

# Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

5/2024

შედარებითი სამართლის  
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift  
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



5/2024

Deutsch-Georgische  
ZEITSCHRIFT FÜR  
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლაკობითი  
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR  
INTERNATIONALE RECHTLICHE  
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium  
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



**BSH**  
Think Legally.

**MG**  
LAW

in collaboration with  
Andersen Global in Georgia

ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, 2024

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2024

© Autoren, 2024

[www.lawjournal.ge](http://www.lawjournal.ge)

## **Schriftleitung**

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

## **Herausgeber**

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi

Prof. Dr. Olaf Muthorst

Notar Justizrat Richard Bock

Richter Wolfram Eberhard

Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski

Richter Dr. Timo Utermark

Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod

Prof. Tanel Kerikmäe

Hatim Hussain

Daniel Foa

Dimitrios Papadopoulos

Oskar von Cossel

Raphael Kneer

Prof. Dr. Giorgi Khubua

Prof. Dr. Lasha Bregvadze

Prof. Dr. Irakli Burduli

Prof. Dr. Zviad Gabisonia

Frank Hupfeld

Khatuna Diasamidze

Assoz. Prof. Dr. Sulkhan Gamqrelidze

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili

Assoz. Prof. Lado Sirdadze

David Maisuradze

Prof. Dr. Marine Kvachadze

Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani

Rechtsanwalt Temur Bigvava

Rechtsanwalt Zviad Batiashvili

Khatia Papidze

Dr. Archil Chochia

Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze

Demetre Egnatashvili

Rechtsanwalt Ketevan Buadze

Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze

Tornike Darjania

Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili

Razhden Kuprashvili

Sulkhan Gvelesiani

Natali Gogishvili

## **Technische Unterstützung und**

### **Layout**

David Maisuradze

### **Arbeitsgruppe**

Sopo Zarandia

Nino Kavshbaia

Tatia Jorbenadze

Ana Baiadze

Tilman Sutor



# Inhaltsverzeichnis

## AUFSÄTZE

<b>Verhaltensbedingte fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in Deutschland</b>	<b>7</b>
<i>Ulrich Hagenloch</i>	
<b>Reflective Loss of Partners due to Damages Suffered by Company</b>	<b>34</b>
<i>Giorgi Rusiashvili</i>	

## RECHTSPRECHUNG

<b>OGH-Entscheidung vom 16. Januar 2014, Nr. As-189-182-2013</b> ( <i>Maisuradze</i> )	<b>47</b>
<b>Verfassungsgericht Georgiens, Beschluss vom 26. Juni 2015, Nr. 3/4/550</b> ( <i>Maisuradze</i> )	<b>43</b>



# Verhaltensbedingte fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in Deutschland

Ulrich Hagenloch

Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Gesetzliche Regelungen</b> .....	1
<b>B. Allgemeiner Maßstab</b> .....	2
1. Praktische Vorgehensweise .....	2
a) Zweistufige Prüfung .....	2
b) Darlegung der Gründe .....	3
2. Grundzüge der Interessenabwägung .....	3
3. Abmahnung .....	3
a) Allgemeine Voraussetzungen .....	4
b) Milderer Mittel .....	4
c) Besonders schwerwiegende Verstöße .....	5
4. Verdachtskündigung .....	5
a) deutsche Rechtslage .....	5
b) georgische Rechtslage .....	6
5. Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit .....	7
6. Gleichbehandlung, Auswahlmessen .....	7
a) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	7
b) Auswahlmessen .....	8
7. Kündigungsfrist .....	8
a) deutsche Rechtslage .....	8
aa) Kenntnis der Tatsachen .....	8
bb) Abgrenzung zur groben Fahrlässigkeit, treuwidrige Verzögerung .....	8
cc) Maßgebliches Organ bei juristischer Person .....	9
b) georgische Rechtslage .....	9
8. Beispiel aus Rechtsprechung .....	10
<b>C. Typen von Pflichtverletzungen</b> .....	11
I. Arbeitszeiterfassung, Spesen- und Reisekostenabrechnung	11
1. Vorbemerkung .....	11
II. Generelle Eignung für Kündigung aus wichtigem Grund .....	12
a) Erfassung der Arbeitszeit .....	12
b) Abrechnungsbetrug .....	12
3. Vorsatz .....	13
4. Abmahnung .....	13
II. Diebstahl, Veruntreuung, Betrug .....	14
1. Darlegungs- und Beweislast .....	15
2. Abmahnung .....	16
3. Handlungen zum Nachteil der Kunden .....	17
4. Vorgetäuschte Erkrankung .....	18
III. Innerbetriebliche Konflikte, Rufschädigungen .....	18
1. Verbale Äußerungen .....	18
a) Ausstrahlungen der Meinungsfreiheit .....	19
b) Beleidigungsfreie Sphäre .....	20
c) Drohungen .....	21
2. Sexuelle Belästigung, Diskriminierungen, Tätlichkeiten .....	22
3. Abmahnung .....	23
IV. Äußerungen gegenüber Dritten .....	24
1. Unterrichtung der zuständigen Behörden .....	24
a) Whistleblower .....	24
b) Strafanzeigen u.a. .....	25
2. Schritt an die Öffentlichkeit .....	25
3. Geschäftsschädigungen .....	26
4. Abmahnung .....	26
V. Schlechterfüllung der Arbeitspflichten .....	26
1. Anforderungen an Schlechterfüllung .....	26
2. Schlechterfüllung als Grund für fristlose Kündigung .....	28
a) Vorsätzliche Herbeiführung von Schäden oder Schadensrisiken .....	29
b) Menschliches Versagen mit hohem Schadenspotential .....	30
c) Arbeitsversäumnis .....	31
3. Missachtung von Weisungen .....	31
4. Außerdienstliches Verhalten .....	32
5. Störungen des Betriebsfriedens .....	33

