im Rahmen der Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB liegt die Konfliktlösung in einer Alles- oder Nichts-Entscheidung: Der Richter kann keinerlei abweichende Rechtsfolgen anordnen, wie die Herabsetzung der täglichen Arbeitszeit, des Lohnes oder die Erteilung einer Betriebsbuße um auf diese Weise die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verhindern.<sup>454</sup>

### 4) Vertragsbezogene Interessen

Im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB können vertragsbezogene Interessen immer geschützt werden.<sup>455</sup> Aus diesem Grundsatz ist umgekehrt abzuleiten, dass die Interessen, die nicht auf das Vertragsverhältnis bezogen sind, eine Kündigung nicht alleine tragen können.<sup>456</sup> Als vertragsbezogene Interessen spielen die Art der Beschäftigung, der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses und die Länge der Betriebszugehörigkeit stets eine wichtige Rolle.<sup>457</sup> Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist sehr relevant und hat ein besonderes Gewicht zugunsten des Arbeitnehmers, d.h. je länger ein Arbeitnehmer bei einem Arbeitgeber beschäftigt ist, desto höherer das

---

<sup>453</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 163.

<sup>454</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 252 - 253.

<sup>455</sup> *EfK/Müller-Gröge*, § 626 BGB, Rn. 94.

<sup>456</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 224 - 225.

<sup>457</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 154.

Vertrauen kann er erwerben. Aber die Dauer der Betriebszugehörigkeit kann sich auch negativ für den Arbeitnehmer auswirken, denn der Arbeitgeber kann einem langjährig beschäftigten Arbeitnehmer grundsätzlich mehr vertrauen und ihm einen Vertrauensbruch umso mehr anlasten.<sup>458</sup> Das Vertrauen des Arbeitgebers soll zwar auch berücksichtigt werden, aber dazu bedarf es einer umfassenden Darlegung des Arbeitgebers, denn grundsätzlich wird dieser Umstand zugunsten des Arbeitnehmers gewertet.<sup>459</sup>

Hinsichtlich der vertragsbezogenen Interessen geht es nicht um die persönlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers wie z.B. Alter, Krankheit oder charakterliche Unzumutbarkeit, sondern um die Störungen aus seinem Verhalten im Bereich der arbeitsvertraglichen Aufgaben wie z.B. Schlechtleistung oder Arbeitsverweigerung. Es handelt sich bei der Störung um eine Handlung unter Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis.<sup>460</sup>

##### 5) Betriebs- und unternehmensbezogene Interessen

Der materielle und immaterielle Schaden sowie der öffentliche Imageverlust gehören zu den typischen betriebsbezogenen Interessen.<sup>461</sup> Aber anders als die vertragsbezogenen Interessen wiegen diese immer zugunsten des Arbeitgebers, sodass er im Rahmen der Interessenabwägung seine betrieblichen und unternehmerischen Interessen darlegen muss<sup>462</sup> und eine konkrete betriebliche Betroffenheit feststellbar sein muss.<sup>463</sup> Ferner muss ein

---

<sup>458</sup> Weber, RdA 2011, 108, 111.

<sup>459</sup> Wollschläger, Unzumutbarkeit, S. 154.

<sup>460</sup> Preis, AuR 2010, 242, 247.

<sup>461</sup> Preis, Prinzipien, S. 227.

<sup>462</sup> KDZ/Däubler, § 626 BGB, Rn. 43.

<sup>463</sup> EfK/Müller-Gröge, § 626 BGB, Rn. 63.

Kündigungsgrund aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers betriebsbezogen sein, d.h. ein verhaltensbedingter Grund an sich kann den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn auch betriebliche Interessen die Kündigung notwendig machen.<sup>464</sup> Denn ein Arbeitsverhältnis ist primär ein wirtschaftliches Austauschverhältnis und dieses Verhältnis erzielt einen bestimmten wirtschaftlichen und betrieblichen Zweck, mit dem kündigungsrechtlich all jene Interessen zusammenhängen.<sup>465</sup>

In der Literatur ist umstritten, ob die Höhe des Schadens aufgrund eines Deliktes auch bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Nach einer Ansicht könne und dürfe der Wert des Vermögensdeliktes keine Rolle spielen, denn unter Berücksichtigung des mit dem Kündigungsgrund verbundenen Vorwurfs (Vertrauensverlust) mache es letztendlich keinen Unterschied, ob Vermögensdelikt begeht. Das Vertrauen sei unabhängig vom Wert.<sup>466</sup>

Ein Teil der Literatur vertritt wiederum eine andere Ansicht: Der Umfang des Schadens habe ein unterschiedliches Gewicht, das insbesondere von der Stellung des Arbeitnehmers, der Art der entwendeten Waren und den besonderen Verhältnissen des Betriebes abhinge.<sup>467</sup>

Das BAG stellte indessen fest, dass die Schadenshöhe nur in wenigen Fällen des § 626 Abs. 1 BGB tatsächlich zu berücksichtigen ist.<sup>468</sup>

Die Schadenshöhe spielt zwar keine Rolle als Kriterium auf der ersten Stufe des „wichtigen Grundes“, aber auf der zweiten Stufe der Interessenabwägung gilt sie als Indiz für die Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung,

---

<sup>464</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 227.

<sup>465</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 248.

<sup>466</sup> *Schrader/Straube*, ArbRAktuell 2009, 7.

<sup>467</sup> *Hunold*, NZA-RR 2003, 57, 60.

<sup>468</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, AP § 626 BGB, Nr. 229.



denn ein hoher Schaden lässt die Interessenabwägung regelmäßig zulasten des Arbeitnehmers ausfallen.

#### 6) Personenbezogene Interessen

Das Lebensalter, eine eventuelle Unterhaltspflicht des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb sowie eine vorhandene Schwerbehinderung sind typische personenbezogene Interessen.<sup>469</sup> Aufgrund des arbeitsmarktpolitischen Ziels der Sicherung des individuellen Arbeitsplatzes können diese Benachteiligungen gerechtfertigt sein, denn ein älterer Arbeitnehmer ist hinsichtlich der Chancen auf dem Arbeitsmarkt wesentlich beeinträchtigt und nicht so flexibel wie ein jüngerer Arbeitnehmer.<sup>470</sup>

Während die betrieblichen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers mittelbar unter Hinweis auf die Art. 14, 12 und 2 Abs. 1 GG geschützt werden können, sollen die persönlichen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers auch mit Verweis auf die Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 1. Abs. 1 GG geschützt werden können.<sup>471</sup>

Die Rechtsprechung hat hinsichtlich der Frage der Berücksichtigung des Lebensalters des Arbeitnehmers im Rahmen der Interessenabwägung einen Wandel vollzogen. In früheren Entscheidungen hatte das BAG das Lebensalter an sich als schützwertes personenbezogenes Interesse angesehen: „ In Bezug auf das Lebensalter des Arbeitnehmers und die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit handelt es sich um Umstände, die nicht das beanstandete Verhalten des Arbeitnehmers selbst betreffen, sondern allenfalls im Rahmen der Interessenabwägung als zugunsten des Arbeitnehmers

---

<sup>469</sup> Langner/Witt, DStR 2008, 825, 828.

<sup>470</sup> Leuchten, NZA 2002, 1254, 1259.

<sup>471</sup> Preis, Prinzipien, S. 231.

sprechende Umstände zu berücksichtigen sind.“<sup>472</sup> In späteren Entscheidungen aber gab das BAG einen unmittelbaren Bezug des Lebensalters zum Arbeitsverhältnis auf: „Das Lebensalter des Arbeitnehmers hat keinen unmittelbaren Bezug zum Arbeitsvertrag. Im Übrigen besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die Chancen des bei Zugang der Kündigung erst Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt altersbedingt beeinträchtigt wären.“<sup>473</sup> Bei der ordentlichen Kündigung gilt es indes noch als Kriterium für die soziale Rechtfertigung.<sup>474</sup>

## II. Zusammenfassung

Die Interessenabwägung bei einer außerordentlichen Kündigung leitet sich aus § 626 Abs. 1 BGB direkt ab. Welche Interessen dabei zu berücksichtigen sind, ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls. In den Umständen des Einzelfalls müssen die schutzwürdigen Interessen herausgefiltert werden und alle Interessen sodann durch die verschiedenen Maßstäbe, beispielsweise Interessennähe, Interessenintensität, Interessenhäufung sowie Folgenberücksichtigung bewertet werden. Diese Abwägung beinhaltet einerseits die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers und andererseits die Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers. Hierbei ist entscheidend, ob das Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber noch zugemutet werden kann.

---

<sup>472</sup> BAG 22. 02. 1980 – 7 AZR 295/78, DB 1980, 1446; BAG 15. 11. 1995 – 2 AZR 974/94, NZA 1996, 419.

<sup>473</sup> BAG 16. 03. 2000 - 2 AZR 75/99, NZA 2000, 1332.

<sup>474</sup> *Wollschläger*, Unzumutbarkeit, S. 157.

## **F. Verhältnismäßigkeit i.e.S**

Bei der Interessenabwägung zur fristlosen Kündigung ist die Verhältnismäßigkeit i.e.S, ob eine außerordentliche Kündigung als geeignetes Mittel verhältnismäßig ist, zu prüfen.<sup>475</sup>

## **I. Grundlagen**

### 1. Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist im Grundgesetz zwar nicht normiert, wird aber aus den Grundrechten sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet. Weiterentwickelt wurde es in den Rechtsgebieten des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, besonders des Polizeirechts um die staatliche Macht, einseitig gegenüber dem Bürger belastende Akte der öffentlichen Gewalt, einzuschränken und zugleich die Grundrechte zu schützen.<sup>476</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt immer dann, wenn rechtlich ein einseitiger Eingriff gegen die Rechtssphäre eines anderen vorliegt.<sup>477</sup>

### 2. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitsrecht

Das BAG zog diesen Grundsatz erstmals bei einer außerordentlichen Kündigung heran<sup>478</sup> um die Grundrechtswahrnehmung effektiv ins Privat-

---

<sup>475</sup> Preis, Prinzipien, S. 475.

<sup>476</sup> Preis, Prinzipien, S. 271.

<sup>477</sup> Preis, Prinzipien, S. 310.

