

Rudolf Buschmann, Kassel/Frankfurt/M<sup>1</sup>

# Erfurter Forum für Arbeits- und Sozialrecht

## Fachtagung: Das Kündigungsrecht im Streit (11. März 2010)

### Bagatellgrenzen für Vermögensdelikte und längere Kündigungsfristen für alle?

### Kündigungsschutz und Kündigungsregelungen auf dem Prüfstand: Handlungsbedarf in der neuen Legislaturperiode?

Sehr geehrte Damen und Herren, Liebe Kolleginnen und Kollegen,

#### 1. Arbeitsrechtliche Reaktionen auf Bagatellen

a) Ich werde mich nachfolgend auf Kündigungen wegen des Vorwurfs geringfügiger Eigentums- bzw. Vermögensdelikte konzentrieren. Und damit steht gleichzeitig fest, worüber ich nicht reden werde: Ich werde nicht darüber reden, ob Arbeitnehmer berechtigt sind, Eigentum oder Vermögensgegenstände des Arbeitgebers oder von Dritten an sich zu bringen oder zu verwerten. So weit ich die Debatte überblicken kann, hat dies auch niemand behauptet. Das schließt offenbar nicht aus, dass in einer erregten Diskussion, wie sie aktuell im Vorfeld der Entscheidung des BAG geführt wird, ein solches Recht gelegentlich mit reichlich Pathos zurückgewiesen wird, so als ob hierüber gestritten würde, als ob Eigentum oder Vermögen von irgendeiner Seite zivilrechtlich in Frage gestellt würden, als ob diese Institute keinen Schutz mehr hätten. Bei allem Verständnis für rhetorische Mittel trägt die hier aufgebaute Frontstellung wenig zur Erkenntnis in einer Kündigungsproblematik bei. Lassen wir also die Emotionen aus dem Spiel!

Dies gelingt augenscheinlich nicht jedem – und auch nicht jedem Gericht. Meine Tätigkeit als Redakteur bringt es mit sich, dass ich der Sprache, der gewählten Terminologie immer besondere Aufmerksamkeit schenken muss. Juristische Sprache sollte sich durch Nüchternheit und Distanziertheit auszeichnen. Im Allgemeinen geschieht dies auch, was den Juristen oft als Trockenheit, ja sogar als Blutleere vorgeworfen wird. Diesen Vorwurf sollten Juristen aushalten können. Hier erleben wir nun das Gegenteil: eine emotionale, mit moralischen Wertungen aufgeladene Sprache, die Assoziationen an staatsanwaltschaftliche Plädoyers aufkommen lässt, auch wenn sie dort ebenso unangebracht ist. Gewiss: Jedes Arbeitsgerichtsurteil hierzu enthält schon fast formularmäßig den Hinweis, dass es hier nicht um die strafrechtliche Würdigung gehe, dass die arbeitsrechtliche sich von der strafrechtlichen Sicht unterscheide.<sup>2</sup> Aber dann fallen solche Sätze<sup>3</sup> wie, „dass das Eigentum auch nicht zu einem Bruchteil zur Disposition der Arbeitnehmer stehe“, oder Formulierungen wie „Verdacht in seiner schärfsten Form.“ Typisch auch der Vorwurf, der/die Arbeitnehmer/in „leugne“ die Tat „haltlos“, wo doch das „Bestreiten“ von Tatsachen, auf die die Gegenseite ihr Vorbringen stützt, prozessual nicht illegitim ist, sofern es sich nicht um Prozessbetrug handelt. Man fühlt sich an den alten Juristenspruch erinnert: „Strafverschärfend war zu

<sup>1</sup> Geringfügig gekürzter Vortrag auf dem Erfurter Forum für Arbeits- und Sozialrecht, Fachtagung Das Kündigungsrecht im Streit (11. März 2010); die Vortragsform wurde beibehalten; der Autor ist Verantwortlicher Redakteur der jur. Fachzeitschrift *Arbeit und Recht*, Frankfurt/M.

