

ständigkeit einer Führungskraft zu keinen Rechtsverstößen, z.B. gegen kartell- oder umweltrechtliche Vorgaben, kommt.

Eine wirklich effektive Risikosteuerung lässt sich indessen allein mit kurzfristig in einer Zielvereinbarung festgesetzten Elementen nicht herbeiführen. Ob beispielsweise eine Whistleblowing-Hotline langfristig die erhoffte Funktionalität aufweist, lässt sich nach Ablauf eines Jahres noch nicht feststellen. Allerdings gilt dies generell für die Bewertung der Erreichung operativer Ziele – die Einführung einer Whistleblowing-Hotline unterscheidet sich so gesehen etwa nicht vom Aufbau einer neuen Vertriebsstruktur in einem Schwellenland. Dennoch bietet sich zumindest eine Kombination mit den oben unter II.2. beschriebenen Instrumenten für eine langfristige Risikosteuerung durch die variable Vergütung an.

IV. Zusammenfassung

Variable Vergütung stellt ein probates Mittel zur Risikosteuerung in Unternehmen dar. Eine effektive Risikosteuerung durch variable Vergütung bietet sich insbesondere bei der Umsetzung von nachhaltigen Zielen im Bereich Compliance an. Die klassischen, meistens einjährig angelegten Instrumente der variablen Vergütung sind hierfür jedoch nur begrenzt geeignet; vorzugswürdig sind demgegenüber längerfristig angelegte Elemente der variablen Vergütung.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an die arbeitsrechtliche Gestaltung sind jedoch auch dann zu berücksichtigen, wenn variable Vergütung zur Risikosteuerung eingesetzt wird. Insofern gilt im Grundsatz, dass bei Führungskräften und in Branchen wie dem Kreditwesen, in denen die Vergütung besonderen gesetzlichen Vorgaben unterliegt, größerer Gestaltungsspielraum besteht als in den übrigen Bereichen.

// Autoren

Dr. Boris Dzida ist Rechtsanwalt und Partner der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP in Hamburg. Er berät Unternehmen bei Umstrukturierungen, bei unternehmensinternen Untersuchungen sowie zu Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance.



Dr. Sebastian Naber ist Rechtsanwalt bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Hamburg.



Prof. Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink

Arbeitgeberseitige Strategien zur Verhinderung eines Aufbaus und zum Abbau eines Vertrauenskapitals

Zugunsten von Arbeitnehmern berücksichtigt das BAG neuerdings in Verfahren, die Kündigungen aufgrund schwerer Pflichtverletzungen zum Streitgegenstand haben, im Rahmen der Interessenabwägung ein „Vertrauenskapital“, das Arbeitnehmer durch eine lange beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit erworben haben. Für Arbeitgeber und ihre Berater stellt sich auf diesem Hintergrund im Vorfeld einer eventuellen Kündigung die Frage, welche Möglichkeiten es gibt zu verhindern, dass es zur Bildung eines solchen Vertrauenskapitals kommt, oder wie ein eventuell bereits erworbenes Vertrauenskapital im Vorfeld einer Kündigung wieder abgebaut werden kann, damit ein Gericht ihnen im Fall einer Kündigung ein solches Vertrauenskapital nicht mehr entgegenhalten kann. Der folgende Beitrag beschreibt derartige arbeitgeberseitige Strategien.

I. Begriff des Vertrauenskapitals

Den Begriff des „Vertrauenskapitals“ hat das BAG – soweit ersichtlich – bisher lediglich in der Pressemitteilung zu einer Entscheidung be-

nutzt, die die außerordentliche Kündigung einer Kassiererin mit dem Spitznamen „Emmely“ in einem Lebensmittelmarkt betraf. Diese hatte unberechtigt fremde Pfandbons im Wert von 1,30 Euro zu ihrem eigenen Vorteil eingelöst.¹ Im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt das Gericht zugunsten der Arbeitnehmerin ein in der Zeit ihrer unbeanstandeten Beschäftigung erworbenes „Vertrauenskapital“.² In den Entscheidungsgründen selber gebrauchte das Gericht zwar stattdessen die Synonyme „Vorrat an Vertrauen“ und „Maß an Vertrauen“.³ In der Rechtsprechung vieler Gerichte ist das „Vertrauenskapital“ aber dennoch zu einem Begriff geworden, der ein geändertes Verständnis der Interessenabwägung im Kündigungsrecht kennzeichnet.⁴ Mit ihm rechtfertigen Gerichte, dass eine vorherige

¹ PM Nr. 42/10 des BAG vom 10.6.2010.

² Kritisch zu Recht insbesondere Bengelsdorf, SAE 2011, 122.

³ BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 549/09, NZA 2010, 1227.

⁴ Siehe nur LAG Düsseldorf, 23.2.2011 – 12 Sa 1454/10, LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 32; LAG Berlin-Brandenburg, 17.2.2011 – 25 Sa 2421/10, Juris; LAG Schleswig-Holstein, 24.11.2010 – 3 Sa 204/10, ArbR 2011, 48; diesen Begriff hat das BVerfG bereits 1981 benutzt, BVerfG, 1.7.1981 – 1 BvR 874/77, BVerfGE 58, 81.

vergebliche Abmahnung selbst dann erforderlich sein soll, wenn der Arbeitnehmer eine schwere Pflichtverletzung begangen hat.

II. Bedeutung des Vertrauenskapitals

Will man die für einen Arbeitgeber möglichen Strategien ermitteln, mit deren Hilfe der Aufbau eines Vertrauenskapitals verhindert oder der Abbau eines bereits „angesparten“ Vertrauenskapitals ermöglicht werden soll, muss man zunächst die Bedeutung eines solchen Vertrauenskapitals für den Kündigungsschutz klären, um den richtigen Ansatzpunkt zu finden. Hierbei muss bei verhaltensbedingten Kündigungen zwischen dem Kündigungsgrund und der Interessenabwägung unterschieden werden.⁵

1. Bedeutung für den Kündigungsgrund

Für die Beurteilung, ob ein Kündigungsgrund vorliegt, ist es unerheblich, ob und ggf. in welcher Höhe ein Arbeitnehmer ein Vertrauenskapital erworben hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung handelt.

