

„Ein barbarisches Urteil von asozialer Qualität“

oder der Fall Emmely zwischen Verdacht und Vertrauen

Zur fristlosen Kündigung bei Entwendung geringwertiger Sachen

Foto: Jens Heise

von Klaus Hennemann

I. Die herrschende Meinung

Als ich am 27. Februar 2008 auf der Fahrt zur Jahresversammlung der Neuen Richtervereinigung von dem – in der Überschrift zitierten – Wutausbruch des Bundestagsvizepräsidenten Thierse über das soeben verkündete Urteil des Landesarbeitsgerichtes Berlin-Brandenburg im Fall Emmely erfuhr, löste das bei mir starke Abwehrreflexe aus: Ich bin Arbeitsrichter.

Das bekannte Dilemma der fristlosen Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers – im vorliegenden Fall zwei Pfandbons im Wert von 48 Cent und 82 Cent – haben wir Arbeitsrichter abgesehen von hart getroffenen Arbeitnehmern zumindest in den letzten 25 Jahren schmerzhaft erfahren. In unendlichen Diskussionsrunden haben wir uns gequält mit der Frage der Verzeihlichkeit der Bisses der Kuchenverkäuferin in den Bienenstich, der unerlaubten Mitnahme dreier Kiwis, eines Lippenstiftes, ja sogar eini-

ger Briefumschläge. Schließlich haben wir unsere Bedenken niedergerungen, wenn Arbeitgeber in diesen Fällen die fristlose Entlassung auch langgedienter Mitarbeiter mit Hartherzigkeit durchsetzen. Überzeugt hat uns schließlich, dass bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (§ 626 Abs. 1 BGB) nicht der Wert der geklauten Ware den Ausschlag gibt, sondern vielmehr das verlorengegangene Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers. So das Bundesarbeitsgericht in der nunmehr schon legendären Bienenstichentscheidung vom 17.05.1984.

Allerdings war mit dieser Erkenntnis der Komplex keineswegs in Gänze durchgewunken. Ebenso intensiv war die Diskussion darüber, ob man es nicht beim ersten Mal mit einem eindeutigen „Tu das nie wieder“ bewenden lassen könne. Aber auch hier setzte sich überwiegend die Denkfigur durch, dass bei Vorsatz das Vertrauen nun einmal irre-

parabel zerstört sei. Abwegig sei es, den Arbeitnehmer nur abzumahnern, weil dieser dann ja seinen Arbeitgeber so lange ungestraft beklauben könne, wie er unentdeckt bleibe und durch eine reuiges „ich will's auch nie mehr wieder tun“ nicht nur seinen Kopf, sondern auch die heimlich beiseite geschaffte Beute retten könne. So entstand die herrschende Meinung, kurz „h.M.“

In einem weiteren Punkt blieben einige Arbeitsrichter allerdings skeptisch: Denn die um ihren Bienenstich, Lippenstift, Kiwi, Briefumschlag bestohlenen Arbeitgeber – häufig Einzelhändler, die überwiegend geringwertige Konsumgüter feilbieten – kündigen bereits bei Verdacht des Diebstahls (zugegeben, gerade in dieser Branche gibt es durchaus einige diebische Elstern unter den häufig schlecht bezahlten Arbeitnehmern).

Der Verdacht wird gewonnen etwa durch die über der Theke oder im Kassenbereich versteckte Videokamera in der Größe eines Bleistiftstummels, wenn sie z. B. aufzeichnet, wie die Verkäuferin in ihre

Kitteltasche fasst. Ist das der Griff nach dem Taschentuch oder der letzte Akt des berühmten Rollgriffs, mit dem kleine, aber harte Münze geborgen werden soll?

Hier setzen zur gleichen Zeit zwei unterschiedliche juristische Hebel an ein und demselben Sachverhalt an: Zum einen ist es die bereits beschriebene Denkfiktion des verlorengegangenen Vertrauens. Zum anderen ist es das Rechtsinstitut der „Verdachtskündigung“.