<sup>478</sup> BAG 30. 05. 1978 - 2 AZR 630/76, NJW 1979, 332: „Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen mildereren Mittel erschöpft sind, das in der bisherigen Form nicht mehr

recht einzuführen und das Problem des privaten Herrschaftsverhältnisses im Arbeitsverhältnis zu lösen.<sup>479</sup> Denn das Arbeitsverhältnis definiert sich durch die Erbringung von Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit gegen Vergütung (§ 611a BGB). Die persönliche Abhängigkeit wird vor allem durch die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Leistungserbringen (§ 106 GewO) sowie durch die Einbindung in die betriebliche Organisation gekennzeichnet.<sup>480</sup> Das Arbeitnehmerschutzprinzip zielt auf eine Ausrichtung der gesamten Arbeitsrechtsordnung an den Interessen der schwächeren Arbeitnehmerseite.<sup>481</sup>

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ermöglicht durch Gegenüberstellung des Eingriffszwecks und der Eingriffswirkung eine Übermaßkontrolle.<sup>482</sup> Im Kündigungsschutzrecht besteht seine Funktion darin, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Auswirkungen einer Kündigung für den betroffenen Arbeitnehmer und dem vom Arbeitgeber mit der Kündigung verfolgten Zweck zu gewährleisten.<sup>483</sup>

## **II. Katalog möglicher milderer Maßnahmen in Vermögensdelikten**

Eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist ihre Verhältnismäßigkeit. Die Kündigung ist dann verhältnismäßig, wenn sie nicht außer Verhältnis zum Zweck steht. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung enthält drei Unterpunkte: die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit.

---

*haltbare Arbeitsverhältnis fortsetzen. Die außerordentliche Kündigung ist nur zulässig, wenn sie die unausweichlich letzte Maßnahme.“.*

<sup>479</sup> EfK/Dieterich, GG-Grundlage, Rn. 33 - 35.

<sup>480</sup> Meys, Rechtsfortbildung, S. 94.

<sup>481</sup> Meys, Rechtsfortbildung, S. 88.

<sup>482</sup> Preis, Prinzipien, S. 333.

<sup>483</sup> Preis, Prinzipien, S. 333.

Bei Vermögensdelikten ist die Geeignetheit der Kündigung nicht problematisch, denn eine Wiederholung der Pflichtverletzung kann durch die Kündigung ist durch das Abwiegen zwischen dem geeigneten und erforderlichen Mittel und dem gewünschten Zweck entscheidend.<sup>484</sup> Sie verhindert den Einsatz eines übermäßigen Mittels.<sup>485</sup>

Erforderlichkeit der Kündigung ist dabei jedoch problematisch, denn es ist nicht klar, welches Mittel als Alternative gegebenenfalls den Arbeitnehmer geringer belasten könnte.<sup>486</sup> Zu berücksichtigende Kriterien sind die Leistung, die Stelle des Arbeitnehmers, die Länge der Bindung zwischen der Stelle und der Leistung und die Dauer der Betriebszugehörigkeit. Der Grad an Eignung eines Maßstabs bemisst sich auch an der Rechtssicherheit.<sup>487</sup>

Daher ist es notwendig, zu prüfen, welches Mittel gegenüber der Kündigung als milderer bei Vermögensdelikten in Frage kommt.<sup>488</sup>

## 1. Betriebsbuße

Betriebsbußen sind disziplinarische Maßnahmen der betrieblichen Selbstverwaltung, die durch die Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG oder durch den Tarifvertrag gemäß § 1 Abs. 1 TVG festgelegt werden müssen.<sup>489</sup> Sinn und Zweck der Betriebsbuße liegt darin, Disziplin, Sicherheit und Ordnung im Betrieb aufrechtzuerhalten.<sup>490</sup> Deswegen spielt sie in drei Bereichen eine Rolle: als Verwarnung bei geringeren Verstößen gegen die

---

<sup>484</sup> Dey, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 20.

<sup>485</sup> Dey, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 20.

<sup>486</sup> KDZ/Däubler, § 626 BGB, Rn. 34.

<sup>487</sup> Meys, Rechtsfortbildung, S. 109.

<sup>488</sup> APS/Preis, Grundlagen H. Rn. 72

<sup>489</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 37 ff.

<sup>490</sup> ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 37 ff.

betriebliche Ordnung, als schriftlicher Verweis für schwere oder wiederholte, leichtere Verstöße gegen die betriebliche Ordnung und als Geldstrafe.<sup>491</sup>

## 2. Abmahnung

Die konkreten Pflichten des Arbeitnehmers ergeben sich aus dem Arbeitsverhältnis. Die Arbeitnehmer können gegen diese Pflichten verstoßen, beispielsweise, durch eine Verspätung am Arbeitsplatz, allgemein unternehmensschädigendes Verhalten, unentschuldigtes Fehlen am Arbeitsplatz, oder die Aufnahme einer unerlaubten Nebentätigkeit. Diesen Pflichtverletzungen liegt ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers zugrunde.<sup>492</sup> Das BAG stellt deswegen diese Pflichtverletzung als verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar, aber die Wirksamkeit einer Kündigung ist abhängig von der Interessenabwägung, weil eine Kündigung immer das letzte Mittel sein sollte.<sup>493</sup> Die Notwendigkeit einer Abmahnung ist deswegen abhängig von der Schwere der Pflichtverletzung. Die Abmahnung ist entbehrlich, wenn die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers so schwer ist, dass der Arbeitgeber sie auch objektiv nicht mehr dulden kann und sie die Kündigung objektiv rechtfertigen kann.<sup>494</sup>

Eine Abmahnung ist von Vorteil, wenn eine verhaltensbedingte Kündigung auf Grund von Unverhältnismäßigkeit unwirksam wird. Die Abmahnung als milderer Mittel gegenüber einer Kündigung verfolgt den Zweck, den Arbeitnehmer für die Zukunft zu einem vertragstreueren Verhalten aufzufordern. Hierzu teilt die Abmahnung dem Arbeitnehmer klar mit, dass er

---

<sup>491</sup> BAG 30. 01. 1979 - 1 AZR 342/76, DB 1979, 1151.

<sup>492</sup> *Preis*, DB 1990, 685, 687.

<sup>493</sup> BAG 21. 11. 2013 - 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243.

<sup>494</sup> *Preis*, DB 1990, 685, 687.

durch sein Verhalten gegen die arbeitsvertragliche Pflicht verstoßen hat. Zugleich warnt die Abmahnung den Arbeitnehmer vor einer Kündigung als individualrechtliche Konsequenz für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung.<sup>495</sup> Sie muss deswegen das Verhalten nach Art, Ort, Zeit und Dauer inhaltlich so bestimmt darlegen, dass der Arbeitnehmer substantiiert darauf eingehen kann. Darüber hinaus muss dargelegt werden, gegen welche Regelung im Vertrag oder im Gesetz der Arbeitnehmer verstoßen hat, welches Verhalten der Arbeitgeber erwartet und welche Maßnahme der Arbeitgeber im Wiederholungsfall ergreifen wird.<sup>496</sup>

Die Abmahnung ist nicht gerechtfertigt, wenn die Pflichtverletzungen auf einer Krankheit beruhen, denn der Arbeitnehmer garantiert keinen Heilungserfolg. Aber eine Abmahnung ist bei der krankheitsbedingten Kündigung gerechtfertigt, wenn die Erkrankung durch ein steuerbares Verhalten beseitigt werden kann.

Eine Abmahnung ist auch von Bedeutung im Rahmen des Kleinbetriebs (§ 23 KSchG), denn ein im Kleinbetrieb beschäftigter Arbeitnehmer kann zwar jederzeit wirksam gekündigt werden, aber der Arbeitnehmer unterliegt ausnahmsweise dem Kündigungsschutz aus dem BGB, beispielsweise auf Grund eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder Treu und Glauben (§ 242 BGB). Falls eine verhaltensbedingte Kündigung im Kleinbetrieb aufgrund des Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben unwirksam wird, ist die Abmahnung ein gutes Mittel für eine Rüge, eine Warnung und einen Beweis der ehemaligen Pflichtverletzung im Kleinbetrieb.

---

<sup>495</sup> BAG 27. 11. 2008 - 2 AZR 675/07, NZA 2009, 842.

<sup>496</sup> *Preis*, DB 1990, 685, 687.

Während die Kündigung gemäß § 623 BGB der gesetzlichen Schriftform bedarf, ist die Abmahnung mit keinem Formerfordernis verbunden.<sup>497</sup> Deswegen kann sie schriftlich, per E-Mail oder mündlich erfolgen. Damit die Abmahnung in einem Kündigungsschutzprozess aber bewiesen werden kann, sollte sie vorsorglich schriftlich formuliert werden.<sup>498</sup>

### 3. Versetzung

Eine Versetzung kommt auch als milderer Mittel gegenüber der Kündigung in Betracht. Der Arbeitgeber kann seinen Arbeitnehmer in eine andere Stellung setzen. Hierbei geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Versetzung gerechtfertigt ist.<sup>499</sup> So muss ein freier Arbeitsplatz tatsächlich vorhanden sein. Außerdem muss das arbeitgeberseitige Interesse an der verhaltensbedingten Kündigung durch die Versetzung des Arbeitnehmers befriedigt werden können. Darüber hinaus muss die Möglichkeit bestehen, dass sich der Arbeitnehmer durch die Versetzung in Zukunft anders verhalten wird.<sup>500</sup>

Auch ist fraglich, ob die Versetzung im Regelfall bei einer auf einen bestimmten Arbeitsplatz bezogenen Leistung oder Position berücksichtigt werden soll.<sup>501</sup> Denkbar ist der Fall eines Bankkaufmanns in einer Bank, der verdächtigt wird, dem Kassenbestand einen bestimmten Geldbetrag entnommen zu haben. Kann der Bankkaufmann an anderer Stelle, etwa als Fahrer oder Bote in der Bank, weiterbeschäftigt werden? In diesem Fall wird das Risiko einer weiteren Vertragsverletzung nicht bereits durch die

---

<sup>497</sup> EfK/Müller-Gröge, § 626 BGB, Rn. 31.

<sup>498</sup> AnKommArb/Hümmerlich & Holthausen, § 1 KSchG, Rn. 316.

<sup>499</sup> Preis, Prinzipien, S. 461.

<sup>500</sup> Preis, DB 1990, 630, 633.

<sup>501</sup> Preis, Prinzipien, S. 462.



Versetzung des Arbeitnehmers beseitigt.<sup>502</sup> Denn eine Wiederholungsgefahr hängt davon ab, ob der Arbeitnehmer sein Verhalten selbst steuern kann. Deswegen wäre die Versetzung nur an eine andere Stelle möglich, die mit der ehemaligen Arbeitsleistung in keinem Zusammenhang steht.<sup>503</sup>

#### 4. Änderungskündigung

Die Änderungskündigung zeichnet sich nach § 2 S. 1 KSchG dadurch aus, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet. Eine Änderungskündigung ist nur sinnvoll, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen nicht einseitig ändern kann.<sup>504</sup> Wenn der Arbeitnehmer diese angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen nicht annimmt, wird aus der ausgesprochenen Änderungskündigung eine Beendigungskündigung, gegen die sich der Arbeitnehmer mit der Klage gemäß §§ 1, 4 S. 1 KSchG zur Wehr setzen kann.<sup>505</sup> Anders als die Beendigungskündigung zielt die Änderungskündigung also nicht in erster Linie auf die Beendigung ab, sondern auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen.<sup>506</sup>

Das Arbeitsverhältnis basiert auf Vertrauen, sodass für die Weiterbeschäftigung auch im Rahmen der Änderungskündigung ein Grundvertrauen bestehen muss. Zudem muss sich das Vermögensdelikt nach der Änderung der Arbeitsbedingungen nicht mehr auf das Arbeitsverhältnis auswirken. Unter diesen Voraussetzungen wäre die Weiterbeschäftigung unter

---

<sup>502</sup> Preis, DB 1990, 630, 633.