Ein solcher Kündigungsgrund ist nach der Rechtsprechung des BAG bei einer verhaltensbedingten Kündigung regelmäßig nur gegeben, wenn der Arbeitnehmer zuvor vergeblich abgemahnt wurde. Dies folgt aus dem Prognoseprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁶

Nach dem Prognoseprinzip ist von Bedeutung, ob eine störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft noch zu erwarten ist und dem Arbeitnehmer deshalb durch eine Abmahnung noch eine letzte Chance gegeben werden soll, oder ob künftigen Vertragsverstößen nur durch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden kann. Der Zweck einer solchen Kündigung ist nicht eine Sanktion für die Vertragspflichtverletzung in der Vergangenheit, sie dient vielmehr dazu, das Risiko weiterer Pflichtverletzungen zu vermeiden.⁷ Entscheidend ist, ob die für die Vertragsbeziehung notwendige Vertrauensgrundlage bereits allein aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung erschüttert und deshalb keine Abmahnung notwendig ist, oder ob dies nicht der Fall ist und es deshalb einer vorherigen Abmahnung bedarf.⁸ Es gilt damit gleichsam „Alles oder Nichts“. Hiermit verträgt es sich nicht, die Höhe eines eventuellen Vertrauenskapitals zu bestimmen und anschließend zu ermitteln, ob die Pflichtverletzung so schwer ist, dass das Vertrauenskapital vollständig aufgezehrt ist.

Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist eine vorherige vergebliche Abmahnung nur dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar ist und die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist.⁹ Bei ihr kann der Arbeitnehmer von vornherein nicht mit einer Billigung seines Verhaltens rechnen. Er muss sich außerdem bewusst sein, dass er seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt. Einer vergeblichen Abmahnung mit ihrer Warnfunktion bedarf es nicht, da auch ohne sie bereits die Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Arbeitnehmer nicht zu einem vertragsgerechten Verhalten zurückkehrt.¹⁰ Die Frage nach einem Vertrauenskapital stellt sich damit auch insoweit nicht. Das BAG hat deshalb zu Recht einen Grund für eine Kündigung ohne vorherige vergebliche Abmahnung z.B. bei Vermögensdelikten unabhängig vom Wert,¹¹ bei Tätlichkeiten¹² oder bei einem genesungswidrigen Verhalten¹³ angenommen.

2. Bedeutung für die Interessenabwägung

Bedeutung gewinnt das von einem Arbeitnehmer angesammelte Vertrauenskapital nach Ansicht des BAG – erst – im Rahmen der Interessenabwägung. Bei einer außerordentlichen Kündigung ist nach dem Wortlaut des § 626 Abs. 1 BGB zwischen dem Kündigungsgrund „an sich“ und der Abwägung zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, der Interessenabwägung, zu unterscheiden.¹⁴ Ebenso setzt nach Auffassung der Rechtsprechung eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG eine solche Interessenabwägung voraus, obwohl die Vorschrift dies nicht zum Ausdruck bringt.¹⁵

a) Aufwertung durch das Vertrauenskapital

Diese Interessenabwägung hat das BAG aufgewertet, indem es eine deutliche Akzentverschiebung vom Kündigungsgrund hin zu ihr vorgenommen hat.¹⁶ Während in der Vergangenheit nur beim Kündigungsgrund geprüft wurde, ob aufgrund des Prognoseprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anstelle einer – außerordentlichen – Kündigung eine Abmahnung ausreichend gewesen wäre,¹⁷ prüft das BAG dies nun zusätzlich im Rahmen der Interessenabwägung. Je länger eine Vertragsbeziehung zwischen Vertragspartnern ungestört bestanden hat, desto eher kann nach Ansicht des BAG unabhängig von der Art der Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung die Prognose berechtigt sein, dass das dadurch angesammelte Vertrauenskapital nicht schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört wird.¹⁸ Dem Arbeitgeber müssen sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten – und damit insbesondere eine Abmahnung – unzumutbar sein. Kündigungen, die aufgrund schwerer Pflichtverletzungen ausgesprochen wurden, unterliegen damit einem nicht mehr kalkulierbaren Abwägungsprozess. Je größer das Vertrauenskapital ist, desto eher ist auch bei einer schweren Pflichtverletzung nur eine Abmahnung verhältnismäßig und die Prognose, dass weitere Pflichtverletzungen drohen, erst nach einer vergeblichen Abmahnung objektivierbar.

b) Voraussetzung: Fehlendes Erfordernis einer Abmahnung für den Kündigungsgrund

Das Vertrauenskapital ist aber nur dann im Rahmen der Interessenabwägung von Bedeutung, wenn aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung für den Kündigungsgrund „an sich“ keine vorherige vergebliche Abmahnung erforderlich ist. Setzt bereits der Kündigungsgrund eine solche Abmahnung voraus, ist das Vertrauenskapital als Teil der

5 Tiedemann, ArbRB 2011, 93.

6 BAG, 31.5.2007 – 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922; BAG, 19.4.2007 – 2 AZR 180/06, NZA-RR 2007, 571; BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980.

7 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 mit BB-Komm. Fandel/Kock, BB 2011, 61; BAG, 31.5.2007 – 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922.

8 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 mit BB-Komm. Fandel/Kock, BB 2011, 61.

9 BAG, 23.6.2009 – 2 AZR 283/08, BB-Entscheidungsreport Vogel/Mlynek, BB 2010, 255; BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980; BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 180/06.