Ist das überhaupt zulässig, fragt der Generalist unter den Juristen unter Hinweis auf die Unschuldsvermutung. Antwortet der Arbeitsrechtler: Kündigungsgrund ist nicht die unerwiesene Vertragsverletzung, sondern der Verlust des Vertrauens durch den Verdacht, der ist aber bewiesen und das ist ganz „h. M.“.

II. Reaktionen der „Nicht-Arbeitsrichter“

Und so schickte ich mich also als altgedienter Arbeitsrichter an, all dies den versammelten Kolleginnen und Kollegen darzulegen, insbesondere darauf zu verweisen, dass diese Rechtsprechung, sofern nur mit Augenmaß praktiziert, im allgemeinen wohldurchdacht sei, dagegen Thierse in seinem präsidialen Furore all dies nicht zu Ende gedacht habe, so dass nichts näher liege, als ihn mit einer gepfefferten Presseerklärung in die Schranken zu weisen.

Doch es kam etwas anders:

Mit der Reaktion der versammelten Strafrichter, Finanzrichter, Verwaltungsrichter, Zivilrichter, ja der sonst so unbeugsamen Staatsanwälte hatte ich nicht gerechnet. Ich wurde, wenngleich freundlich, auch stellvertretend für meine Zunftgenossen, in Streifen geschnitten:

„Wo bleibt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit?“

„Kennt Ihr keine Erheblichkeitsschwelle?“

„Wo bleibt das Augenmaß?“

Niemand, mit dem ich während dieses Wochenendes über unsere „gefestigte Rechtsprechung“ diskutiert habe, hatte auch nur im Ansatz Verständnis.

Unmerklich bildeten sich kleine Risse in der über Jahrzehnte gewachsenen Hornhaut auf meiner Richterseele.

Kann es sein, dass unsere erprobten und wohlbewährten Denkfiguren und Begrifflichkeiten einer Korrektur unter-

zogen werden müssen, wenn die Allgemeinheit überwiegend nur noch den Kopf schüttelt?

III. Vom Vertrauen

Vertrauensperson kann eigentlich nur sein, wem etwas „anvertraut“ ist. Bei einer Kassiererin (auch Emmely) ist das in Bezug auf anvertrautes Geld oder Pfandmarken sicherlich der Fall. Wegen ihrer Funktion ist im allgemeinen ein strengerer Maßstab geboten als etwa bei einem Maurer, der eine handvoll Nägel für eine private Datsche mitgehen lässt. Es geht zuvörderst um die Frage, ob das Vertrauen nach der Zwecksetzung des Anstellungsvertrages unabdingbar ist – quasi „kommunizierende Röhren“ zwischen Funktion und Vertrauen.

Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Nicht erst seit dem Bienenstich-Fall entspricht es dem arbeitsrechtlichen Standard, die fristlose Kündigung in zwei gedanklichen Schritten zu prüfen: Zunächst stellt sich die Frage, ob die Entwendung geringwertiger Sachen „an sich geeignet“ ist als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung. Wird dies wegen des Vertrauensmomentes in der Regel bejaht, ist in einem zweiten Schritt eine Abwägung der gegenseitigen Interesse anzustellen (und das – bitteschön – nicht nur zum Schein, liest man doch mitunter: „Es wird nicht verkannt, dass den 58-jährigen Kläger und seine dreiköpfige Familie die fristlosen Kündigung hart trifft, aber gleichwohl hat er ... das Vertrauen verspielt.“)

Zur Interessenabwägung gehört auch, ob anstelle der Kündigung eine Abmahnung ausreicht. Keineswegs ist immer und zwangsläufig der eingetretene Vertrauensverlust irreparabel. In ähnlich gelagerten Fällen stellen wir Arbeitsrichter (auch die der allerletzten Instanz) die Frage nach der Steuerbarkeit künftigen Arbeitnehmerhaltens. Verloren gegangenes Vertrauen kann je nach Lage des Einzelfalles durchaus wieder zurückgewonnen werden.