<sup>503</sup> Preis, DB 1990, 630, 633.

<sup>504</sup> ErfK/Oekter, § 2 KSchG, Rn. 1.

<sup>505</sup> Heimbach, Verhältnis, S. 24.

<sup>506</sup> Kalf, Die Änderungskündigung, S. 19.

geänderten Bedingungen möglich und zumutbar. Wenn die Tat oder der Verdacht aus Vermögensdelikten das gesamte Vertrauen auf Seiten des Arbeitgebers zerstört, muss die Änderungskündigung auch nicht als milderes Mittel herangezogen werden.

## 5. Ordentliche Kündigung

Als milderes Mittel ist auch die ordentliche Kündigung in Betracht zu ziehen, denn bei der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung geht es jeweils um das Gewicht des Kündigungsgrundes. Eine Voraussetzung für den wichtigen Grund in § 626 Abs. 1 BGB ist eine erhebliche Pflichtverletzung, die es für den Arbeitgeber sofort unzumutbar macht, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Der wichtige Grund für eine außerordentliche Kündigung kann immer auch gleichzeitig ein Grund für eine ordentliche Kündigung sein,<sup>507</sup> deswegen kann eine unwirksame außerordentliche Kündigung nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden.<sup>508</sup> Die Umdeutung ausdrücklich auf die Umdeutung oder die Möglichkeit einer ordentlichen Beendigung des Vertragsverhältnisses berufen.<sup>509</sup> Das Gericht muss die Umdeutung vielmehr von Amts wegen vornehmen.<sup>510</sup> Wenn dem Kündigungsinteresse des Arbeitgebers auch durch eine ordentliche Kündigung Rechnung getragen werden kann, ist eine außerordentliche Kündigung kein Ultima - Ratio Prinzip mehr und damit unwirksam.<sup>511</sup> Die ordentliche Kündigung ist somit ein geeignetes und milderes Mittel gegenüber einer fristlosen Kündigung.

---

<sup>507</sup> MünHbArb/Wank, § 98, Rn. 17.

<sup>508</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht. S. 325.

<sup>509</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht. S. 326.

<sup>510</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht. S. 326.

<sup>511</sup> Heimbach, Verhältnis, S. 144.

### **III. Zusammenfassung**

Die Verhältnismäßigkeit i.e.S leitet sich aus § 626 Abs. 1 BGB nicht direkt, sondern aus dem Ergebnis der Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB und aus § 242 BGB ab. Als milderes Mittel kommen in Betracht die ordentliche Kündigung, die Änderungskündigung, die Versetzung sowie die Abmahnung.

## G. Entwicklung der Rechtsprechung

### I. Interessenabwägung

#### 1. Ausgangspunkt

Bei der Interessenabwägung zur außerordentlichen Kündigung wegen Vermögensdelikten ist die sogenannte „Bienenstich“ Rechtsprechung<sup>512</sup> sehr bedeutsam. Unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalls sei dieser Entscheidung zufolge eine Interessenabwägung vorzunehmen. Nach Zurückverweisung entschied das LAG, dass das Essen des Kuchenstücks im Wert von 1 DM als Grund für eine fristlose Kündigung ausreicht.<sup>513</sup>

Rechtsprechung seinen eigenen Standpunkt klar. In diesem Fall stahl ein über 17 Jahre lang beschäftigter ICE-Steward im Alter von 47 Jahren drei Kaffeebecher, zwei Packungen Schinken und eine Dose Pflanzenöl aus dem Bordbestand. Das BAG kam zu dem Schluss, dass der ICE-Steward seine Vertrauensstellung verletzt hatte, weil der Arbeitgeber nur eine geringe Möglichkeit zur Überwachung hatte.<sup>514</sup> Das BAG wies zwar im Rahmen der Interessenabwägung auf die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit und sein Alter als Kriterien hin, aber deren Abwägung blieb im Prozess wirkungslos. Zwar waren die Sozialfaktoren zum ersten Mal als Kriterien für die

---

<sup>512</sup> BAG 17. 05. 1984 - 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91.

<sup>513</sup> Klueß, NZA 2009, 337.

<sup>514</sup> BAG 12. 08. 1999 - 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421: „Im vorliegenden Fall konnte der Kläger mit vertretbaren Überlegungen nicht davon ausgehen, die Beklagte werde die Mitnahme der drei Kaffeebecher und der beiden Schinkenpackungen dulden. Das folgt aus seiner Vertrauensstellung als Steward, dem trotz geringer Überwachungsmöglichkeiten der Beklagten eine Vielzahl der in ihrem Eigentum stehenden Güter zum Verkauf und zur Obhut anvertraut waren.“

Interessenabwägung herangezogen worden, jedoch die tatsächliche Abwägung fehlte noch.<sup>515</sup>

## 2. Rechtsprechung vor dem Fall „Emmely“

In den folgenden Fällen hat die Rechtsprechung vor der Entscheidung des Falls „Emmely“ eine wirksame außerordentliche Kündigung angenommen.

Sache	Wert <sup>516</sup> (Euro)	Dienstalter (Jahre)	Alter (Jahre)	Position
Zigaretten <sup>517</sup>	k. A.	2	35	Disponent
Geld <sup>518</sup>	ca. 27,00	6	k.A.	Kassiererin
1 Frischkäse <sup>519</sup>	ca. 2,00	6	63	k.A.
Briefmarke <sup>520</sup>	4,95	3	30	Kundenberater

---

<sup>515</sup> Klueß, NZA 2009, 337, 338.

<sup>516</sup> Die Beträge in DM wurden mit einer Umrechnung von 0,5 in Euro umgerechnet.

<sup>517</sup> BAG 29. 11. 1984 - 2 AZR 581/83, Juris: „Das Verhalten des Klägers habe das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört, die Beklagte befürchte zu Recht, daß der Kläger auch zukünftig bei sich bietender Gelegenheit wieder gegen ihre Eigentumsinteressen verstoßen werde. Unter diesen Umständen könne auch die Interessenabwägung nicht dazu führen, daß die Kündigung für unwirksam erklärt werde.“.

<sup>518</sup> LAG Mecklenburg-Vorpommern 25. 11. 1999 - 1 Sa 349/99, NZA-RR 2000, 187: „Aufgrund des Verdachts einer Unterschlagung überwiegt das Interesse der Bekl. an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse der Kl. an dessen Aufrechterhaltung.“.

<sup>519</sup> LAG Schleswig-Holstein 18. 01. 2005 - 2 Sa 413/04, NZA-RR 2005, 367: „Die Mitnahme des Frischkäses hat das Vertrauensverhältnis in den Kläger erheblich zerstört. Dieses Vertrauen ist auch noch während der Freistellungsphase erforderlich.“.

<sup>520</sup> LAG Hessen 14. 05. 2007 - 16 Sa 1885/06, Juris: „Weil die Beklagte unabdingbar darauf angewiesen ist, Geschäftspost zu frankieren, hat sie ein berechtigtes Interesse daran, dass diese Notwendigkeit nicht zu privaten Zwecken missbraucht wird und es Schule macht, dass Privatpost in die Geschäftspost „geschmuggelt“ wird.“.

Brot <sup>521</sup>	1,30	31	47	Verkäuferin
Zahnbürsten <sup>522</sup>	k.A.	23	63	k.A.
Brötchen <sup>523</sup>	k.A.	17	59	Verkäuferin
Geld <sup>524</sup>	ca. 3,50	7	52	Kassiererin

---

<sup>521</sup> LAG Nürnberg 16. 10. 2007 - 7 Sa 182/07, BB 2007, 2748: „Seine Betriebszugehörigkeitsdauer von 31 Jahren hält die Kammer für gewichtungsneutral, da einerseits zwar eine lange Betriebszugehörigkeitsdauer das Bestandsschutzinteresse steigert, andererseits aber die Zerstörung des Vertrauens umso schwerer wiegt, je länger dem Arbeitnehmer Vertrauen entgegen gebracht worden ist. Zu Gunsten der Beklagten ist auch zu berücksichtigen, dass sie den Kläger nicht nur vertragsgerecht entlohnt hat, sondern ihm Sonderleistungen zukommen hat lassen. So hat sie den unbeschränkten kostenlosen Verzehr von selbst produzierten Backwaren im Betrieb erlaubt und außerdem verbilligt Waren an die Mitarbeiter verkauft. Eine Abwägung der beiderseitigen Interessen führt zur Wertung, dass es der Beklagten nicht zumutbar ist, den Kläger weiterzubeschäftigen.“

<sup>522</sup> LAG Rheinland-Pfalz 30. 04. 2008 - 7 Sa 43/08, Juris: „Bei der Interessenabwägung waren zugunsten der Klägerin folgende Umstände zu berücksichtigen: Eine Betriebszugehörigkeit von 23 Jahren und das beanstandungsfreie Arbeiten während dieser Zeit. Hingegen konnte entgegen der Auffassung der Klägerin nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt werden, dass die Beklagte sie vor der Kündigung nicht vertragsgemäß beschäftigt und vergütet hätte. Dieser Rechtfertigungsversuch zeugt von einem geringen Unrechtsbewusstsein und musste bei der Beklagten die Befürchtung hervorrufen, dass die Klägerin auch in Zukunft das gleiche fehlerhafte Rechtsverständnis an den Tag legt.“

<sup>523</sup> LAG Rheinland-Pfalz 31. 01. 2009 - 9 Sa 485/08, Juris: „Dass auch die mitgenommenen Brötchen bzw. der Salat nur jeweils einen geringen Wert hatten. Der wirtschaftliche Wert einer Sache hängt nicht allein von dessen Verkaufsfähigkeit ab. Die fehlende Verkaufsfähigkeit schließt einen Wert nicht aus.“

<sup>524</sup> LAG Niedersachsen 12. 02. 2010 – 10 Sa 1977/08, Juris: „Ein solches Vermögensdelikt zum Nachteil der Beklagten beging die Klägerin, indem sie Spargel eigenmächtig im Preis reduzierte und für sich an der Kasse erwarb. Die im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Faktoren, die für die Klägerin streiten, sind ihr Lebensalter und eine Betriebszugehörigkeit von im Kündigungszeitpunkt gut 7 ½ Jahren sowie die Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind. Dies genügt jedoch vorliegend nicht, um den Grund, den sie für die außerordentliche Kündigung gesetzt hat, aufzuwiegen.“

Arbeitshandschuhe <sup>525</sup>	11,00	36	k.A.	k.A
Messinghalbschale <sup>526</sup>	409,20	15	41	Angestellter
ca. 25m Kabel <sup>527</sup>	200,00	k.A.	k.A.	Verkäufer
20 Liter Diesel <sup>528</sup>	K.A	13	43	Tiefbohrarbeiter
1 Liter Sahne <sup>529</sup>	ca. 3,00	7	50	Verkäuferin

Seit der sogenannten „Bienenstich“ Rechtsprechung im Jahr 1984 sind die früheren Entscheidungen des BAG stark kritisiert worden: Es fehlten die Maßstäbe dafür, welche Faktoren in der Interessenabwägung berücksichtigt

---

<sup>525</sup> LAG Baden-Württemberg 23. 02. 2010 - 8 Sa 9/09, Juris: „Der Kläger konnte mit vertretbaren Überlegungen nicht davon ausgehen, die Beklagte werde die Mitnahme von 10 Paar neuen Arbeitshandschuhen und 500g Unterlegscheiben unterschiedlicher Größe dulden. Dass das im Betrieb bereitgehaltene und verwendete Material wie Arbeitshandschuhe und Unterlegscheiben nicht ohne Erlaubnis mitgenommen und für private Zwecke verwendet werden darf, ist eine pure Selbstverständlichkeit und musste sich dem Kläger wie jedem anderen Mitarbeiter auch aufdrängen.“. In diesem Fall war der Arbeitnehmer zwar über 30 Jahre lang im Betrieb beschäftigt, aber seine Interessen waren in Rahmen der Interessenabwägung gar nicht beachtet.