10 BAG, 26.1.1995 – 2 AZR 649/94, BB 1995, 1089.

11 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 549/09, NZA 2010, 1227; BAG, 11.12.2003 – 2 AZR 36/03, NZA 2004, 486; BAG, 6.7.2000 – 2 AZR 454/99, Rzk I 8c Nr 54.

12 BAG, 18.9.2008 – 2 AZR 1039/06, DB 2009, 964; BAG, 6.10.2005 – 2 AZR 280/04, NZA 2006, 431.

13 BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636.

14 Ausf. Kleinebrink, FA 2010, 226 ff.

15 BAG, 6.10.2005 – 2 AZR 280/04, NZA 2006, 431; BAG, 7.12.1988 – 7 AZR 122/88, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; Quecke, in: HWK, 4. Aufl. 2010, § 1 KSchG, Rn. 64.

16 Stoffels, NJW 2011, 118, 120.

17 BAG, 6.10.2005 – 2 AZR 280/04, NZA 2006, 431.

18 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 549/09, NZA 2010, 1227.

Interessenabwägung bedeutungslos. Der Arbeitnehmer konnte aufgrund der in der Abmahnung enthaltenen Drohung mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr darauf vertrauen, eine weitere zumindest gleichartige Pflichtverletzung begehen zu können, ohne dass es zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommen würde. Ist hingegen eine für den Kündigungsgrund notwendige Abmahnung nicht vorhanden, scheidet die Kündigung bereits am fehlenden Kündigungsgrund „an sich“. Auf die Interessenabwägung und damit auf ein eventuelles Vertrauenskapital kommt es folglich auch dann nicht an.

Das Vertrauenskapital dient der Rechtsprechung damit – unabhängig davon, ob es sich um eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung handelt – gleichsam als Regulativ, das es einem Gericht ermöglicht, im Einzelfall trotz der erheblichen Pflichtverletzung dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen. Die Schwere der Pflichtverletzung, die für das Vorliegen des Kündigungsgrundes ohne vorherige Abmahnung ausreichend ist, kann gleichsam im Rahmen der Interessenabwägung aufgrund des erworbenen Vertrauenskapitals relativiert werden. Streng genommen benötigt man den Kündigungsgrund „an sich“ in derartigen Fällen damit nicht mehr. Er verliert als Teil einer umfassenden Interessenabwägung jede Kontur.¹⁹

3. Bedeutung für die weitere Rechtsprechung

Das BAG hat zwar in der Pressemitteilung zu Entscheidung „Emmely“ betont, dass es sich um einen in „vieler Hinsicht atypischen und einmaligen Kündigungssachverhalt“ handelt; dennoch hat diese Entscheidung entgegen mancher Prognose²⁰ gleichsam zu einem Erdbeben geführt.²¹

Die Rechtsprechung hat in einer Vielzahl von Entscheidungen, die Kündigungen aufgrund schwerer Pflichtverletzungen zum Gegenstand hatten, die Interessenabwägung ausdrücklich mit Hilfe des Vertrauenskapitals durchgeführt und regelmäßig zulasten des Arbeitgebers ausfallen lassen.²² Dabei spielt keine Rolle mehr, ob es sich – wie bei dem vom BAG entschiedenen Fall – um einen geringfügigen Vermögensschaden handelt oder nicht. Unerheblich ist auch, ob der jeweilige Arbeitnehmer eine Vertrauensstellung nach dem Arbeitsvertrag innehat. Dies hat das BAG für die Möglichkeit, ein Vertrauenskapital zu bilden, noch vorausgesetzt.²³ Das LAG Berlin-Brandenburg hat z. B. streitentscheidend das von einer Arbeitnehmerin erworbene Vertrauenskapital bei einem Betrug einer Zugansagerin zulasten des Arbeitgebers mit einem Schaden in Höhe von 160 Euro herangezogen.²⁴

Eine erhebliche Bedeutung hat der Grundsatz des Vertrauenskapitals in der Praxis ferner bereits im Vorfeld von Entscheidungen der Gerichte. Die mündliche Verhandlung vor den Arbeitsgerichten beginnt nach § 54 Abs. 1 ArbGG mit einer Güteverhandlung vor dem Vorsitzenden. Scheitert die Güteverhandlung, soll das Gericht dennoch nach § 57 Abs. 2 ArbGG weiter während des gesamten Verfahrens eine gütliche Erledigung anstreben. Dies gilt nach § 64 Abs. 7 ArbGG auch für das Landesarbeitsgericht und nach § 71 Abs. 6 ArbGG sogar für das BAG. Ist eine verhaltensbedingte – außerordentliche oder ordentliche Kündigung – Streitgegenstand, nutzen die Gerichte nun häufig in der Praxis die durch die Begründung des Vertrauenskapitals geschaffene Rechtsunsicherheit, um insbesondere Arbeitgeber bei schweren Pflichtverletzungen zu einer gütlichen Einigung zu bewegen.

III. Verhinderung des Aufbaus von Vertrauenskapital

Kann der Arbeitnehmer sein Verhalten steuern, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein Verhalten positiv beeinflusst wird, wenn er gewarnt wird, bevor er eine Pflichtverletzung begeht. Verletzt er dann dennoch trotz einer solchen Warnung diese vertragliche Pflicht, kann er nicht darauf vertrauen, dass man ihm trotz einer derartigen Pflichtverletzung – weiter – vertraut und anstelle einer Kündigung zu einem milderen Mittel, insbesondere zu einer Abmahnung, greift.²⁵ Eine Strategie für Arbeitgeber kann deshalb darin bestehen, arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen bzw. zu nutzen, die eine derartige Warnfunktion haben. Dies sollte frühestmöglich geschehen, da man davon ausgehen muss, dass das Vertrauenskapital mit Beginn des Arbeitsverhältnisses schrittweise aufgebaut wird. Zeitliche Einschränkungen finden sich in der Rechtsprechung nicht.²⁶ Als solche arbeitsrechtlichen Maßnahmen bieten sich insbesondere vorweggenommene Abmahnungen, vertraglich vereinbarte Kündigungsgründe und Regelungen in Ethik-Richtlinien an.