## A. Gesetzliche Regelungen

In Deutschland gibt es keine gesonderten gesetzlichen Regelungen über die Voraussetzungen für die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. Maßgeblich ist folgende für alle Dienstverträge geltende Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB):

### § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund

(1) Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertrags- teil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die

*Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.*

*(2) Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.*

Neben dieser das Dienstvertragsrecht betreffenden gesetzlichen Bestimmung enthält § 314 Abs. 1 BGB für Dauerschuldverhältnisse eine inhaltlich § 626 Abs. 1 BGB weitgehend entsprechende Regelung. Diese Norm wird aber nach allgemeiner Auffassung bei Arbeitsverträgen (und bei anderen Dienstverträgen) durch § 626 BGB als *lex specialis* verdrängt.<sup>1</sup> Die inhaltliche Ausfüllung dieser gesetzlichen Regelung ist den Gerichten übertragen. In Deutschland besteht hierfür mit den Arbeitsgerichten eine eigenständige Gerichtsbarkeit.

Das Fehlen einer mit Art. 47 Nr. 1 lit. g und h des georgischen Arbeitsgesetzbuches (künftig: ArbG) vergleichbaren gesetzlichen Regelung bedeutet nicht, dass die Rechtslagen bei einer fristlosen Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen in Georgien und in Deutschland im Ergebnis wesentlich voneinander abweichen. Dies beruht darauf, dass Art. 47 Nr. 1 lit. g und h ArbG lediglich die nach Art. 399 ZGB für die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses erforderlichen wichtigen Gründe konkretisiert und diese wiederum mit jenen in § 626 BGB übereinstimmen.

Auf die in Deutschland zu beachtenden Vorgaben des Betriebsverfassungsrechts und des Personalvertretungsrechts wird im Folgenden nicht eingegangen, da die Rechtslage in Georgien insoweit anders gestaltet ist. Ebenso wenig werden tarifvertragliche Vereinbarungen und die spezifisch deutschen Regelungen

des Kündigungsschutzgesetzes berücksichtigt.

## B. Allgemeiner Maßstab

Die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung sind gemäß § 626 Abs. 1 BGB (insoweit mit Art. 399 Nr. 1 ZGB vergleichbar) erfüllt, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsvertrages nicht zugemutet werden kann.

### 1. Praktische Vorgehensweise

#### a) Zweistufige Prüfung

Die Entscheidung über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung erfordert eine zweistufige Prüfung.

Zunächst ist zu beurteilen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, also typischerweise, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen kann. Danach ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile (jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist) zumutbar ist oder nicht.<sup>2</sup>

Diese Zweistufigkeit der Prüfung ist auch im georgischen Recht angelegt. Durch Art. 47 Nr. 1 lit. g und h ArbG werden lediglich die allgemein für ein Dauerschuldverhältnis in Art. 399 ZGB niedergelegten Grundsätze für den Arbeitsvertrag konkretisiert. Übergeordneter Maßstab für die Wirksamkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund bleibt daher auch in Georgien, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder

<sup>1</sup> Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 314 BGB, Rn. 15; Weth in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 314 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 62; S. 177; Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag Drucksache 14/6040 (<https://dserver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>).