<sup>526</sup> LAG Berlin – Brandenburg 12. 03. 2010 - 13 Sa 2621/09, Juris: „Zwar ist der Kläger seit dem 01. Januar 1995 im Betrieb der Beklagten tätig. Er ist 2 Kindern im Alter von 14 und 9 Jahren zum Unterhalt verpflichtet. Allerdings wiegt der Verdacht des Diebstahls und die dabei gezeigte kriminelle Energie des Klägers, die angesichts des Gewichts der Metallhalbschalen auch erhebliche körperliche Anstrengungen erforderte, diese Umstände mehr als auf.“.

<sup>527</sup> LAG Berlin – Brandenburg 23. 04. 2010 - 13 Sa 2538/09, Juris: „Es genügt die Feststellung, dass es sich nur um Diebesgut gehandelt haben kann. Dass die Kupferkabel aus dem Gewahrsam der Beklagten weggenommen oder unterschlagen worden sind, steht zur Überzeugung des Gerichts ebenfalls fest.“.

<sup>528</sup> BAG 13. 12. 1984 – 2 AZR 454/83, NZA 1985, 288: „Der im Jahre 1939 geborene, verheiratete und zwei Kindern unterhaltspflichtige Kl. war seit dem 1. 8. 1969 bei der Bekl., die Tiefbohrungen durchführt, als Bohrarbeiter. Es hätte die 13jährige Dauer der Betriebszugehörigkeit. Der Kl. habe in der Nacht vom 25. auf den 26. 5. 1982 auf der Bohrstelle T 29 Dieselkraftstoff entwendet.“.

<sup>529</sup> BAG 02. 04. 1987 – 2 AZR 204/86, Juris: „Die am 25. Juni 1936 geborene, verheiratete Klägerin, ist seit 15. August 1979 als Verkäuferin beschäftigt. Die Klägerin bestreitet, aus der Filiale der Beklagten einen Liter Sahne im Verkaufswert von 4,80 DM entwendet zu haben. Für die Klägerin spreche ihre gut fünfjährige, unbescholtene Betriebszugehörigkeit.“.

werden müssen sowie inwiefern diese Faktoren eine Rolle spielen und wie sie dafür strukturiert werden müssen.<sup>530</sup> D.h. das BAG beachte die Interessenabwägung zur fristlosen Kündigung nicht richtig.

Zwar gewannen die Kriterien wie das Alter und Unterhaltspflichten seit dem sogenannten „ICE - Steward“ Urteil in den meisten Entscheidungen an Gewicht, aber sie spielten kaum eine Rolle bei der Abwägung.<sup>531</sup> Eine Unterhaltspflicht soll grundsätzlich nicht im Rahmen der Interessenabwägung bei einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung berücksichtigt werden.<sup>532</sup> Das BAG soll vielmehr den konkreten Bezug zur Vertragsbeziehung bei der Abwägung suchen und dabei geht es um das Gewicht bzw. die Intensität der Vertragspflichtverletzung, somit ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit, insbesondere die Dauer der fehlerfreien Vertragsbeziehung, zu berücksichtigen.<sup>533</sup>

Vor dem Fall „Emmely“ war es vielmehr so, dass bei Diebstählen und anderen zulasten des Arbeitgebers begangenen Vermögensdelikten die Interessenabwägung generell nicht richtig durchgeführt wurde.<sup>534</sup>

---

<sup>530</sup> *Preis*, DB 1990, 685, 688.

<sup>531</sup> *Klueß*, NZA 2009, 337, 338.

<sup>532</sup> *Preis*, DB 1990, 685, 688.

<sup>533</sup> *Preis*, DB 1990, 685, 688.

<sup>534</sup> *Walker*, NZA 2003, 921, 925 - 926.



Unter folgender Tabelle hat die Rechtsprechung vor dem Fall „Emmely“ eine unwirksame außerordentliche Kündigung angenommen.

Sache	Wert	Diensalter	Alter	Position
Obst ( 3 Kiwis) <sup>535</sup>	ca. 1,50	22	58	Verkäuferin
Lippenstift <sup>536</sup>	ca. 4,60	14	k.A.	Buchhalterin
Fisch <sup>537</sup>	ca. 5,10	2	k.A.	Küchenhilfe
Briefschlägen <sup>538</sup>	ca. 0,20	8	k.A.	Lagerarbeiter
frischer Kaffee <sup>539</sup>	0,20	2	40	Serviererin

<sup>535</sup> BAG 20. 09. 1984 - 2 AZR 633/82, NZA 1985, 286: „Der Arbeitsplatz der Klägerin und der Tatort seien räumlich weit voneinander entfernt; Versandhaus und Warenhaus der Beklagten stellten sich für den unbefangenen Betrachter als zwei selbständige Betriebe dar. Da die Klägerin im Versandhaus als Sachbearbeiterin im Suchdienst tätig sei, sei die erstmalige Entwendung von Kiwi-Früchten ohne Bedeutung für die von ihr konkret ausgeübte Tätigkeit und habe somit auch keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis“.

<sup>536</sup> BAG 03. 04. 1986 - 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677: „Die Klägerin in der Kosmetikabteilung des Warenhauses hat einen Lippenstift genommen, diesen auf dem Weg in die Elektroabteilung, wo sie einen weiteren Gegenstand zu kaufen beabsichtigte, in die Rocktasche gesteckt und nach dem ergebnislos gebliebenen Versuch, dort Ersatzzahnbürsten zu bekommen, das Warenhaus verlassen, ohne den Lippenstift zu bezahlen. Sie habe gedankenlos und nachlässig gehandelt.“

LAG Köln 24. 08. 1995, - 5 Sa 504/95, NZA-RR 1996, 86: „Zwar kann bei der Interessenabwägung zugunsten der Kl. eine längere Betriebszugehörigkeit nicht berücksichtigt werden, da diese im Zeitpunkt der Kündigung erst knapp zwei Jahre im Betrieb des Bekl. beschäftigt war. Allerdings ist davon auszugehen, daß sie die Kündigung, da sie allein für sich und ihre minderjährige Tochter den Unterhalt aufzubringen hat, hart trifft. Vor allem ist aber zugunsten der Kl. zu berücksichtigen, daß es sich bei den von ihr mitgenommenen Lebensmitteln um solche handelte, die aller Wahrscheinlichkeit nach für den Bekl. nicht mehr verwendet worden wären. Es handelte sich somit bei den von der Kl. mitgenommenen Essensresten um wirtschaftlich für den Bekl. wertlose Waren, die einer anderweitigen Verwendung aller Voraussicht nach nicht mehr zugeführt werden konnten.“

<sup>538</sup> LAG Köln 30. 09. 1999 - 5 Sa 872/99, NZA-RR 2001, 83: „Bei Gegenständen mit einem minimalen Wert von insgesamt nicht einmal drei Pfennig, die zudem im Betrieb der Beklagten massenhaft Verwendung finden und deren Verwendung zudem bis zu einem gewissen Grad auch von der Beklagten geduldet wird, muss jedoch etwas anderes gelten. Für die Duldung spricht hier vorliegend der Umstand, dass die Beklagte zunächst die Benutzung von betriebseigenen Briefumschlägen für zwei Schreiben des Klägers nicht beanstandet.“

Haarspangen <sup>540</sup>	ca.2,00	2	k.A.	Verkäuferin
Brotaufstrich <sup>541</sup>	ca. 0,10	1	25	Bäcker
Putenbrustaufschnitt <sup>542</sup>	K.A.	10	46	Serviererin
Luftpolsterumschlag <sup>543</sup>	K.A.	K.A.	k.A.	K.A.
Pfandbons <sup>544</sup>	1,30	31	49	Kassiererin (Emmely)

Manche Gerichte nahmen im Bereich der sehr geringfügigen Sachen die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung an, beispielsweise bei Unterschlagungen oder Diebstählen von Centbeträgen. Die Wirksamkeit der

---

<sup>539</sup> LAG Baden-Württemberg 20. 10. 2004 - 12 S 107/04, Juris: „*Dass der Handelspreis für gemahlene oder ungemahlene Kaffee seit Jahren tendenziell sinkt. Der Preis für ein Pfund Kaffee bewegt sich derzeit bei allenfalls EUR 3,50. Der reine Wert einer aufgebrühten Tasse Kaffee beläuft sich überschlägig auf kaum mehr als EUR 0,20. Dieser außerordentlich geringe Warenwert und die Kurzlebigkeit dieses Verbrauchsgutes führen dazu, dass die abredewidrige Verwendung durch die Klägerin nicht für einen Kündigungsgrund an sich herhalten kann.*“.

<sup>540</sup> LAG Köln 16. 12. 2008 - 9 Ta 474/08, Juris: „*Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin zunächst die Haarspangen aus dienstlichen Gründen an sich genommen hatte, um die vorgeschriebene Kopfbedeckung tragen zu können. Wenn sie anschließend diese Haarspangen mit einem Verkaufspreis von EUR 1,99 anders als die für ihren privaten Verbrauch gekauften Waren nicht bezahlte, so mag dies auf der Vorstellung beruhen, an sich müsste der Arbeitgeber ihr diese Haarspangen stellen. Diese Ansicht war durchaus vertretbar.*“.

<sup>541</sup> LAG Hamm 18. 09. 2009 - 13 Sa 640/09, BB 2009, 2141: „*Der eigentumsrelevante Verstoß, wonach Produktionsware nicht grundsätzlich für den Personalverzehr freigegeben ist, rechtfertigt aber keine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Denn die gebotene Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles führt hier dazu, dem Bestandsinteresse des Klägers den Vorrang einzuräumen vor dem Beendigungsinteresse der Beklagten.*“.