<sup>2</sup> Im Ergebnis richtet sich dieser Hinweis regelmäßig gegen die Anwendung der Unschuldsvermutung im Arbeitsrecht.

<sup>3</sup> Typisch hierfür LAG *Berlin* v. 24.2.2009, AuR 2009, 218 ff., mit Anm. *Buschmann*, Vorinstanz im sog. Emmely-Fall.

berücksichtigen, dass der Angeklagte die Tat bis zuletzt hartnäckig leugnete; strafmildernd war zu berücksichtigen, dass ihm die Tat nicht mit letzter Sicherheit nachgewiesen werden konnte!“ Auf die Parallelen zum Strafrecht komme ich später noch einmal zurück. Die Distanzierung des Arbeitsrechts von strafrechtlichen Wertungen erfolgt nicht zufällig. Für das Strafrecht ist die Unschuldsvermutung konstitutiv. Dagegen hat das Institut der *Verdachtskündigung* genau die Funktion, dem Arbeitgeber den letzten Beweis zu ersparen, und ist gerade deshalb so umstritten.

**b)** Letztlich geht es um die Einordnung in das System des Kündigungsschutzes. Und hier bereitet schon die Verdachtskündigung systematische Schwierigkeiten. In der Dogmatik wird sie unterschiedlich als personenbedingte oder verhaltensbedingte Kündigung angesehen.<sup>4</sup> Die Verschiebung der Betrachtung von der Tat zur Person erscheint mir nun gerade typisch für die hier in Frage stehenden Kündigungen. Bei der Verhaltensbedingten Kündigung geht es um die Verletzung konkreter Vertragspflichten. Eine solche Verletzung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer Gegenstände, die im Eigentum des Arbeitgebers stehen, an sich nimmt oder für sich verwertet. Dieser Vorwurf wurde wohl auch im Fall der Verkäuferin *Emmely* erhoben. Aber hier ist doch etwas mehr zivilrechtliche Präzision gefordert. M. E. kann ein Gericht nicht darüber hinweg gehen, ob die fraglichen Gegenstände im Eigentum oder im Vermögen des Arbeitgebers oder einer dritten Person stehen. Pfandmarken, die ein Kunde in einem Ladengeschäft verliert, fallen nicht automatisch in das Eigentum des Arbeitgebers. Nach dem Fundrecht des BGB (§§ 965 ff. BGB) iVm. der Rspr. des *BGH* zum Platzanweiserinnenfall<sup>5</sup> findet die Verkäuferin einen Pfandschein als Besitzdienerin für ihren Arbeitgeber. Dieser hat die Möglichkeit, später den Fund als Eigentum gem. § 973 BGB zu erwerben, verbunden mit einem Bereicherungsanspruch des Verlierers gem. § 977 BGB.<sup>6</sup> Es macht also einen Unterschied aus, ob Eigentum des Arbeitgebers verletzt wird oder ein bloßes Anwartschaftsrecht, das noch mit einem gleichwertigen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch belastet ist. Jedenfalls im Rahmen verhaltensbedingter Kündigungen ist eine präzise Definition des verletzten Rechtsguts immer erforderlich.