1. Vorweggenommene Abmahnung

In einer Abmahnung wird die vom Arbeitnehmer begangene Pflichtverletzung dokumentiert, das richtige Verhalten aufgezeigt und dem Arbeitnehmer für den Fall, dass er eine weitere Pflichtverletzung begeht, mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses gedroht. Sie hat damit eine umfangreiche Warnfunktion.²⁷ Diese Warnfunktion verlangt nicht, dass eine Abmahnung zwingend erst dann erklärt wird, wenn der Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung bereits begangen hat. Denkbar ist, den Arbeitnehmer hinsichtlich bestimmter Pflichtverletzungen gleichsam im Voraus darauf hinzuweisen, dass ein bestimmtes, eindeutig bezeichnetes pflichtwidriges Verhalten schon dann den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet, wenn es zum ersten Mal vom Arbeitnehmer begangen wird.²⁸ Der Arbeitnehmer erkennt dann bereits, dass der Arbeitgeber eine näher bezeichnete Pflichtverletzung nicht hinnehmen wird, wenn er dennoch ein entsprechendes Fehlverhalten zeigt.²⁹ Sie verhindert damit den Aufbau eines Vertrauenskapitals hinsichtlich des benannten Pflichtenkreises.

Da die Pflichtverletzung, die bei ihrer erstmaligen Begehung zur Kündigung führen kann, genau bezeichnet werden muss, kommt eine vorweggenommene Abmahnung jedoch nicht für jede künftige Pflichtverletzung in Betracht. Bei Schlecht- oder Minderleistungen wird es dem Arbeitgeber z. B. kaum gelingen, alle denkbaren Vertragsverstöße genau im Voraus zu benennen. Außerdem muss sich auch eine vorweggenommene Abmahnung am Verhältnismäßigkeitsprinzip

19 Stoffels, NJW 2011, 118, 120; Bengelsdorf, SAE 2011, 122, 123.

20 Siehe nur dazu Stoffels, NJW 2011, 118, 122: „... taugt kaum als Präjudiz“.

21 Bengelsdorf, SAE 2011, 122, 123: „grundstürzend“.

22 Siehe nur LAG Düsseldorf, 23.2.2011 – 12 Sa 1454/10, LAGE § 626 BGB 2002 Nr. 32; LAG Berlin, 17.2.2011 – 25 Sa 2421/10, juris; LAG Sachsen, 21.1.2011 – 3 Sa 181/10, NZA-RR 2011, 290; LAG Berlin, 9.12.2011 – 25 Sa 1801/10, AE 2011, 185; LAG Schleswig-Holstein, 24.11.2010 – 3 Sa 204/10, ArbR 2011, 48; LAG Baden-Württemberg, 30.9.2010 – 21 Sa 26/10, NZA-RR 2011, 76; LAG Schleswig-Holstein, 29.9.2010 – 3 Sa 233/1, NZA-RR 2011, 126; LAG Berlin-Brandenburg, 16.9.2010 – 2 Sa 509/10, NZA-RR 2010, 633.

23 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 mit BB-Komm. Fandel/Kock, BB 2011, 61.

24 LAG Berlin-Brandenburg, 16.9.2010 – 2 Sa 509/10, NZA-RR 2010, 633.

25 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 mit BB-Komm. Fandel/Kock, BB 2011, 61.

26 Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

27 Ausf. Kleinebrink, Abmahnung, 2. Aufl. 2003, Rn. 23 ff.

28 BAG, 5.4.2001 – 2 AZR 580/99, BB 2001, 2115; LAG Hamm, 11.9.2008 – 15 Sa 490/08, juris; LAG Köln, 6.8.1999 – 11 Sa 1085/98, NZA-RR 2000, 24; Quecke, in: HWK, 4. Aufl. 2010, § 1 KSchG, Rn. 192.

29 LAG Hamm, 11.9.2008 – 15 Sa 490/08, juris.

messen lassen, so dass die teilweise angenommene Gefahr einer „kleinkarierten“ Vorgehensweise unbegründet ist.³⁰

Eine solche vorweggenommene Abmahnung kann bereits der Arbeitsvertrag enthalten. Möglich ist auch, sie in eine Betriebsvereinbarung aufzunehmen. Arbeitgeber und Betriebsrat können bestimmte Kündigungsgründe regeln, die thematisch zum Inhalt der Betriebsvereinbarung passen. Schließen sie z.B. eine Betriebsvereinbarung ab, die Arbeitnehmer verpflichtet, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag vorzulegen,³¹ können und sollten sie auch aufnehmen, dass Arbeitnehmer, die gegen diese Verpflichtung verstoßen, mit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses rechnen müssen. Gleichzeitig können sie in derselben Betriebsvereinbarung regeln, wem gegenüber und auf welche Weise Arbeitnehmer ihrer Anzeigepflicht nach § 5 EFZG nachkommen können, und dies wiederum mit dem Hinweis verbinden, dass ein Verstoß gegen diese Pflicht einen Kündigungsgrund darstellt. Ferner kann eine vorweggenommene Abmahnung bereits in einem öffentlichen Aushang erfolgen („Abmahnung an den, den es angeht“).³²

2. Vertragliche Vereinbarung von Kündigungsgründen

Den Parteien eines Arbeitsvertrags ist es nicht möglich, verbindlich Pflichtverletzungen in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, bei denen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis rechtmäßig nach § 626 Abs. 1 BGB beenden kann. Das Kündigungsrecht ist zwingend und kann daher nicht erweitert werden.³³ Dennoch sollte ein Arbeitgeber aufgrund der neuen Rechtsentwicklung nun ihm wichtige Kündigungsgründe vertraglich regeln.