<sup>542</sup> LAG Berlin 09. 07. 2002 -7 Sa 40/02, Juris: „*Die am 1955 geborene Klägerin ist seit dem 17. September 1990 bei der Beklagten als Verkäuferin beschäftigt. Als die Klägerin dann gegen 17.30 Uhr Hunger bekam, entnahm sie aus den Verkaufsregalen einen Rohkostsalat und eine Packung Putenbrustaufschnitt.*“.

<sup>543</sup> LAG Köln 28. 03. 2007 – 7 Sa 1153/06, Juris: „*Bei dem gestohlenen Luftpolsterumschlag habe es sich um eine eingegangene Postsendung gehandelt. Ein Luftpolsterumschlag als solcher ist ein Gegenstand von geringfügigem Wert.*“.

<sup>544</sup> BAG 10. 06. 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

fristlosen Kündigung hing von der Nachlässigkeit des Arbeitnehmers und von der Aufgabe des Sachbearbeiters ab. In diesen Fällen sollte eine Handlung des Arbeitnehmers als ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung angenommen werden, denn es geht bei der Prüfung des wichtigen Grundes an sich nach § 626 Abs. 1 BGB um die Pflichtverletzung, weder um den Wert der Sache noch um die Höhe des Schadens. Wenn die Handlung des Arbeitnehmers als wichtiger Grund an sich nach § 626 Abs. 1 BGB anzusehen ist, sollte die Wirksamkeit der Kündigung von einem Ergebnis der Interessenabwägung zur fristlosen Kündigung abhängen.

### 3. Rechtsprechung nach dem Fall „Emmely“

In folgenden Fällen hat die Rechtsprechung nach der Entscheidung des Falls „Emmely“ eine wirksame außerordentliche Kündigung angenommen.

Sache	Wert	Dienstalter	Alter	Position
Taschenkalender <sup>545</sup>	k.A.	1	k.A.	Monteur
Umbuchung der Kostenposition <sup>546</sup>	20,00	20	k.A.	Angestellter (Finanzabteilung)
Fahrgeld <sup>547</sup>	k.A.	15	k.A.	Busfahrer

---

<sup>545</sup> LAG Hamm 23. 09. 2011 - 7 Sa 1264/10, Juris: *„Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nur wenige Wochen bestanden hat. Zu Gunsten des Klägers konnte damit nicht ins Feld geführt werden, dass ein durch lange Vertragsbeziehung erarbeiteter Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt werden kann, weshalb grundsätzlich die Prognose einer störungsfreien Fortsetzung des Vertragsverhältnisses umso eher berechtigt ist, je länger die Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat.“*

<sup>546</sup> LAG München 03. 03. 2011 - 3 Sa 641/10, Juris: *„Nach allem geht die Interessenabwägung hier zu Lasten des Klägers (Arbeitnehmers) aus, auch wenn angenommen wird, dass der Kläger lange Jahre in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne dass es zu vergleichbaren Pflichtverletzungen oder nennenswerten sonstigen Belastungen des Arbeitsverhältnisses gekommen wäre. Die für lange Jahre ungestörte<sup>546</sup> Vertrauensbeziehung der Arbeitsvertragspartner ist hier bereits durch erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört, der Vertrauensvorrat vollständig aufgezehrt.“*

<sup>547</sup> LAG Hessen 30. 01. 2012 - 7 Sa 229/11, Juris: *„Angesichts der seit annähernd 15 Jahren bestehenden Betriebszugehörigkeit, des Alters und der Unterhaltsverpflichtungen des Klägers und des äußerst geringen Werts der entnommenen Sache handelt es sich aber um einen Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten, dem die Beklagte zunächst mit einer Abmahnung hätte begegnen können. Der Verstoß stellt sich auch keineswegs als so schwer dar, dass der Kläger auch ohne vorherige Abmahnung davon ausgehen konnte, dass die Beklagte sein Verhalten zum Anlass einer Kündigung nehmen würde.“*

2 Schachtel Zigaretten <sup>548</sup>	k.A.	21	52	Verkäuferin
Pfandbuchung <sup>549</sup>	3,25	15	k.A.	Verkäuferin

In den meisten Fällen hat das BAG zwar die Dauer der Betriebszugehörigkeit als Kriterium bei der Interessenabwägung miteinbezogen, aber sie führte nicht zum Überwiegen der Interessenabwägung des Arbeitnehmers. D.h. sie wurde sehr streng angewandt. Deswegen fiel die Interessenabwägung in diesen Entscheidungen zulasten des Arbeitnehmers aus, sodass Vermögensdelikte in den meisten Fällen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen konnten.<sup>550</sup> Das BAG ist hier folglich von seiner bisherigen Rechtsprechung vor dem Fall „Emmely“ abgerückt.

---

<sup>548</sup> BAG 21. 06. 2012 - 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025: „Dem Interesse der Arbeitgeberin an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei auch unter Berücksichtigung des Lebensalters und der langen Betriebszugehörigkeit der Klägerin der Vorrang einzuräumen. Ungeachtet des geringen Werts der entwendeten Gegenstände habe die Klägerin die Basis für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zerstört.“

<sup>549</sup> BAG 22. 09. 2016 - 2 AZR 848/15, NZA 2017, 112: „Die langjährige unbeanstandete Beschäftigung der Klägerin in der Vergangenheit vermöge den eingetretenen Vertrauensverlust im Ergebnis nicht aufzuwiegen. Dabei hat es in seine Würdigung auch einbezogen, dass der Schaden mit 3,25 Euro relativ gering sei. Es hat jedoch zutreffend zu Lasten der Klägerin berücksichtigt, dass sie sich nach seinen Feststellungen bewusst, heimlich und durch eine gezielte Manipulation der Kassenvorgänge auf Kosten der Beklagten bereichert habe. Der dadurch bewirkte Vertrauensbruch wiegt bei einer stellvertretenden Filialleiterin und Kassiererin besonders schwer.“

<sup>550</sup> Bayreuther, Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, S. 330.

In folgenden Fällen hat die Rechtsprechung nach dem Fall „Emmely“ eine wirksame außerordentliche Kündigung abgelehnt.

Sache	Wert	Dienstalter	Alter	Position`
Aufladen eines SegwayRollers <sup>551</sup>	ca. 0,02	19	41	Netzwerkadministrator
1 Schachtel Zigaretten <sup>552</sup>	k.A.	20	50	Einrichter
Gulasch und 1 Stück Pizza <sup>553</sup>	ca. 4,50	19	56	Krankenpflegehelfer
Krabbenbrötchen <sup>554</sup>	k.A.	14	33	Verkäuferin

<sup>551</sup> LAG Hamm 02. 09. 2010 - 16 Sa 260/10, BB 2010, 2300: „dass Stromverbrauch zu privaten Zwecken nicht von der Beklagten beanstandet wird. Bei Kosten in Höhe von 1,8 Cent dürfte diese Schwelle kaum erreicht worden sein. Soweit es sich bei dem Elektroroller um einen Gegenstand handelt, der mit den üblicherweise eingesetzten elektronischen Geräten nicht vergleichbar ist, hätte eine Abmahnung, der eine Hinweisfunktion innewohnt, sicherstellen können, dass die Interessen der Beklagten in Zukunft gewahrt werden.“

<sup>552</sup> LAG Rheinland-Pfalz 03. 05. 2012 - 2 Sa 620/11, Juris: „Ob die Interessenabwägung im Einzelfall angesichts der jahrelangen Betriebszugehörigkeit des Klägers ohne bisherige Beeinträchtigung durch Fehlverhalten im Ergebnis dazu führt, dass die außerordentliche Kündigung als unverhältnismäßig oder auch eine ordentliche Kündigung als unverhältnismäßig angesehen werden musste, konnte die Kammer offen lassen. Die jahre- und jahrzehntelange ordnungsgemäße und korrekte Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten sei eine Selbstverständlichkeit und nicht eine Ausnahme, die zu einem Bonus führen könnte.“

<sup>553</sup> LAG Schleswig-Holstein 29. 09. 2010 - 3 Sa 233/10, NZA-RR 2011, 126: „Wenn zugunsten der Beklagten das Verspeisen einer Ecke eines Stückes Pizza sowie eines Teils einer Gulaschrestportion als geschehen unterstellt wird, keine Handlung des Klägers vor, die es der Beklagten als Arbeitgeberin unzumutbar macht, das 19- jährige Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Vorliegend konnte nicht auf eine Abmahnung verzichtet werden.“

<sup>554</sup> LAG Hamburg 30. 07. 2014 - 5 Sa 22/14, Juris: „Mit dem Verzehr der unbezahlten Ware war der Vertragsverstoß vollendet. Dies gilt umso mehr, als den im Verkauf Beschäftigten und damit auch der Klägerin nicht nur geringe Werte anvertraut werden. Die Kammer bewertet das Arbeitsverhältnis der Parteien als unbelastet.“

Im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigte das BAG zwar in den meisten Fällen, besonders nach dem Fall „Emmely“, die Dauer der Beschäftigung und die Höhe des Schadens nicht ausreichend, aber es nahm dennoch die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung an. Ferner spielte im Fall „Krankenpflegehelfer“<sup>555</sup> im Rahmen der Interessenabwägung nicht nur die Dauer der Beschäftigung, sondern auch das Lebensalter sowie die Unterhaltspflichten eine Rolle. Sie wurden miteinbezogen. Fraglich ist, ob die Unterhaltspflicht des Arbeitnehmers grundsätzlich bei der Interessenabwägung bei einer außerordentlichen Kündigung berücksichtigt werden soll. Denn bei der normativen Eingrenzung der Interessenabwägung zur verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung handelt es sich um den konkreten Bezug zur Vertragsbeziehung bei der Abwägung.<sup>556</sup>

Im Jahr 2017 gab es eine Entscheidung zum Arbeitszeitbetrug. Sie liegt zwar in Vermögensdelikten nicht, sie betonte allerdings die Dauer der Betriebszugehörigkeit als Kriterium für die Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB: Dass private Einkäufe der Arbeitnehmerin während der Arbeitszeit entgegen einer Arbeitsordnung und sie außerhalb der Arbeitszeit erfolgen dürfen, stellen einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar. Aber im Rahmen der Interessenabwägung ist eine fristlose Kündigung jedoch unverhältnismäßig, denn das Arbeitsverhältnis bestand 38 Jahren

---

<sup>555</sup> LAG Schleswig-Holstein 29. 09. 2010 - 3 Sa 233/10, NZA-RR 2011, 126: „Die Kammer gewichtet im Rahmen der Interessenabwägung letztendlich auch, dass der Kläger seiner schwerbehinderten, pflegebedürftigen Ehefrau sowie mehreren Kindern gegenüber zum Unterhalt verpflichtet ist. Diese Auswirkungen sind im Zuge der Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen im Hinblick auf die von der Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen unverhältnismäßig.“