<sup>2</sup> BAG (Bundesarbeitsgericht), Urteil vom 14. Dezember 2023 - 2 AZR 55/23 - NJW 2024, 613, juris Rn. 14; BAG, Urteil vom 27. Juni 2019 - 2 AZR 50/19 - ZIP 2020, 44, juris Rn. 12; BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - BAGE 146, 161, juris Rn. 44; BAG, Urteil vom 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - BAGE 118, 104, juris Rn. 19.

nicht. Anders formuliert: Die in Art. 47 Nr. 1 lit. g und h ArbG genannten Gründe besagen nur, unter welchen Voraussetzungen eine fristlose Kündigung "an sich" wirksam sein kann. Zusätzliches Erfordernis für die Wirksamkeit ist aber, dass die auf der zweiten Stufe erforderliche Interessenabwägung im Einzelfall zu Gunsten des Arbeitgebers ausfällt.

## b) Darlegung der Gründe

**Die Wirksamkeit der Kündigung richtet sich bei einer verhaltensbedingten fristlosen Kündigung nach den vom Arbeitgeber vorgetragene(n) und ggf. in einem Rechtsstreit bewiesenen Tatsachen.**

**Hierbei sind auch die den Arbeitnehmer entlastenden Umstände zu berücksichtigen (dazu unten C. II. 1.). Wie nachfolgend für einige Kündigungsgründe noch näher dargestellt wird, heißt das aber nicht, dass ein Arbeitgeber bei einer auf ein konkretes Fehlverhalten des Arbeitnehmers gestützten fristlosen Kündigung (sog. Tat Kündigung) nach etwa den Arbeitnehmer entlastenden Umständen geradezu forschen müsste. Dies gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer solche Gesichtspunkte nicht vorträgt.<sup>3</sup>**

## 2. Grundzüge der Interessenabwägung

Ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz des Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung (jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist) zumutbar ist, hängt davon ab, ob bei einer Würdigung aller Umstände das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an dem Fortbestand des Arbeitsvertrages überwiegt (sog. Interessenabwägung).<sup>4</sup> Die Interessenabwägung erfordert mithin eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine

fristlose Kündigung keine Sanktion für das pflichtwidrige Verhalten darstellt. Sie soll vielmehr künftige Störungen des Arbeitsverhältnisses vermeiden.<sup>5</sup> *Sie ist also in ihrer Zielrichtung nicht vergangenheitsbezogen, sondern zukunftsorientiert.*

*Dieser Zweck der fristlosen Kündigung besagt jedoch nicht, dass sie bereits deshalb unwirksam ist, weil nicht zu erwarten steht, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten erneut verletzen wird. Es gibt nämlich Pflichtverletzungen, die derart gravierend sind, dass sie die für ein Arbeitsverhältnis notwendige Vertrauensbasis selbst dann dauerhaft zerstören, wenn eine Wiederholung nicht zu befürchten ist (dazu unten 3. a) und c)).*

*Für die Interessenabwägung relevant sind im Regelfall vor allem das Gewicht und die Auswirkungen der Pflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und ggf. dessen bisher störungsfreier Verlauf. Eine fristlose Kündigung kommt wegen des Verhältnismäßigkeitsgebots nur in Betracht, wenn dem Arbeitgeber mildere Reaktionsmöglichkeiten, vor allem eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung, nicht zuzumuten sind.<sup>6</sup>*

*Eine schonendere Alternative stellt denkmöglich auch eine interne Versetzung dar.<sup>7</sup> Diese hat aber eine sehr geringe praktische Bedeutung, da sie in aller Regel nicht geeignet ist, die durch die schwere Pflichtverletzung entstandene Störungslage zu beseitigen (weiterhin zerstörtes Vertrauen; keine Eignung des Arbeitnehmers für andere Tätigkeit; keine reduziertes Gefährdungspotential bei einer anderen Tätigkeit; keine freie in Betracht kommende Stelle usw.). Die interne Versetzung wird daher im Folgenden nicht mehr behandelt.*

<sup>3</sup> zum Ganzen: BAG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - NZA 2016, 161, juris Rn. 38.

<sup>4</sup> BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 28; BAG, Urteil vom 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - BAGE 161, 198, juris Rn. 54; BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - BAGE 159, 267, juris Rn. 26.