Das BAG hat derartigen Regelungen bereits in der Vergangenheit Bedeutung für die Interessenabwägung beigemessen, allerdings nur dann, wenn sie in Tarifverträgen enthalten waren. Die Tarifvertragsparteien können demnach Tatbestände, die an sich als wichtige Gründe geeignet sind, näher bestimmen und damit verdeutlichen, welche Umstände ihnen unter Berücksichtigung der Eigenart des jeweiligen Arbeitsverhältnisses als Gründe für eine vorzeitige Beendigung besonders wichtig erscheinen.³⁴

Nach der Aufwertung der Interessenabwägung durch ein eventuell zu berücksichtigendes Vertrauenskapital muss diese Möglichkeit nun aber auch dem Arbeitgeber als Partei des Arbeitsvertrags eingeräumt werden.³⁵ Werden im Arbeitsvertrag bestimmte schwere Pflichtverletzungen benannt, die den Arbeitgeber zur außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung berechtigen sollen, handelt es sich – wenn die Pflichtverletzung genau beschrieben wird – um vorweggenommene Abmahnungen, die die Bildung eines Vertrauenskapitals hinsichtlich des benannten Pflichtkreises im Rahmen der Interessenabwägung verhindern.³⁶ Werden schwere Pflichtverletzungen nicht genau bestimmt, sondern nur allgemein bezeichnet, z.B. „Diebstahl“, „Unterschlagung“, „Tätlichkeiten“, weil der Arbeitgeber eine genaue Bestimmung, z.B. aus personalpolitischen Gründen, nicht will oder weil es aufgrund der nicht möglichen näheren Bestimmbarkeit der Pflichtverletzung nicht geht, erkennt der Arbeitnehmer dennoch, welche Art von Pflichtverletzungen der Arbeitgeber keinesfalls dulden, sondern ggf. mit einer Kündigung ahnden will. Aufgrund der fehlenden genauen Bezeichnung der Pflichtverletzung hat ein solcher vereinbarter Kündigungsgrund dann zwar keine Auswirkungen auf den Kündigungsgrund „an sich“, da es sich um keine vorweggenommene Abmahnung handelt. Dies ist aber auch nicht

notwendig, da das Vertrauenskapital nur dann von Bedeutung ist, wenn es hinsichtlich des Kündigungsgrundes keiner Abmahnung bedarf.³⁷ Hinsichtlich einer eventuellen späteren Interessenabwägung reicht die damit verbundene Warnfunktion folglich aus, um beim Arbeitnehmer ein Vertrauenskapital hinsichtlich der benannten Pflichtverletzung nicht entstehen zu lassen. Der Arbeitnehmer kann nicht darauf vertrauen, dass man ihm bei einem Verstoß gegen das geregelte Ge- oder Verbot weiter vertraut und statt einer Kündigung noch einmal zum milderen Mittel der Abmahnung greift, um ihm noch eine Chance zu geben.

3. Ethik-Richtlinien

Eine weitere strategische Möglichkeit, die Bildung von Vertrauenskapital zu vermeiden, besteht darin, in Ethik-Richtlinien aufzunehmen, welches Fehlverhalten von Arbeitnehmern eine schwere Pflichtverletzung darstellt.

Werden nicht nur bestimmte Anweisungen aufgenommen, sondern wird in der Richtlinie außerdem bei einem Verstoß mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses gedroht, handelt es sich wiederum um vorweggenommene Abmahnungen, so dass bereits deshalb insoweit ein Vertrauenskapital nicht gebildet wird.³⁸ Dies geschieht in Ethik-Richtlinien allerdings äußerst selten. Es werden stattdessen Verhaltensanweisungen gegeben, bei denen deutlich gemacht wird, dass ein Verstoß gegen sie nicht hingenommen werden wird, ohne dass geregelt wird, welche Folgen drohen, wenn diese Vorgabe nicht beachtet wird.³⁹ Dies wirkt sich dann aber ebenfalls bei einer späteren schweren Pflichtverletzung im Rahmen der Interessenabwägung aus. Der Arbeitnehmer ist dann auch gewarnt. Er kann wiederum erkennen, welche Ge- und Verbote dem Arbeitgeber wichtig sind. Er darf nicht darauf vertrauen, dass ihm bei einem Verstoß weiter Vertrauen entgegengebracht wird. Ein Vertrauenskapital kann deshalb hinsichtlich des entsprechenden Pflichtenkreises nicht entstehen.

IV. Maßnahmen zum Abbau eines Vertrauenskapitals

Der Arbeitgeber kann nicht hinsichtlich aller denkbaren Pflichtverletzungen den Aufbau eines Vertrauenskapitals durch die oben beschriebenen Strategien vermeiden. Er ist deshalb auf zusätzliche Maßnahmen angewiesen, die ein einmal aufgebautes Vertrauenskapital bereits im Vorfeld einer Kündigung wieder abbauen. Ein solcher Abbau eines Vertrauenskapitals erfolgt, wenn das Arbeitsverhältnis nicht mehr beanstandungsfrei besteht.⁴⁰ Dem Arbeitgeber stehen verschiedene Strategien zur Verfügung, eine derartige Störung des Arbeitsverhältnisses zu dokumentieren.