<sup>556</sup> Preis, AuR 2010, 242, 246 - 247.

beanstandungsfrei.<sup>557</sup> Diese Entscheidung liegt in einer Linie mit der „Emmely“ Entscheidung des BAG. Im Rahmen der Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB ist eine langjährige beanstandungsfreie Beschäftigungsdauer entscheidend.<sup>558</sup>

Schließlich führt die Auffassung des BAG in Vermögensdelikten nach wie vor zur Rechtsunsicherheit, denn das BAG gibt mit seinen Vorgaben zur Abwägung in § 626 Abs. 1 BGB keine klare Linie vor.<sup>559</sup> Darüber hinaus ist die Abwägung in den meisten Fällen fehlerhaft, unvollständig, daher unrecht, sodass die Rechtsprechung nun in Zukunft schwerer vorhersehbar ist.<sup>560</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Seit der Gesetzesänderung im Jahr 1969 setzt § 626 Abs. 1 BGB, für eine fristlose Kündigung, eine Interessenabwägung voraus. Diese notwendige Voraussetzung berücksichtigt das BAG in meisten Fällen von Vermögensdelikten nicht richtig. Obwohl es erst im Fall „Emmely“ die Interessen - beispielsweise Gewicht und Auswirkung der Vertragspflichtverletzung, die Dauer der Beschäftigung und der Grad des Verschuldens sowie die Höhe des Schadens - betonte, beeinflusst diese Entscheidung kaum die kommenden Rechtsprechungen bei Vermögensdelikten. Nach wie vor trifft die

---

<sup>557</sup> LAG Rheinland – Pfalz 24. 10. 2017 – 8 TaBV 19/17, Juris: *„Die 1962 geborene, ledige Arbeitnehmerin ist seit dem 01.08.1978 bei der im Einzelhandel eines großflächiges SB-Warenhaus angestellt. Am verkaufsoffenen Sonntag den 27.11.2017 kaufte die Arbeitnehmerin an der Kasse Information bei der Arbeitnehmerin H. gegen 17.30 Uhr zwei Schlemmerblöcke. Weitere Kaufvorgänge der Arbeitnehmerin, wobei sie für insgesamt zwei weitere Arbeitstage Kassenbelege fand, die während ihrer Arbeitszeit bezahlt wurden.“*

<sup>558</sup> Hidalgo, DB 2018, 1470.

<sup>559</sup> Walker, NZA 2011, 1, 5 f.

<sup>560</sup> Walker, NZA 2011, 1, 6.



Auffassung des BAG im Rahmen der Interessenabwägung in Vermögensdelikten auf Kritik.

## II. Verhältnismäßigkeit i.e.S

### 1. Ausgangspunkt

Seit der „Bienenstich“ Rechtsprechung ist die außerordentliche Kündigung in den meisten Fällen bei geringwertigen Vermögensdelikten wirksam, denn der Vertrauensverlust ist bereits so unwiederbringlich, dass eine Abmahnung nicht erforderlich ist. Nach dieser Auffassung des BAG reicht ein Vermögensdelikt demnach für einen Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 1 BGB aus und das Ergebnis der Interessenabwägung spricht in den meisten Fällen auch für die fristlose Kündigung.<sup>561</sup> Aber diese Ansicht des BAG wird stark kritisiert: Bei Diebstählen und anderen Vermögensdelikten zulasten des Arbeitgebers werde die Dauer der Betriebszugehörigkeit generell nicht berücksichtigt.<sup>562</sup> Außerdem bestehe die Gefahr, dass das Ultima - Ratio Prinzip nicht beachtet wird.<sup>563</sup>

### 2. Lösung des Falls „Emmely“

In dieser Entscheidung wurde die außerordentliche Kündigung bei einem Vermögensdelikt für unwirksam erklärt. Auch hier war zu prüfen, ob eine Abmahnung als mildere Maßnahme gegenüber der Kündigung geeignet war.

---

<sup>561</sup> Schrader, ArbRAktuell 2009, 8.

<sup>562</sup> APS/Vossen, § 626 BGB. Rn. 96.

<sup>563</sup> Preis, DB 1990, 685, 686.

Welche Maßnahme als milderes Mittel gegenüber der Kündigung in Frage kommt, hängt davon ab, ob sich das Verhalten des Arbeitnehmers durch die Maßnahme in Zukunft ändern kann oder ob er seine Pflichtverletzung nicht mehr wiederholen kann.

Bei Vermögensdelikten ist die Betriebsbuße als milderes Mittel nicht geeignet, denn sie kommt nur als Verwarnung, als Verweis oder als Geldstrafe bei einem Verstoß gegen die Betriebsordnung zur Anwendung. Im Fall „Emmely“ verstieß die Kassiererin jedoch gegen das Vermögen des Arbeitgebers und Dritter bei der Beschäftigung zu schützen. Diese Pflicht stammt aus § 241 Abs. 2 BGB. Dieser Verstoß hängt also mit keiner Betriebsordnung zusammen, sodass in diesem Fall die Betriebsbuße als milderes Mittel nicht in Betracht kommt.

Bei Vermögensdelikten könnte aber die Abmahnung als milderes Mittel geeignet sein. Die Kassiererin beging den Fehler nur einmalig. Ferner blieb der Schaden allenfalls geringwertig. Sie war über 30 Jahre lang beschäftigt, ohne jemals eine Pflicht verletzt zu haben. Die Pflichtverletzung wiegte also nicht so schwer um eine Kündigung zu rechtfertigen. Denn das durch die lange Zeit aufgebaute Vertrauen wurde nicht so erheblich beeinträchtigt. Durch die Abmahnung könnte darüber hinaus erreicht werden, dass sich die Kassiererin in Zukunft vorsichtig verhält und ihre Verfehlung nicht mehr wiederholt.

Bei Vermögensdelikten kommt weiterhin die Versetzung als milderes Mittel infrage. Der Arbeitgeber kann sich auf die Zuverlässigkeit und Ehrlichkeit seiner Arbeitnehmer verlassen. Die Kassiererin steht in einer höheren Verantwortung, denn sie handelt mit Geld. So könnte der Arbeitgeber die Kassiererin in eine andere Stellung versetzen. Diese neue Stelle oder Position

sollte in keinem Zusammenhang mit der ehemaligen Tätigkeit stehen, denn die Versetzung garantiert keine Beseitigung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Sie könnte zwar an eine andere Stelle versetzt werden, aber die Beschäftigung im Supermarkt steht immer einer Wiederholungsgefahr des Vermögensdelikts gegenüber. Die Versetzung wäre somit in diesem Fall als milderer Mittel nicht geeignet.

Ein weiteres milderer Mittel bei Vermögensdelikten könnte eine Änderungskündigung darstellen. Für den Arbeitgeber ist es entscheidend, in Zukunft eine erneute Pflichtverletzung des Arbeitnehmers auszuschließen. Aber die Änderungskündigung kann die Möglichkeit nicht beseitigen, dass Vermögensdelikte im Supermarkt nicht mehr vorkommen. Somit kommt eine Änderungskündigung im Fall „Emmely“ nicht in Betracht. Darüber hinaus ist, dass der Schaden, der aus dem Verhalten der Arbeitnehmerin stammt, zu geringwertig als das Interesse des Arbeitgebers überwiegt.

Bei Vermögensdelikten könnte ferner die ordentliche Kündigung als milderer Mittel geeignet sein. Es handelt sich in Vermögensdelikten um eine verhaltensbedingte Kündigung. Die ordentliche Kündigung steht mit der außerordentlichen Kündigung auf gleichem Rang.<sup>564</sup> Das Ultima - Ratio Prinzip müsste somit bei der verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung zur Anwendung kommen. Im Fall „Emmely“ wäre eine Abmahnung aber das mildere Mittel, denn der Schaden wiegt nicht so schwer. Ob bei der ordentlichen Kündigung die Abmahnung als milderer Mittel geeignet ist, hängt davon ab, wie schwer die Pflichtverletzung wiegt.

---

<sup>564</sup> Heimbach, Verhältnis, S. 144.

### III. Zusammenfassung

#### 1. Interessenabwägung

Der Fall „Emmely“ ist als Paradigmenwechsel der bisherigen Rechtsprechung anzusehen, denn seit der sog. „Bienenstich“ Entscheidung führten Vermögensdelikte in den meisten Fällen zur fristlosen Kündigung.<sup>565</sup> Darüber hinaus ist der Raum für die Interessenabwägung durch diese Entscheidung konkretisiert worden.

Aber das Urteil des Falls „Emmely“ hatte kaum Auswirkungen auf die zukünftige Rechtsprechung im Rahmen der Vermögensdelikte. Nach diesem Urteil verfügte das BAG bei der Prüfung der Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB bei Vermögensdelikten weiterhin über einen großen Spielraum. Es besteht nach wie vor Bedarf, im Rahmen der Interessenabwägung die Abwägungskriterien zu konkretisieren<sup>566</sup>, damit richtig abgewogen werden kann.

#### 2. Verhältnismäßigkeit i.e.S

Als milderer Mittel gegenüber der fristlosen Kündigung kann der Arbeitgeber die verschiedene Maßnahme wie Abmahnung, Versetzung, Änderungskündigung oder ordentliche Kündigung berücksichtigen. Welche Maßnahme verhältnismäßig ist, ergibt sich aus jedem Sachverhalt einzeln. Bei Vermögensdelikten kommen die Abmahnung und die Versetzung als milderer Mittel gegenüber der fristlosen Kündigung infrage. Im Fall „Emmely“ ist die Versetzung als milderer Mittel nicht geeignet.

---

<sup>565</sup> Schrader, ArbRAktuell 2009, 8.

<sup>566</sup> Preis, AuR 2010, 242, 247.

## **H. Fazit**

I. § 626 Abs. 1 BGB verlangt zwei Voraussetzungen für die außerordentliche Kündigung: die Eignung des Sachverhaltes als wichtigen Grund und die umfassende Interessenabwägung im Einzelfall.

II. Beim Kündigungsgrund ist eine erwiesene strafbare Handlung oder schwere Vertragsverletzung als wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB anzusehen. Diese Kündigung als Tat Kündigung basiert auf den unstreitigen oder bewiesenen Umständen.

III. Der durch objektive Tatsachen begründete dringende Verdacht einer Straftat oder einer schweren Vertragsverletzung kann einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB darstellen, sog. Verdachtskündigung. Bei einem Vermögensdelikt kann sowohl die Tat- als auch die Verdachtskündigung in Betracht kommen.

IV. Die Verletzung der Nebenleistungspflicht im Arbeitsverhältnis ist je nach ihrer Bedeutung und Qualität als wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB anzusehen. Das Vermögensdelikt ist eine Verletzung der Nebenleistungspflicht. Somit ist das Vermögensdelikt an sich nach seiner Bedeutung und Qualität im Einzelfall auch als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung anzusehen.