<sup>5</sup> BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 29 und 38; BAG, Urteil vom 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - juris Rn. 40; BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - BAGE 159, 267, juris Rn. 27.

<sup>6</sup> zum Ganzen: BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 29; BAG, Urteil vom 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - juris Rn. 40; BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - BAGE 159, 267, juris Rn. 27.

<sup>7</sup> Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 8 Sa 107/23 - juris Rn. 20; Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 27. Januar 2023 - 13 Sa 1007/22 - juris Rn. 52.

### 3. Abmahnung

Von den Umständen des Einzelfalles, also der Verhältnismäßigkeit von Anlass und Reaktion, hängt ab, ob eine fristlose Kündigung ohne vorhergehende Abmahnung möglich ist oder erst nach einer solchen.<sup>8</sup>

#### a) Allgemeine Voraussetzungen

Eine Abmahnung stellt zwar gegenüber einer Kündigung das mildere Mittel dar.<sup>9</sup> Sie ist aber vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung nicht erforderlich, wenn entweder vom Arbeitnehmer eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach einer Abmahnung nicht zu erwarten steht oder wenn es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass deren Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist.<sup>10</sup>

Bei einer besonderen Schwere der Pflichtverletzung kommt es deshalb nicht darauf an, ob bereits von einer Abmahnung als dem milderen Mittel eine künftige Vertragstreue des Arbeitnehmers zu erwarten wäre.<sup>11</sup> Ohne Belang ist dann auch, ob das Arbeitsverhältnis zuvor einen beanstandungsfreien Verlauf genommen hat oder ob der Arbeitnehmer in absehbarer Zeit den Ruhestand erreicht und damit das Arbeitsverhältnis ohnehin alsbald enden wird.<sup>12</sup>

*Bei den verhaltensbedingten Kündigungsgründen wird im deutschen Recht teilweise zwischen den Störungen des sog. Vertrauensbereichs und den Störungen des sog. Leistungsbereichs differenziert. Dem Leistungsbereich werden Pflichtverletzungen zugeordnet, die darin liegen, dass die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht oder nicht vertragsgemäß*

*erbracht wird, etwa indem der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit unerlaubt anderen Tätigkeiten nachgeht oder indem ihm bei der Arbeit Fehler unterlaufen, wie etwa falsche Buchungen oder die Produktion von Ausschuss (dazu unten C. V.). Der Vertrauensbereich ist betroffen, wenn der Kern der Pflichtverletzung in der Enttäuschung des mit jedem Arbeitsverhältnis verbundenen gegenseitigen Vertrauensvorschlusses liegt (dazu unten C. I bis IV). In der früheren Rechtsprechung wurde bei einer Störung des Leistungsbereichs vor einer fristlosen Kündigung eine Abmahnung eher für erforderlich erachtet und bei einer Störung im Vertrauensbereich eher nicht. Diese Tendenzen sind zwar in der neueren Rechtsprechung noch vorhanden; die Übergänge sind aber inzwischen etwas fließender geworden.<sup>13</sup>*

#### b) Milderes Mittel

Beruhet die Pflichtverletzung auf einem sog. steuerbaren (gemeint: willentlich beeinflussbaren) Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann.<sup>14</sup> Es spricht deshalb im Regelfall viel dafür, dass ein Arbeitnehmer bereits durch eine Abmahnung davon abgehalten werden kann, seinen Arbeitsplatz durch eine Wiederholung seines pflichtwidrigen Verhaltens erneut aufs Spiel zu setzen.<sup>15</sup>

Einer vorherigen Abmahnung bedarf es deshalb insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 14. Dezember 2023 - 2 AZR 66/23 - NJW 2024, 527, juris Rn. 23; BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27.

<sup>9</sup> BAG, Urteil vom 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - BAGE 177, 25, juris Rn. 12; BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27.

<sup>10</sup> BAG, Urteil vom 14. Dezember 2023 - 2 AZR 66/23 - NJW 2024, 527, juris Rn. 23; BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27; BAG, Urteil vom 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - BAGE 177, 25, juris Rn. 12.

<sup>11</sup> BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27; BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 24.

<sup>12</sup> BAG, Urteil vom 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - BAGE 177, 25, juris Rn. 19; BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27.