30 Siehe dazu *Stoffels*, NJW 2011, 118, 122.

31 Siehe BAG, 25.1.2000 – 1 ABR 3/99, BB 2000, 1195.

32 LAG Köln, 6.8.1999 – 11 Sa 1085/98, NZA-RR 2000, 24.

33 BAG, 24.6.2005 – 2 AZR 656/02, NZA-RR 2005, 440; BAG, 8.8.1963 – 5 AZR 395/62, BAGE 14, 294; *auf: Kleinebrink*, ArbRB 2007, 120 ff.

34 BAG, 24.6.2005 – 2 AZR 656/02, NZA-RR 2005, 440; BAG 22.11.1973 – 2 AZR 580/72, BB 1974, 463.

35 So bereits *Preis*, *Der Arbeitsvertrag*, 3. Aufl. 2009, II K 10, Rn. 22; *Müller/Glöge*, in: *ErfK*, 11. Aufl. 2011, § 626 BGB, Rn. 196.

36 *Preis*, *Der Arbeitsvertrag*, 3. Aufl. 2009, II K 10, Rn. 23, der allerdings davon ausgeht, dass derartige Klauseln regelmäßig ungeeignet sind, weil sie nur allgemein gehalten sind.

37 Siehe oben II 2b.

38 Siehe oben III 1.

39 *Mengel*, *Compliance und Arbeitsrecht*, 2009, Rn. 109 ff.

40 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 mit BB-Komm. *Fandel/Kock*, BB 2011, 61.

1. Rechtmäßige einschlägige schriftliche Abmahnung

Eine rechtmäßige schriftliche Abmahnung macht ein eventuell bestehendes Vertrauenskapital bedeutungslos. Es wird vollständig abgebaut. Dies folgt aus der Pflichtverletzung, die in einer solchen Abmahnung dokumentiert ist.

Mit der Abmahnung beanstandet ein Arbeitgeber eine vom Arbeitnehmer bereits begangene Pflichtverletzung und droht bei zukünftigen Pflichtverletzungen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Begeht der Arbeitnehmer dann eine Pflichtverletzung, die so schwer ist, dass sie für den Kündigungsgrund keine Abmahnung voraussetzt, und ist die neue Pflichtverletzung außerdem mit der abgemahnten Pflichtverletzung auch noch zumindest gleichartig, ist dem Arbeitnehmer kein milderes Mittel als die Kündigung mehr zuzumuten. Das Vertragsverhältnis ist auf Dauer gestört. Die Abmahnung objektiviert auch im Rahmen der Interessenabwägung die negative Prognose weiterer Pflichtverletzungen.⁴¹ Demjenigen, der bereits eine abgemahnte Pflichtverletzung begangen hat, darf und muss man nicht mehr vertrauen. Sein Konto ist buchstäblich leer.

2. Rechtmäßige nicht einschlägige schriftliche Abmahnung

Setzt der Kündigungsgrund eine vorherige vergebliche Abmahnung voraus, reicht nicht jede Pflichtverletzung, die der Arbeitnehmer nach Zugang der Abmahnung begeht, nach Ansicht des BAG aus, eine spätere verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Der spätere Pflichtverstoß muss mit derjenigen, welcher der Abmahnung zu Grunde liegt, nach Ansicht der Rechtsprechung „gleichartig“ sein, um die erforderliche negative Prognose zu ermöglichen.⁴²

Im Rahmen der Interessenabwägung sind indes entgegen der Auffassung des BAG⁴³ auch nicht gleichartige Abmahnungen geeignet, ein eventuell schon erworbenes Vertrauenskapital abzubauen.⁴⁴ Auch derartige Abmahnungen dokumentieren, sofern der Arbeitnehmer die gerügte Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat, dass das Arbeitsverhältnis nicht ungestört bestanden hat. Der Arbeitnehmer kann nicht damit rechnen, bei einer Pflichtverletzung jedweder Art, die so schwer ist, dass für den Kündigungsgrund keine vergebliche Abmahnung erforderlich ist, noch einmal eine Chance zu bekommen. Das Vertrauenskapital lässt sich nicht gleichsam auf verschiedene Konten einzahlen, von denen dann nur eins – abhängig von der jeweiligen Pflichtverletzung – abgebaut wird. Ein Vertrauensverlust ist nicht teilbar.

3. Nicht rechtmäßige schriftliche Abmahnung

Auch nicht rechtmäßige Abmahnungen können vom Arbeitgeber herangezogen werden, um im Rahmen der Interessenabwägung darzulegen, dass ein eventuell vorhandenes Vertrauenskapital abgebaut wurde, weil das Arbeitsverhältnis nicht ungestört bestanden hat. Ist ein Arbeitgeber nicht sicher, ob die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Abmahnung vorliegen, sollte er aufgrund der Rechtsprechung zum Vertrauenskapital nun „im Zweifel“ abmahnen, mag dies personalpolitisch auch nicht wünschenswert sein.

Entscheidend für den gestörten Bestand des Arbeitsverhältnisses und damit für Abbau des Vertrauenskapitals ist die Dokumentation einer vom Arbeitnehmer begangenen Pflichtverletzung. Unerheblich ist dann, ob eine derartige Abmahnung im Übrigen rechtmäßig ist und daher geeignet ist, – auch – Teil des Kündigungsgrundes zu sein, sofern dieser eine vorherige vergebliche Pflichtverletzung voraussetzt.

Begeht der Arbeitnehmer dann eine schwere Pflichtverletzung, die für den Kündigungsgrund keine Abmahnung erfordert, steht objektiv fest, dass auch in Zukunft mit weiteren Vertragsstörungen zu rechnen ist.⁴⁵ Schädlich für das Vertrauenskapital sind demnach insbesondere auch Abmahnungen, die formell nicht ordnungsgemäß sind, weil der Arbeitgeber z. B. entgegen einer tarifvertraglichen Vorgabe den Arbeitnehmer oder den Betriebsrat vor Erteilung der Abmahnung nicht angehört hat,⁴⁶ die wegen einer Mehrzahl von Pflichtverletzungen ausgesprochen wurden, bei denen aber nur ein Teil der erwähnten Pflichtverletzungen sachlich zutreffend ist,⁴⁷ die nicht verhältnismäßig sind;⁴⁸ die auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruhen⁴⁹ oder ihre Warnfunktion nicht erfüllen, weil z. B. nicht mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern mit „arbeitsrechtlichen Konsequenzen“ gedroht wird.