V. Bei Vermögensdelikten bezieht sich die Nebenleistungspflicht des Arbeitnehmers nicht nur auf den Arbeitgeber, sondern auch auf Dritte, z.B. die Arbeitskollegen oder die Kunden. Somit ist das Vermögensdelikt gegenüber einem Dritten auch als Kündigungsgrund zur fristlosen Kündigung anzusehen.

VI. Ein wichtiger Grund an sich i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB ist der Vertrauensbruch bei Vermögensdelikten. Dabei geht es nicht um die Höhe des Schadens, sondern um den Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflichten und um den damit verbundenen Vertrauensverlust „an sich“.

VII. Im Rahmen der Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB ergibt sich, ab welchem Grad des Vertrauensverlusts eine fristlose Kündigung gerechtfertigt wird. Die Höhe des Schadens wird bei dem Vertrauensverlust zur fristlosen Kündigung berücksichtigt.

VIII. Die negative Prognose hängt vom unwiederbringlich zerstörten Vertrauen oder von einer Wiederholungsgefahr weiterer Pflichtverletzungen ab. Ihr Begriff stammt aus der Auslegung des wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung und basiert auf der tatsächlichen Grundlage von Ereignissen in der Vergangenheit.

IX. Die „Bienenstich“ Rechtsprechung besagt, dass die Entwendung von geringwertigem Eigentum des Arbeitgebers Vertrauensbruch und somit eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Diese Rechtsprechung wird dem BAG oftmals vorgeworfen, dass es mit wahllosen Kriterien in Interessenabwägung arbeite, die ohne Beziehung zueinander stünden. Aber im Fall „Emmely“ hat das BAG Maßstäbe für die Interessenabwägung aufgestellt: Gewicht und Auswirkung der Vertragspflichtverletzung, die Dauer der störungsfreien Betriebszugehörigkeit, der Grad des Verschuldens und die Schadenshöhe.

X. Die Handlung der Kassiererin im Fall „Emmely“ – die Einlösung der zwei verlorenen Pfandbons des Kunden – stellt sowohl eine Vereitelung der Verdienstchance als Vermögensdelikt als auch einen Verstoß gegen die Nebenpflichtsverletzung dar und ist daher ein Kündigungsgrund zur fristlosen Kündigung. Darüber hinaus führte das BAG einen sinnvollen Maßstab als Beschäftigungsdauer für die Interessenabwägung ein.

XI. Bei der Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB spielt es eine Rolle, welche Maßnahme im Arbeitsverhältnis verhältnismäßig ist. Als geeignete Mittel sind grundsätzlich die Abmahnung und die Versetzung, die Änderungskündigung und die ordentliche Kündigung zu berücksichtigen. Bei Vermögensdelikten hat das BAG festgestellt, dass die Abmahnung als milderer Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung in Betracht kommt. Auch die Versetzung wäre als milderer Mittel bei Vermögensdelikten anzusehen. Aber die neue Stelle oder Position soll in keinem Zusammenhang mit der ehemaligen Arbeitsleistung stehen, denn die Versetzung garantiert keine Beseitigung des Risikos weiterer Pflichtverletzung.

XII. Die Handlung der Kassiererin im Fall „Emmely“ verletzt die Nebenleistungspflicht. Trotzdem ist die Kündigung unwirksam, weil das über 30 Jahre lang aufgebaute und bislang ungestörte Vertrauen durch den geringwertigen Schaden nicht zerstört worden war. Nach dem Ultima - Ratio Prinzip war vielmehr eine Abmahnung erforderlich. Ihre Handlung geschah darüber hinaus während der gesamten Beschäftigungsdauer nur einmalig, sodass die Wiederholungsgefahr niedrig war.

XIII. Die Analyse der Rechtsprechung des BAG hat gezeigt, dass nur manche Entscheidungen nach dem Fall „Emmely“ die Dauer der Betriebs-

zugehörigkeit als Kriterium in der Interessenabwägung in § 626 Abs. 1 BGB berücksichtigen. Aber in den meisten Fällen ist das BAG von seiner bisherigen Rechtsprechung abgerückt: Die fristlose Kündigung war weiterhin bei Vermögensdelikten wirksam, ohne die Interessen angemessen gegeneinander abzuwägen und ohne mildere Mittel zu berücksichtigen. Das BAG sollte aus diesen Gründen seine Auffassung dahingehend revidieren, die Kriterien der Interessen gezielt auszuwählen und gegeneinander abzuwägen.



## Literaturverzeichnis

- Acheid, Reiner/  
Preis, Ulich/  
Schmidt, Ingrid Kündigungrecht-Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage, 2012  
Zitiert: APS/Bearbeiter
- Adam, Roman Sanktion, Prognoseprinzip und Vertragsstörung bei der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht, NZA, 1998, 284-287
- Baeck, Ulich /  
Winzer, Thomas Fristlose Kündigung bei Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers, NZG, 2010, 821
- Bader, Peter Rechtsprechung zur Betriebsratsanhörung ab dem Jahre 2010, NZA – RR, S. 505.
- Bartel, Klaus Die arbeitsvertragliche Vertrauenskontinuität und ihre Folgen für §626 BGB; Kündigungsgrund und nachträgliches Verhalten im Prozess, RdA, 2010, 109-115
- Bauer, Jobstbertus/  
Krieger/Steffen Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, Kommentar, 4. Auflage, 2015  
Zitiert: AGGKomm/Bearbeiter
- Bayreuther, Frank Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht, Handbuch für das deutsche und russische Arbeitsrecht, Baden-Baden, 2016, 298-338  
Zitiert: Einführung in das deutsche Kündigungsschutzrecht
- Bayreuther, Frank Kündigungsschutz im Spannungsfeld zwischen Gleichbehandlungsgesetz und europäischem Antidiskriminierungsrecht. DB, Heft 34, 2006, 1842-1847
- Bayreuther, Frank Anmerkung, AP, §626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53, 2014
- Becker, Friedrich/  
Etzel, Gerhard Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen Kündigungsschutzrechtlichen

- Bader, Peter/  
Fischermeier, Ernst/  
Friedrich, Hans-Wolf/  
Griebelling, Jürgen/  
Lipke, Gert-Albrecht/  
Pfeffer, Thoma/  
Rost, Friedhelm/  
Spilger, Andreas  
Michael/  
Treber, Jürgen/  
Vogt, Nobert/  
Weigand, Horst/  
Wolff, Ingeborg
- Vorschriften, 11. Auflage, Köln, 2015  
Zitiert: KR/Bearbeiter
- Belling, Detlev, W Die Kündigung wegen verdachtsbedingten  
Vertrauenswegfall, RdA, 1996, 223-240
- Bengelsdorf, Peter Die kündigungsrechtliche Bewertung von Bagatell-  
delikten vor und nach dem Verfahrens Barbara Emme,  
SAE, 2011, 122-139
- Bergwitz, Christopf Abmahnungen und Vertrauensstörung im Arbeitsrecht,  
BB, 1998, 2310-2315,
- Berkowsky, Wilfried Die personen- und verhaltensbedingten Kündigung, 4.  
Auflage, München, 2005
- Berkowsky, Wilfried Die verhaltensbedingte Kündigung (1), NZA – RR,  
2001, 1
- Boemke, Burkhard Arbeitsrecht: Fristlose Kündigung, JuS, 2011, 433-436
- Buschmann, Rudolf Außerordentliche Kündigung wegen 1.30 Euro  
Leergutbons, Kommentar zum LAG Berlin-Brandenburg-  
Urteil vom 24. 02. 2009, 7 Sa 2017/08, AuR, 2009, 218-  
221
- Däuber, Wolfgang/  
Hjort, Jens Peter/ Arbeitsrecht, 3. Auflage, Baden-Baden, 2013  
Zitiert: HK-ArbR/Bearbeiter

Schubert, Michael/  
Wolmerath, Martin

Däuber, Wolfgang

Das manipulierte Vertrauen, dbr, 2/2010, S. 3

Dey, Steffen Heinrich

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im  
Kündigungsrecht, Dissertation, Frankfurt am Main, 1989  
Zitiert: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Dütz, Wilhelm/  
Thüsing, Gregor

Gesuchte Kündigungsgründe, NZA, 2006, 569-572

Ebeling, Stephan

Die Kündigung wegen Verdachts, Dissertation, Uni-  
Bonn, 2006

Eismann, Hans

Küttner Personalbuch. 25. Aufl. 2018

Engisch, Karl

Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage,  
2010

Enderlein, Wolfgang

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

Eylert, Mario

Die Verdachtskündigung, NZA-RR, 2014. S. 393

Fischer, Ulrich

Verdachtskündigung wegen unrechtmäßigen Einlösens  
von Pfandbons: Kommentar zum Urteil des LAG Berlin-  
Brandenburg vom 24, 02, 2009, jurisPR-ArbR, 16/2009

Fischer, Ulrich

Diebstahl wirtschaftlich geringwertiger Sachen als  
Kündigungsgrund –hier: Kinderreisebett-Fall,  
Kommentar zum Urteil des LAG Stuttgart vom 10, 02,  
2010, jurisPR-ArbR 15/2010

Fischer, Ulrich

Interessenabwägung bei fristloser Kündigung,  
Kommentar zum Urteil des BAG vom 10, 06, 2010,  
jurisPR-ArbR 48/2010

- Fischer, Ulrich                    Außerordentliche Verdachtskündigung eines Kassierers wegen Erstellung fiktiver Pfandbons und Ansichtnahme des entsprechenden Geldbetrages, Kommentar zum Urteil des ArbG Berlin vom 28, 08, 2010, jurisPR-ArbR, 4/2011
- Fromm, Erwin                    Tätlichkeit im Betrieb, BB, S. 1946
- Fromm, Erwin                    Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe, Dissertation, Saarbrücken, 1994
- Grimberg, Herbert                Fristlose Kündigung – Interessenabwägung – Abmahnung, Kommentar zum BAG-Urteil vom 10, 06, 2010, 2 AZR 541/09, AiB, 2011, 61-65
- Heimbach, Liv                    Das Verhältnis der außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung nach dem KSchG, Dissertation, Uni-Kiel, 2007  
Zitiert: Verhältnis
- Hidalgo, Martina                Kein zweiter "Emmely"-Fall: 40 Jahre Betriebszugehörigkeit schlagen Shopping während der Arbeitszeit, DB 2018, 1470
- v. Hoyningen-Heuen,  
Gerrick/ Linck,  
Rüdiger / Krause,  
Rüdiger                    Kündigungsschutzgesetz Kommentar. 15 Aufl, 2013  
Zitiert: KSchGkomm/Bearbeiter
- Hubmann, Heinrich              Wertung und Abwägung im Recht, 1. Auflage, Köln, 1977  
Zitiert: Abwägung
- Hümmerich, Klaus  
Boecken, Winfried  
Düwell, Franz Josef            Anwaltkommentar Arbeitsrecht Band 2, 2. Auflage, 2010,  
Zitiert: AnKommArb
- Hüpers, Bernd                    Unrechtmäßiges Einlösen von Pfandbons – ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung?, JURA, 2010, 52-56