**c)** Genau an dieser Stelle behelfen sich Teile der Rechtsprechung mit einer mythischen Formel, dem eingetretenen „Vertrauensverlust“. Vertrauen ist eine innere Tatsache. Man hat es oder man hat es nicht. Tatsächlich stellt das vorhandene oder verlorene Vertrauen in der Rechtsprechung kein Prüfungskriterium dar, mit dem in einem Fall einer Klage stattgegeben, sie im anderen Fall abgewiesen wurde. Statt dessen erscheint der Vertrauensverlust regelmäßig als zusätzliches Begründungselement, mit dem ein gefundenes Ergebnis legitimiert und zugleich auf ein weiteres Standbein gestellt werden soll. Wie jeder Mythos gerät auch dieser bei genauerer Betrachtung ins Wanken. Über innere Tatsachen lässt sich kein Beweis erheben. Vertrauen als innere Tatsache verdient auch keinen absoluten Schutz. Hat aus irgendwelchen abstrusen Motiven ein Arbeitgeber kein Vertrauen in schwarzhaarige oder blonde, katholische oder evangelische Arbeitnehmer, wird kein Gericht einer solchen inneren Einstellung ein relevantes Gewicht beimessen. Doch darum geht es auch gar nicht. Betrachtet man die verschiedenen auf Vertrauensverlust abstellenden Judikate, enthalten sie nicht die Aussage, der Arbeitgeber habe sein Vertrauen verloren, sondern die These, der Arbeitnehmer verdiene auf Grund seines Verhaltens kein Vertrauen. Unabhängig von der Bewertung im Einzelfall beinhaltet dieser Ansatz letztlich eine Verschiebung von einer Bewertung einer Tat zur Beurteilung der Person des Delinquenten. Hier schließt sich der Kreis zur Einordnung der Verdachtskündigung als personenbedingt (s.o.). Und so erklären

<sup>4</sup> Nachw. bei KR-*Fischermeier*, § 626 BGB, Rn. 211.

<sup>5</sup> BGHZ 8, 130.

<sup>6</sup> Ausführlich dazu *Buschmann*, Anm. zu LAG *Berlin* aaO, AuR 2009, 221.

sich die in derartigen Entscheidungen<sup>7</sup> typischerweise auftauchenden (additiven) pejorativen Bemerkungen zur Person der Kläger/innen, wenn festgestellt wird, dass sie nicht nur in einem konkreten Einzelfall gefehlt haben, sondern dass sie mit charakterlichen Mängeln behaftet sind, was sich im Einzelfall manifestiert habe, und dass sie deshalb kein Vertrauen verdienen. Spätestens an dieser Stelle löst sich die Betrachtung von dem konkreten Vertragsverstoß und wendet sich nur noch der Person zu, zu deren charakterlicher Unwürdigkeit zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses.

**d)** Erlauben Sie mir hier einen letzten Exkurs zum Strafrecht; Nicht deshalb, weil die Kündigung eine strafrechtliche Sanktion ausspricht, sondern weil sich das Strafrecht mit zumindest vergleichbaren Denkstrukturen auseinander zu setzen hatte, die es jedoch in rechtsstaatlicher Weise überwunden hat. Aus unsäglichen tausendjährigen Zeiten ist noch die Lehre vom normativen Tätertyp in Erinnerung, also eine strafrechtliche Denkweise, die nicht an dem Unwert einer sozialschädlichen und deshalb zu sanktionierenden Tat anknüpfte, sondern an der Täterschuld, d.h. am Täter, dessen sozialschädliche Prädisposition sich in seiner Tat manifestierte.<sup>8</sup> In dieser Sicht ist es konsequent, einem Täter weniger ein konkretes Verhalten, sondern seine ganze Haltung vorzuwerfen, seine Lebensanschauung und Lebensweise. Man kann dies in historischen Urteilsbegründungen nachlesen, wenn sie die vom Gericht vorzunehmende Tatwürdigung mit einer Ansammlung von Unwerturteilen über die Person des Delinquenten ergänzen. Dann liegt es auch nahe, Vorgänge einzubeziehen, die sich vor oder nach dem zu beurteilenden Fehlverhalten abgespielt haben, etwa das Prozessverhalten. Es gehört zum Rechtsstaatsprinzip, dass das Strafrecht derartige Vorstellungen überwunden hat, indem es grundsätzlich an der Tatschuld und eben nicht an der Täterschuld anknüpft. Auch das Arbeitsrecht darf diese Parallele nicht aus dem Blick verlieren. Maßstab für die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung ist immer die konkrete Pflichtverletzung. Und wenn dann eine Zukunftsprognose zu treffen ist, muss sie konkret sein, d.h. an konkreten tatbezogenen Umständen ansetzen, darf keinesfalls (wozu der Mensch allerdings neigt) die positive oder negative Beurteilung anderer Eigenschaften oder Verhaltensweisen des Gekündigten auf die Gesamtwürdigung des zu Grunde liegenden Verstoßes gegen Vertragspflichten übertragen. Begrifflichkeiten wie Vertrauensverlust und Prognoseprinzip dürfen nicht als Formeln dazu herhalten, den Zusammenhang zwischen Tatvorwurf und einseitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses aufzulösen.