4. Mündliche Abmahnung

Eine mündliche Abmahnung ist ebenso wie eine schriftliche Abmahnung geeignet, ein bereits entstandenes Vertrauenskapital abzubauen, sofern der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung begangen hat. Sie unterscheidet sich von der schriftlichen Abmahnung lediglich durch die andere Form, enthält gleichfalls die für das Vertrauenskapital schädliche Dokumentation der Pflichtverletzung.⁵⁰

Eine nur mündliche Abmahnung bringt den Arbeitgeber aber regelmäßig in erhebliche Beweisschwierigkeiten, wenn er sie unter Umständen noch Jahre später in einem Kündigungsverfahren zu seinen Gunsten im Rahmen der Interessenabwägung nutzen will. Selbst wenn er noch die Zeugen benennen kann, die bei dem Pflichtverstoß zugegen waren, werden diese sich kaum noch an die näheren Umstände und den Wortlaut der von ihnen erklärten mündlichen Abmahnung erinnern. Für den insoweit beweispflichtigen Arbeitgeber hat die mündliche Abmahnung so gut wie keine prozessuale Bedeutung.

5. Nicht rechtmäßige Kündigung

Eine frühere unwirksame verhaltensbedingte Kündigung kann vom Arbeitgeber ebenfalls strategisch genutzt werden, um gebildetes Vertrauenskapital abzubauen. Die Kündigung darf jedoch nicht deshalb unwirksam sein, weil es dem Arbeitgeber nicht gelungen ist, die Pflichtverletzung darzulegen und ggf. die Tatsachen zu beweisen, die Anlass der Kündigung gewesen sind. Ansonsten fehlt es an einer dokumentierten Pflichtverletzung. Unschädlich ist für den Abbau des Vertrauenskapitals deshalb z. B., wenn der Arbeitgeber in dem Rechtsstreit, welcher die Kündigung zum Streitgegenstand hatte, unterlegen ist, weil der Arbeitgeber den Betriebsrat zuvor nicht oder nicht ordnungsgemäß i. S. d. § 102 BetrVG angehört hatte, eine außerordentliche Kündigung erst nach Ablauf der in § 626 Abs. 2 BGB vorgesehenen Ausschlussfrist zugegangen ist, eine erforderliche Abmahnung fehlte oder die Kündigung einvernehmlich zurückgenommen wurde.

41 Vgl. BAG, 23.6.2009 – 2 AZR 283/08, BB-Entscheidungsreport *Vogel/Mlynek*, BB 2010, 255; BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 190/07, NZA 2008, 1415; BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980.

42 BAG, 13.12.2007 – 2 AZR 818/06, BB-Entscheidungsreport *Wolff*, BB 2008, 1459; BAG, 15.3.2001 – 2 AZR 147/00, RzK I 6a Nr. 193.

43 BAG, 19.2.2009 – 2 AZR 603/07, NZA 2009, 894.

44 *Tiedemann*, ArbRB 2011, 94, 95.

45 Vgl. BAG, 19.2.2009 – 2 AZR 603/07, NZA 2009, 894.

46 BAG, 19.2.2009 – 2 AZR 603/07, NZA 2008, 894; BAG, 30.5.1996 – 6 AZR 537/95, BB 1996, 1892 Ls.

47 Vgl. BAG, 19.2.2009 – 2 AZR 603/07, NZA 2009, 894.

48 BAG, 31.8.1994 – 7 AZR 893/93, BB 1995, 104 Ls; BAG, 13.11.1991 – 5 AZR 74/91, BB 1992, 781.

49 LAG München, 23.3.1988 – 8 Sa 1060/88, BB 1988, 2175 Ls, „Vertragsverletzung“; LAG Köln, 24.1.1996 – 7 Sa 751/95, BB 1996, 1171 Ls, NZA 1997, 1290.

50 *Novara/Knierim*, NJW 2011, 1175.

6. Erfolgreiches Zustimmungseretzungsverfahren

Die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrats, des Wahlvorstands sowie von Wahlbewerbern bedarf nach § 103 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Wird die Zustimmung von dem jeweiligen Organ nicht erteilt, muss der Arbeitgeber nach § 103 Abs. 2 BetrVG das Zustimmungseretzungsverfahren betreiben. Unterliegt er in diesem Verfahren, kann er diesen für ihn negativen Ausgang dazu nutzen, sich bei einer späteren schweren Pflichtverletzung auf einen Abbau des Vertrauenskapitals zu berufen. Bereits durch die Einleitung des Verfahrens dokumentiert der Arbeitgeber eine schwere Pflichtverletzung des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis ist gestört, sofern der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat.⁵¹

7. Ermahnung

Eine Ermahnung unterscheidet sich von einer Abmahnung allein dadurch, dass mit ihr dem Arbeitnehmer nicht mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gedroht wird.⁵² Ansonsten dokumentiert ein Arbeitgeber auch mit ihr gegenüber einem Arbeitnehmer ein vertragswidriges Verhalten und fordert für die Zukunft die Einhaltung der vertraglichen Pflichten. Dies ist ausreichend, um das Vertragsverhältnis zu stören und damit das Vertrauenskapital abzubauen. Die Kündigungsandrohung ist nur im Rahmen des Kündigungsgrundes von Bedeutung, wenn für dessen Vorliegen eine vergebliche Abmahnung erforderlich ist. Dies ist bei Fallgestaltungen, bei denen es auf ein vom Arbeitnehmer gebildetes Vertrauenskapital ankommen kann, aber gerade nicht der Fall.⁵³