Wer eine Abmahnung allein mit dem Argument ablehnt, dies bedeute, dass der Arbeitnehmer straflos bis zur Entdeckung seinen Arbeitgeber „klein-klein“-beklauen könne, arbeitet mit der Unterstellung, dass einer entdeckten Weg-

nahme eine ganze Serie unentdeckter Diebeszüge vorangegangen sein müsse („ich kenne Euch“). Dies liefe auf eine Verkehrung der Unschuldsvermutung hinaus und widerspräche den allgemeinen Grundlagen der ohnehin schon problematischen Verdachtskündigung.

Zur Verdachtskündigung

Es ist ausgemachte Sache (also „h. M.“), dass ein Anfangsverdacht nicht ausreicht, sondern nur starke Verdachtsmomente, die zudem durch objektive Tatumstände gestützt sind. Außerdem muss vor Ausspruch einer solchen Kündigung alles nur Zumutbare zur Aufklärung des Verdachts unternommen worden sein; der Arbeitgeber muss sowohl belastenden wie entlastenden Momenten nachgehen. Trotz dieser hohen Hürde ist die Vermischung von Kleinbetragsrechtsprechung (also des Vertrauensverlustes) mit der Verdachtskündigung äußerst problematisch, weil die Unschuldsvermutung quasi gleich von zwei Seiten in die Zange genommen wird: „auf einen Schelmen anderthalben“.

Entweder ist Vertrauen vorhanden oder zerstört. Der Verdacht, eine Bagatelldat begangen zu haben, bedeutet zwar die Möglichkeit, nicht aber die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Vertrauensverlustes.

Zum konkreten Anlass der Thierse-Kritik

Mittlerweile liegt das 23 Seiten starke Urteil des LAG Berlin-Brandenburg vom 24.02.2009 – Az.: 7 Sa 2017/08 – vor (NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht, Heft 4/2009, S. 188ff). Es eignet sich gewiss nicht als Paradefall für eine Fundamentalkritik an der Rechtsprechung zu Bagatelldiebstählen im Arbeitsverhältnis. Zum einen hatte das LAG wohl eher eine Tatündigung als eine Verdachtskündigung zu entscheiden. Zum anderen ist das Urteil recht sorgfältig und gewissenhaft begründet.

IV. „The times they are a changin ...“ (Bob Dylan)

Seit dem vor mehr als 25 Jahren gestillten Heißhunger auf den Bienenstich haben sich die Verhältnisse in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ein klein wenig geändert.

Die Tatsachen zuerst: Namentlich im Einzelhandel, dort wo ein Großteil der

Bagatelldiebstähle beobachtet werden muss, ist seit geraumer Zeit ein ruinöser Verdrängungswettbewerb entbrannt, der nicht ohne Rationalisierungseffekte für das Leitungs- und Kontrollpersonal bleibt. An die Stelle der menschlichen Kontrolle tritt zunehmend die „drakonische Strafdrohung“ mit der sofortigen Entlassung und ... der verstärkte Einsatz heimlicher und verdachtsunabhängiger und flächendeckender und mit dem – selten vorhandenen – Betriebsrat nicht abgestimmter Mitarbeiterkontrolle durch technische, insbesondere elektronische Einrichtungen. Fast jedes Quartal ein neuer Datenschutzskandal. (Erst vor Ostern hat sich der Verfassungsrichter Voßkuhle – nach Thierse wieder ein Vize, diesmal aber aus der Judikative – veranlasst gesehen, dies abzumahnern und einen effektiven Arbeitnehmerdatenschutz zu fordern.)

Zum rechtlichen Aspekt der Abmahnung:

Die Schuldrechtsreform aus dem Jahre 2002 hat uns den neuen § 314 Abs. 2 BGB beschert: „Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig.“

Sie ist gemäß § 323 Abs. 2 BGB nur entbehrlich, wenn „... besondere Um-

stände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interesse die sofortige ...“ Trennung rechtfertigen.