- Hunold, Wolf Die Rechtsprechung zur Abmahnung und Kündigung bei Vertragsstörung im Vertrauensbereich, NZA-RR, 2003, 57-65
- Hunold, Wolf Geringfügige Vermögensdelikte von Mitarbeitern: Erfordernis einer Rechtsprechungsänderung?, DB, 2009, 2658-2661
- Kalb, Heinz-Jürgen von der Verdachts- zur Vertrauenskündigung, ZfA, 2016
- Kalf, Martin Die Änderungskündigung im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips, Dissertation, Universität-Bonn, 2013  
Zitiert: die Änderungskündigung
- Kamanabrou, Sudabeh Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP, 2002, 662-673
- Kamanabrou, Sudabeh Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, RdA, 2006, S. 321-339
- Kamanabrou, Sudabeh Europarechtskonformer Schutz vor Benachteiligungen bei Kündigungen, RdA, 2007, S. 199 - 207.
- Keiser, Claudia Der Verdacht des Bagatelldiebstahls im Arbeitsrecht – Das sog. Pfandbondsurteil, JR, 2010, 55-59  
Zitiert: Der Verdacht des Bagatelldiebstahls
- Kittner, Michael/  
Däubler, Wolfgang/  
Zwanziger, Bertram KSchR Kündigungsschutzrecht. 9. Auflage, 2014, Frankfurt am Main, 2014  
Zitier: KDZ/Bearbeiter
- Kleinbrink, Wolfgang Arbeitgeberseitige Strategien zur Verhinderung eines Aufbaus und zum Abbau eines Vertrauenskapitals, BB, 2011, 2617-2622
- Klueß, Achim Geringwertige Vermögensdelikte – keine zwangsläufige Entlassung, NZA, 2009, 337-343

Kleuß, Achim	Bagatelldelikte: Vertrauensverlust in der/die Rechtsprechung, AuR, 5, 2010, 4-7
Koch, Ulrich	Emmely und das Vertrauenskapital – Langjährige Mitarbeiter dürfen das!, Kommentar zum BAG Urteil vom 10, 06, 2010, BB 45/2010
Koppenfels v., Katharina	Die außerordentliche Kündigung bei einzel- und tarifvertraglich unkündbaren Arbeitnehmern, Dissertation, Münster, 1998
Langen, Maike	Der Bagatelldiebstahl als außerordentlicher Kündigungsgrund_, Kommentar zum BAG-Urteil vom 10,06,2010, AuA, 20-23
Langer, Sören/ Witt, Boris	Aktuelles zur Verdachtskündigung, DStR, 2008, 825-830
Lembke, Mark	Urteil in Sachen, „Emmely“: Im Grundsatz richtig im konkreten Fall auch?, Kommentar zum BAG-Urteil vom 10,06,2010, DB, 2011, Heft 47, M1
Leuchten, Alexius	Der Einfluss der EG-Richtlinien zur Gleichbehandlung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA, 2002, S. 1254-1261
Lingemann, Stefan/ Steinhauser, Rut	Fallen beim Ausspruch von Kündigung-Betriebsratsanhörung, NJW 2017, S. 937.
Löwisch, Manfred	Kollektivverträge und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, DB, 2006, 1729 - 1732
Lunk, Stefan	Die Verdachtskündigung: eine Rechtsfigur vor dem Aus?, Übersicht über aktuelle Rechtsprechung, NJW, 2010, 2753-2758
Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage, München, 2015 Zitiert: ErfK/Bearbeiter

Maunz/Dürig	Grundgesetz-Kommentar, 84. ELb. 2018, Zitiert: GGkomm/Bearbeiter
Meys, Tilman	Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht, Dissertation, Uni – Humboldt, 2009 Zitiert: Rechtsfortbildung
Münchener Kommentar	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 7. Auflage, München, 2015 Zitiert: MünKomm
Orth, Wolfhard Ulrich	Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK. Dissertation, Uni- Wien, 2009 Zitiert: Verdachtskündigung
Otto, Alexander	Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtig Grund zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen, Dissertation, Uni- Humblot, Berlin, 2000 Zitiert: Der Wegfall des Vertrauens
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar. 74. Auflage, München, 2015 Zitiert: Palandt/Bearbeiter
Raab, Thomas	Änderungskündigung, widerrufsvorbehalt, Freiwilligkeitsvorbehalt und der Grundsatz pacta sunt servanda, in Festschrift für Rolf Birk, 2008, S. 659- 685
Preis, Ulrich	Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen; eine Untersuchung zum Recht des materiellen Kündigungsschutzes, insbesondere zur Theorie der Kündigungsgründe, München, 1987 Zitiert: Prinzipien
Preis, Ulrich	Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (I), DB, 1988, 1387-1396

Preis, Ulrich	Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (II), DB, 1988, 1444-1451
Preis, Ulrich	Die verhaltensbedingte Kündigung (1), DB, 1990, 630-634
Preis, Ulrich	Die verhaltensbedingte Kündigung (2), DB, 1990, 685-689
Preis, Ulrich	Minima (non) curat praetor? Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund, Teil I, AuR, 2010, 186-192
Preis, Ulrich	Minima (non) curat praetor? Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund, Teil II, AuR, 2010, 242-247
Reichel, Michael E	Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers als Kündigungsgrund, AuR 2004, S. 250 Zitiert: Entwendung geringwertiger Sachen
Reuter, Wolf j.	„Geringwertige Vermögensdelikte“ und Kündigungen – kein Änderungsbedarf beim BAG, NZA, 2009, 594-595
Richardi, Reinhard/ Wlotzke, Orfried/ Wissmann, Hellmut/ Oetker, Hartmut	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 3. Auflage, München, 2009 Zitiert: MünHbArb/Bearbeiter
Riebel, Volker	Barbara Emme – Ein Lehrstück über den Umgang mit dem Justiz, NJW, 2009, 2101-2105
Ritter, Thomas	Abmahnung: Ende des zeitbedingten Entfernungsanspruchs infolge der „Emmely“ – Entscheidung des BAG, Kommentar zum BAG – Urteil vom 10,06,2010, DB, 175-177
Rolfs, Christian	Student Kommentar – Arbeitsrecht, 4. Auflagen, 2014



- Schall, Alexander                      Wider die kursorische Strafrechtsprüfung im Rahmen des Kündigungsrechts – der Pfandbondiebstahl durch Babara Emme, RdA, 2010, 225-229  
Zitiert: MünKommBGB/Bearbeiter
- Schaub, Günter                         Die Abmahnung als zusätzliche Kündigungsvoraussetzung, NZA, 1997, 1185-1188
- Schlachter, Monika                    Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers, NZA, 2005, 433-437
- Schlegeit, Tino                        Das BAG und die Verdachtskündigung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 626 BGB, Dissertation, 2007  
Zitiert: Das BAG und die Verdachtskündigung
- Schlösser, Jan                         Die strafrechtliche Seite des Falls „Emmely“, HRRS, 2009, Heft 11, 509 - 515
- Schrader, Peter/  
Straube, Gunnar                      Dürfen „Alte“ klauen? – Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung bei Vermögens-delikten, Kommentar zum Berlin-Brandenburg-Urteil vom 24.02.2009, ArbRAktuell, 2009, 7=ArbRAktuell, 2009, 285877
- Schrader, Peter,                        Verwirkung der Abmahnung durch Zeitlauf?, NZA, 2011, 180-182
- Schrader, Peter                         Abmahnung und Vertrauenskapital, NJW, 2012, 342
- Schönfeld, Friedrich-W                Effektiver Rechtsschutz bei strafatbegründeter Kündigung, Neue Zeitschrift für und Sozialrecht, 1999, 299-303
- Schröder, Matthes/  
Schreier, Michael                      Arbeitsrechtliche Sanktionierung innerbetrieblicher Verhaltensverstöße, BB, 2010, 2565-2569
- Schütte, Reinhard                      Die Verdachtskündigung, NZA-RR, 1991, S. 21

Stahlhacke, Eugen/ Preis, Ulrich/ Vossen, Katharina	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 11. Auflagen, München, 2015 Zitiert: SPV/Bearbeiter
Stöffel, Markus	Die „Emmely“ – Entscheidung des BAG – bloß eine Klarstellung von Missverständnissen? Kommentar zum BAG – Urteil vom 10,06,2010, NJW, 2011, 118-123
Toma, Josep/ Reiter Heiko	Präklusion von Entlastungstatsachen, NZA 2015, 460 - 465
Steinau – Steinrück, Robert/ Schneider, Volker/ Wagner, Tobias	Der Einwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Anti-Diskriminierung?, NZA, 2005, 28 – 32.
Stöffel, Markus	On-line Kommentar BGB, becks-online, Internet-Quelle Zitiert: BeckOK BGB/Bearbeiter
Tschöpe, Ulrich	Außerordentliche Kündigung bei Diebstahl geringerwertiger Sachen, NZA, 1985, 588-590
Trasch, Timo	Der Prüfungsmaßstab des § 10 Satz 1 AGG bei der Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters, Dissertation, Uni-Mannheim, 2008 Zitiert: Der Prüfungsmaßstab des § 10 Satz 1 AGG
Walker, Wolf-Dietrich	Anmerkung zum BAG – Urteil vom 12,08,1999, 2 AZR 923/98, EzA BGB §626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8, 19-27
Walker, Wolf-Dietrich	Die begrenzte Bedeutung des Falles „Emmely“ für die Entwicklung der Rechtsprechung zur außerordentlichen Kündigung, NZA, 2009, 921-926
Walker, Wolf-Dietrich	Die Kündigung wegen eines Bagatelldelikts – Geklärte und ungeklärte Fragen nach der „Emmely“ – Entscheidung des BAG, NZA 2011, 1-5

- Wank, Rolf Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, S. 129.
- Weber, Jörg-Andreas Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil wegen eines Bagatelldelikts am Beispiel der „Emmely“-Entscheidung, RdA 2011, 108-119
- Wertheimer/Krug, Rechtsfragen zur Nebentätigkeit von Arbeitnehmern, BB, 2000, 1462-1468
- Westermann, Harm Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, Köln, 2011  
 Peter/  
 Grunewald, Babara/  
 Maier-Reimer, Georg Zitiert : Erman/Bearbeiter
- Wetling, Frank/  
 Habel, Maren Die Abmahnung – arbeitsrechtlich und personalführungstechnisch aktuell Aspekte, BB, 2011, 1077-1084
- Wieacker, Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Vandenhoeck & Ruprecht; Aufl. 2, 1996
- Wollschläger, Leona Unzumutbarkeit als Rechtsgedanke im Rahmen der außerordentlichen Kündigung, Dissertation, Uni-Potsdam, 2007, Frankfurt am Main, 2009  
 Zitiert: Unzumutbarkeit
- Zborowska, Katarzyna Die außerordentliche Verdachtskündigung, Dissertation, Uni – Mainz, 2015