V. Verbleib in der Personalakte

Ein gebildetes Vertrauenskapital bleibt nur bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung beanstandungsfrei gewesen ist.⁵⁴ Das BAG hat einen derartigen störungsfreien Verlauf auch dann angenommen, wenn eine in der Vergangenheit erteilte Abmahnung aus der Personalakte genommen wurde.⁵⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit erhalten muss, allgemein Unterlagen, die für ein Vertrauenskapital schädlich sein können, ohne zeitliche Grenzen in der Personalakte zu belassen, um ggf. vor Gericht belegen zu können, dass das Arbeitsverhältnis belastet war und ein Vertrauenskapital zugunsten des Arbeitnehmers nicht – mehr – besteht. Ein Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte gemäß § 1004 BGB scheitert daran, dass das Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung höher einzustufen ist als die evtl. Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers.⁵⁶

Für eine rechtmäßige Abmahnung, die allein aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr geeignet ist, für einen evtl. späteren Kündigungsgrund von Bedeutung zu sein, hat das BAG schon bisher die Möglichkeit eröffnet, derartige Abmahnungen solange in der Personalakte zu belassen, wie sie für die weitere berufliche Entwicklung des Arbeitnehmers noch eine Rolle spielen können.⁵⁷ Im Hinblick auf die neue Bedeutung der Abmahnung im Rahmen einer Interessenabwägung ist dies ohne zeitliche Grenzen der Fall.

Nach der Aufwertung der Interessenabwägung durch das Vertrauenskapital muss dies auch für nicht rechtmäßige Abmahnungen und sonstige Erklärungen, die Pflichtverletzungen dokumentieren, gelten.

Unserer Meinung nach ist in diesem Zusammenhang, ob der Arbeitnehmer die in der Erklärung dokumentierte Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat. Hat er sie begangen, beseitigt die Erklärung ein aufgebautes Vertrauenskapital; hat er sie nicht begangen, besitzt die Erklärung zumindest eine Warnfunktion hinsichtlich der beanstandeten Pflichtverletzung und verhindert den Aufbau eines Vertrauenskapitals hinsichtlich des entsprechenden Pflichtenkreises.⁵⁸

Nicht ausreichend ist, dem Arbeitgeber aufzugeben, die nicht rechtmäßige Abmahnung aus der Personalakte zu nehmen, ihm aber das Recht einzuräumen, sie als mündliche Abmahnung aufrechtzuerhalten.⁵⁹ Der Beweis mündlicher Erklärungen ist – wie oben zur Abmahnung ausgeführt – vom Arbeitgeber regelmäßig nicht zu führen, so dass er sie nicht nutzen kann, um zu belegen, dass ein Vertrauenskapital nicht aufgebaut oder ein bereits aufgebautes Vertrauenskapital aufgezehrt ist.

VI. Fazit

Die Entscheidung des BAG in Sachen Emmely hat dazu geführt, dass bei Arbeitgebern zu Recht der Eindruck entstehen muss, jeder Arbeitnehmer habe eine schwere Pflichtverletzung, insbesondere ein Vermögensdelikt „gut“, wenn er nur langjährig beschäftigt ist. So berechtigt die Kritik ist, so muss dennoch überlegt werden, wie auf diese Rechtsprechung reagiert wird. „Nach der Entscheidung ist vor der Entscheidung“. Der Aufbau eines Vertrauenskapitals wird verhindert, wenn der Arbeitnehmer vor der Pflichtverletzung gewarnt war. Ein bereits vorhandenes Vertrauenskapital wird abgebaut, wenn der Arbeitnehmer eine Störung des Arbeitsverhältnisses dokumentiert. Die aufgezeigten strategischen Möglichkeiten bieten die Chance, die Folgen der Entscheidung möglichst gering zu halten, wobei allerdings bedacht werden muss, dass in die Interessenabwägung zugunsten eines Arbeitnehmers nicht nur ein ggf. noch vorhandenes Vertrauenskapital einfließt. Unabhängig davon ist es wünschenswert, dass das BAG anhand weiterer Fälle bald Gelegenheit erhält, seine Rechtsprechung zu korrigieren oder zumindest die Grenzen deutlicher zu ziehen, als dies bisher geschehen ist.

// Autor

Prof. Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink, Vereinigung Bergischer Unternehmerverbände e.V. (VBU), Wuppertal; Honorarprofessor für Arbeits- und Sozialrecht an der Hochschule Niederrhein.



51 Vgl. BAG, 15.11.2001 – 2 AZR 609/00, BB 2002, 1269.

52 BAG, 9.3.1995 – 2 AZR 644/94, BB 1996, 434.

53 Siehe oben II 1.

54 Siehe oben IV.

55 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 549/09, NZA 2010, 1227.

56 Zum Abwägungsvorgang ausf. Kleinebrink, Abmahnung, 2. Aufl. 2003, Rn. 566 ff.

57 BAG, 30.5.1996 – 6 AZR 537/95, BB 1996, 1892 Ls; BAG, 8.2.1989 – 5 AZR 40/88, ZTR 1989, 236; BAG, 13.4.1988 – 5 AZR 537/86, BB 1988, 1893; a. A. Schrader, NZA 2011, 180; Novara/Knierim, NJW 2011, 1175.

58 Vgl. BAG, 23.6.2009 – 2 AZR 283/08, BB 2010, 255 Ls; siehe oben III.

59 So bisher für eine nicht rechtmäßige Abmahnung z. B. BAG, 30.5.1996 – 6 AZR 537/95, BB 1996, 1892 Ls; BAG, 13.11.1991 – 5 AZR 74/91, BB 1992, 781.