Wer hieraus schließt, damit sei alles beim Alten geblieben – also „restatement“, wie die Angelsachsen die Normierung von Richterrecht nennen – muss zumindest dem dort festgenagelten Regel-Ausnahme-Verhältnis Rechnung tragen. Dies kann, wie Schlachter in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht (2005, S. 433ff) ausführt, im Sinne einer „Verschiebung der Argumentationslast“ verstanden werden.

Vielleicht hat dies auch Folgen für die gesamte

scala mobile,

bestehend aus Ermahnung – Abmahnung – Versetzung – ordentliche Kündigung – fristlose Entlassung.

Zumindest entspricht es einem richterlichen

officium nobile,

alte eingeschiffene Gewohnheiten in gewissen Zeitabständen in Frage zu stellen.

Eine solche Selbstvergewisserung hat soeben ein anderer Richter des so arg gescholtenen Landesarbeitsgerichtes unternommen und über seinen arbeitsrechtlichen Tellerrand hinausgeschaut: Dabei hat er festgestellt, dass sowohl die ordentlichen Gerichte den Zugriff auf Kleinbeträge – begangen durch freie Dienst-

nehmer oder Geschäftsführer – als auch die Verwaltungsgerichte einschließlich des Bundesdisziplinargerichtes entsprechende Verhaltensweisen – begangen von Beamten und Soldaten – viel entspannter beurteilen (Klueß: „Geringwertige Vermögensdelikte – Keine zwangsläufige Entlassung“, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2009, Heft 7, S. 337).

V. Eine vorläufig letzte Bemerkung

Wie würde der Leser dieser Zeilen reagieren, wenn er seine Putzfrau, der er einen Wohnungsschlüssel überlassen hat, dabei beobachtet, wie sie aus der Schublade seines Schreibtisches zwei Briefmarken entnimmt und in ihrer Kitzeltasche versenkt?

Würde er einwenden, da bestehe doch ein Unterschied zwischen ihm als privatem Arbeitgeber und einer Einzelhandelskette?

Der Autor:



Klaus Hennemann ist Arbeitsrichter in Mannheim.

Impressum

Betrifft JUSTIZ

erscheint viermal im Jahr jeweils zum Ende des Quartals im Selbstverlag des Betrifft JUSTIZ e.V., eingetragen im Vereinsregister des AG Darmstadt

Layout, Druck, Vertrieb, Anzeigen und Abonnementverwaltung

Druckwerkstatt Kollektiv GmbH
Feuerbachstr. 1, 64291 Darmstadt
Tel.: 06151-373986
Fax: 06151-373786
E-Mail: druckwerkstattkollektiv@t-online.de

Abonnementpreise

Jahresabonnement 44,- Euro
Einzelheft 11,- Euro

Probeexemplare und ältere Hefte

können beim Druckwerkstatt Kollektiv bestellt werden.

Einbanddecken Jahrgänge 2007/2008

11,- Euro zuzügl. MwSt., Porto und Verpackung.
Ältere Jahrgänge auf Anfrage.

Herausgeber

Betrifft JUSTIZ e.V.
Alte Darmstädter Str. 45, 64367 Mühltal

Verantwortlicher Redakteur

Guido Kirchhoff, Alte Darmstädter Str. 45, 64367 Mühltal
E-Mail: guidokirchhoff@gmx.de

Redaktionelle Beiträge an

Frank Schreiber, E-Mail: redaktion@betrifftjustiz.de

Redaktion

Eberhard Carl (BMJ)
Ulrich Engelfried (AG Hamburg-Barmbek)
Andrea Kaminski (AG Velbert)
Guido Kirchhoff (OLG Frankfurt/Main)
Frank Schreiber (SG Wiesbaden)
Carsten Schütz (SG Fulda)
Christoph Strecker (a. D., Stuttgart)

Zahlreiche Inhaltsverzeichnisse und ausgewählte Artikel finden Sie auf www.betrifftjustiz.de