**e)** Fasst man diese Überlegungen zusammen, so mögen die Schlussfolgerungen manchem banal erscheinen. Es gibt im Arbeitsrecht weder absolute Kündigungsgründe noch einen Sondertatbestand der Kündigung wegen des Vorwurfs (nicht)geringfügiger Eigentums- oder Vermögensdelikte. Die Erwartung lautet deshalb: „Zurück in das System des Kündigungsschutzes, hier der verhaltensbedingten Kündigung!“ In die Würdigung des konkreten Tatvorwurfs sind alle mit der konkreten Pflichtverletzung zusammen hängenden Umstände einzubeziehen.<sup>9</sup> Dazu gehört nicht allein, aber ganz vorrangig auch der Wert der belegenen Sache. Diese Aufgabe könnte und müsste die Rechtsprechung leisten. Verschiedene Entscheidungen der Vergangenheit seit dem sog. Bienenstichfall hatten Zweifel aufkommen lassen, ob die Rechtsprechung dieser Aufgabe gerecht wird. Dann hat der Gesetzgeber die selbstverständliche Möglichkeit, für eine Klarstellung zu sorgen. So verstehe ich auch die aktuellen im Bundestag vorliegenden Gesetzentwürfe.

<sup>7</sup> Exemplarisch wieder die sog. Emmely-Entscheidung des LAG *Berlin*.

<sup>8</sup> Vgl. Struktur der §§ 211, 212 StGB, in Kraft getreten 1941; zum Täterstrafrecht *Dahm*, Verbrechen und Tatbestand, in: Larenz (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 62-107; vgl. auch; *Hirsch*, "Der Typus des sozial desintegrierten Straftäters in Kriminologie und Strafrecht der DDR. Ein Beitrag zur Geschichte täterstrafrechtlicher Begründungen", Diss. 2008.

<sup>9</sup> Ausführlich dazu *Preis*, *Minima (non) curat Praetor?*, AuR 2010, 186 ff., 242 ff.

## 2. Weiterer Handlungsbedarf

In der rechtspolitischen Debatte wird nicht selten ein Bild gezeichnet, als habe sich der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses kontinuierlich verstärkt, als seien Arbeitnehmer heute in einem Maße geschützt, wie ihre Eltern und Großeltern es weder gekannt noch erlebt haben. Dieses Bild ist blanke interessengeleitete Ideologie. Betrachtet man die Gesetzgebung der letzten 25 Jahre, zeigt sich, dass das Gegenteil der Fall ist:

- Mit § 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985, fortgeschrieben durch § 14 Abs. 2 TzBfG 2001, wurde die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses zugelassen. Es endet ohne die Möglichkeit einer Kündigungsschutzklage und ohne Anhörung des Betriebsrats.
- § 14 Abs. 2a TzBfG erlaubt erweiterte Befristungsmöglichkeiten für neu gegründete Unternehmen, auch wenn sie alt eingesessene Betriebe übernehmen.
- § 14 Abs. 3 TzBfG erlaubt erweiterte Befristungsmöglichkeiten für ältere Arbeitnehmer.
- § 15 Abs. 2 TzBfG erlaubt zweckbefristete Arbeitsverträge.
- Daneben haben sich Umgehungsinstitute wie permanente Kurzzeitbefristungen oder die sog. „absprachegebundene Arbeitszeit“ entwickelt, bei denen gar kein festes Arbeitsverhältnis begründet, sondern nur Rahmenregelungen vereinbart werden. Hier gibt es weder Kündigungs- noch Befristungsschutz. Die Rechtsprechung des BAG billigt – anders als der österreichische OGH – derartige Tagelöhnerverhältnisse grundsätzlich.
- Entgegen dem Wortlaut des § 12 TzBfG billigt der 5. Senat des BAG Vertragsgestaltungen, die dem Arbeitgeber das Recht zubilligen, die Arbeitszeitdauer bis zu 25 % einseitig zu erhöhen oder zu senken. 1984/85 hatten verschiedene Senate des BAG derartige Klauseln noch für unvereinbar mit tragenden Grundsätzen des Kündigungsschutzes erklärt.
- Über das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996, wiederaufgenommen im Arbeitsmarktreformgesetz 2003, wurde die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG erheblich ausgeweitet, konkret von 5 auf 10 Arbeitnehmer, verbunden mit einer nur anteiligen Anrechnung von Teilzeitbeschäftigten. Dies bedeutet, dass z. B. die Beschäftigten in der Bauwirtschaft, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, keinen gesetzlichen Kündigungsschutz mehr haben.
- Die gleichen Gesetze sind verantwortlich für die erweiterte sog. Leistungsträgerregelung in § 1 Abs. 3 KSchG (Einschränkung der Verpflichtung zur sozialen Auswahl) und vor allem die sog. Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG. Die Aufnahme in die Namensliste erspart dem Arbeitgeber den Nachweis der dringenden betrieblichen Erfordernisse, mit dem er die Kündigung an sich rechtfertigen müsste.
- Der seit Jahren gesetzlich geförderte Ausbau prekärer Beschäftigungsverhältnisse hat den Bestandsschutz für immer größere Teile der arbeitenden Menschen faktisch beseitigt. Zu nennen sind hier vor allem die sog. „Geringfügig Beschäftigten“ und

Leiharbeiter. Auch wenn sie von der Rechtsform an sich nicht aus dem gesetzlichen Bestandsschutz ausgenommen sind, machen die Umstände ihres Arbeitseinsatzes es ihnen faktisch unmöglich, ihre gesetzlichen Rechte auch effektiv wahrzunehmen.

- Der Gesetzgeber hat seine zaghafte Versuch zur Begrenzung von Scheinselbstständigkeit aus dem Korrekturgesetz 1998 aufgegeben und in sein Gegenteil verkehrt. Außerhalb von Arbeitsverhältnissen besteht gar kein Kündigungsschutz.
- Und selbst bei der europarechtlich zwingend erforderlichen Umsetzung der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien hat der Gesetzgeber versucht, in § 2 Abs. 4 AGG das Kündigungsrecht komplett aus dem Gleichbehandlungsschutz auszunehmen. Die rechtliche Untauglichkeit dieses Versuchs ändert nichts an dem gegen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gerichteten Ziel.

Sämtliche der vorstehend noch nicht einmal abschließend aufgeführten Restriktionen wurden mit dem Versprechen einer damit verbundenen Arbeitsplatz schaffenden Wirkung legitimiert. Nichts davon ist eingetreten. Vielmehr zeichnet sich der Arbeitsmarkt durch dramatische Verdrängungseffekte zu Gunsten prekärer und zu Lasten regulärer kündigungsgeschützter Beschäftigung aus. Ein wirksamer Kündigungsschutz ist eine Grundbedingung für die Durchsetzung des Arbeitsrechts insgesamt. Als Jurist kann man keinem Arbeitnehmer mit gutem Gewissen den Rat geben, Rechte aus seinem Arbeitsverhältnis gerichtlich durchzusetzen, wenn er anschließend mit einer Kündigung rechnen muss, die keiner Legitimation mehr bedarf, oder das befristete Arbeitsverhältnis abläuft. Erster Handlungsbedarf besteht somit in der Korrektur falscher Weichenstellungen der Vergangenheit. Die Zeit kommt für ein erneutes Korrekturgesetz, ein Gesetz zur Wiederherstellung des Bestandsschutzes im Beschäftigungsverhältnis.