<sup>13</sup> vgl. BAG, Urteil vom 19. April 2012 - 2 AZR 258/11 - NZA-RR 2012, 567, juris Rn. 15; BAG, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - NJW 2011, 2905, juris Rn. 18; BAG, Urteil vom 12. Mai 2010 - 2 AZR 845/08 - NZA 2010, 1348, juris Rn. 29; Riesenhuber in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 626 BGB, Rn. 58.

<sup>14</sup> BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 28; BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 23; BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 30.

<sup>15</sup> BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27.

<sup>16</sup> BAG, Urteil vom 21. Juni 2001 - 2 AZR 30/00 - ZTR 2002, 45,

Der Abmahnung kommt dann die Funktion eines „Warnschusses“ zu, mit dem ihm der Ernst der Lage vor Augen geführt wird. Grundsätzlich ändert sich hieran bei Störungen im Vertrauensbereich nichts,<sup>17</sup> so etwa wenn ein Arbeitnehmer davon ausgeht, dass sein Arbeitgeber bei einer Abrechnung von Reisekosten kleine Aufrundungen bei der Reisedauer toleriere.

### c) Besonders schwerwiegende Verstöße

Bei besonders schwerwiegenden Verstößen ist eine Abmahnung hingegen im Regelfall entbehrlich. In diesen Fällen spricht viel dafür, dass das pflichtwidrige Verhalten das für ein Arbeitsverhältnis notwendige Vertrauen auf Dauer zerstört hat.<sup>18</sup> Praktisch bedeutet dies, dass bereits die besondere Schwere der Pflichtverletzung für sich gesehen die Basis für eine weitere Zusammenarbeit irreparabel entfallen lässt; und zwar unabhängig davon, ob eine Wiederholungsgefahr von vornherein nicht besteht oder mit einer Abmahnung abgewendet werden könnte.

Für die Bewertung der Schwere einer Pflichtverletzung kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Dazu gehören etwa die Art und das Ausmaß der Pflichtwidrigkeit, ihre Folgen für den Arbeitgeber, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die Situation, in der sie sich ereignete. Sonstige Umstände, die Gegenstand der weiteren Interessenabwägung sein können, wie etwa ein bislang unbelastetes Arbeitsverhältnis, haben dagegen bei der Prüfung der Schwere der Pflichtverletzung außer Betracht zu bleiben.<sup>19</sup> Sie werden erst von Belang, wenn nicht bereits die besondere Schwere der Pflichtverletzung einen wichtigen Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen vermag. Das heißt, dass in der Person des Arbeitnehmers liegende Umstände in die Interessenabwägung nicht einzustellen sind, so-

fern bereits die besondere Schwere der Pflichtverletzung das den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer verbindende Band vollständig durchtrennt hat. Zu diesen bei besonders schwerwiegenden Verstößen nicht zu berücksichtigenden Umständen zählen beispielsweise eine lange Betriebszugehörigkeit, eine Schwerbehinderung, bislang gute Leistungen, fehlende berufliche Alternativen (etwa bei Kirchenmusikern oder bei sonstigen Experten auf einem sehr engen Arbeitsmarkt) oder die sozialen Verhältnisse des Arbeitnehmers (etwa Unterhaltspflichten gegenüber den von seinem Einkommen lebenden Familienangehörigen).

## 4. Verdachtskündigung

### a) deutsche Rechtslage

Lässt sich eine schwere Pflichtverletzung nicht mit letzter Sicherheit feststellen, kann ausnahmsweise eine fristlose Verdachtskündigung in Betracht kommen:

Jedes Arbeitsverhältnis setzt als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis ein gewisses gegenseitiges Vertrauen der Vertragspartner voraus. Dieses Vertrauen kann nicht nur bei einer nachgewiesenen Pflichtverletzung, sondern unter gewissen Umständen bereits durch den dringenden Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung zerstört sein. Dies wiederum kann zu einem Eignungsmangel führen, der einem verständig und gerecht abwägenden Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.<sup>20</sup>

Hinsichtlich der Tatsachengrundlagen unterscheidet sich die Verdachtskündigung von der Tatkündigung beim Maß der Überzeugungsbildung. Bei einer Tatkündigung müssen die eine fristlose Kündigung rechtfertigenden tatsächlichen Umstände unstreitig oder bewiesen sein. Auf die Darlegung und den Beweis dieses für die Kündigung relevanten Geschehensablaufs kann sich der Arbeitgeber für die Verfolgung seiner Rechte im Rahmen einer Tatkündigung im Wesentlichen konzentrieren (näher unter C. II. 1.).

Wie bereits erwähnt, kommt es hingegen bei der

juris Rn. 47.

<sup>17</sup> BAG, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - NJW 2011, 2905, juris Rn. 18; BAG, Urteil vom 19. April 2012 - 2 AZR 258/11 - NZA-RR 2012, 567, juris Rn. 15.

<sup>18</sup> BAG, Urteil vom 16. Dezember 2021 - 2 AZR 356/21 - BAGE 177, 25, juris Rn. 19; BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - 2 AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27; BAG, Urteil vom 19. April 2012 - 2 AZR 156/11 - NJW 2012, 3674, juris Rn. 19; vgl. auch BAG, Urteil vom 14. Dezember 2023 - 2 AZR 55/23 - NJW 2024, 613, juris Rn. 19 f.

<sup>19</sup> BAG, Urteil vom 20. Mai 2021 - AZR 596/20 - BAGE 175, 94, juris Rn. 27.

<sup>20</sup> Vgl. BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - BAGE 165, 255, juris Rn. 21 ff.

Verdachtskündigung darauf an, ob der Arbeitnehmer auf Grund des dringenden Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung einen Eignungsmangel aufweist.<sup>21</sup> Handelt es sich damit bei der fristlosen Verdachtskündigung aber nicht um eine „unterentwickelte Tatkündigung“, sondern um eine personenbedingte Kündigung,<sup>22</sup> kann sie nur begründet sein, wenn der Arbeitgeber (über den Umfang seiner stärker auf den konkreten Geschehensablauf fokussierten Darlegungslast bei der Tatkündigung hinaus) alle ihm zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternimmt.<sup>23</sup>

Die Unschuldsvermutung steht der Zulässigkeit einer Verdachtskündigung nicht entgegen. Art. 6 Abs. 2 EMRK und die Grundrechte hindern grundsätzlich nur, Rechtsfolgen mit einem Strafcharakter an den bloßen Verdacht, also nicht den Nachweis, einer strafbaren Handlung zu knüpfen.<sup>24</sup> Dies ist aber bei der Verdachtskündigung mangels einer sanktionierenden Wirkung ebenso wenig der Fall wie bei einer Tatkündigung (vgl. zur Tatkündigung unten B. I. 2. und 4.).

Die Ausstrahlungen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) [in etwa vergleichbar mit Art. 26 der Verfassung Georgiens]) erfordern jedoch einen besonderen Schutz des Arbeitsverhältnisses und damit zugleich eine besondere Legitimationen für eine auf einem bloßen Verdacht beruhende Kündigung.<sup>25</sup> Diese kann deshalb nur gerechtfertigt sein, wenn starke, auf objektiven Tatsachen beruhende Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses er-

forderliche Vertrauen zu zerstören. Zudem muss der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts, also auch hinsichtlich etwaiger entlastender Umstände, unternommen und dem Arbeitnehmer (anders als ansonsten beim Ausspruch einer fristlosen Kündigung) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben.<sup>26</sup> Der Verdacht muss auf konkrete (unstreitige oder bewiesene) Tatsachen gestützt sein und mit großer Wahrscheinlichkeit zutreffen.<sup>27</sup>

Entscheidungen in Strafverfahren binden die über die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung befindenden Gerichte für Arbeitsachen nicht. Diese haben vielmehr alle relevanten Umstände selbst zu würdigen und an Hand ihres Beweismaßstabes (große Wahrscheinlichkeit, nicht vollständiger Tatnachweis) zu bewerten. Gleichwohl stellt ein Freispruch im Strafverfahren ein den Arbeitnehmer entlastender Aspekt dar, den die Gerichte für Arbeitsachen zu berücksichtigen haben.<sup>28</sup>

## b) georgische Rechtslage

Diese Grundsätze der deutschen Rechtsprechung dürften auf Georgien übertragbar sein.

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Verdachtskündigung um keine Tatkündigung, sondern um eine Kündigung mangels einer (auf einem dringenden Tatverdacht beruhenden) fehlenden persönlichen Eignung. Die Verdachtskündigung unterliegt daher in Georgien nicht dem Anwendungsbereich von Art. 47 Nr. 1 lit. g und h ArbG, da diese Regelungen ausschließlich Tatkündigungen betreffen.

Die (im Ausgangspunkt zutreffende) georgische Rechtsauffassung, wonach Art. 47 ArbG Vorrang gegenüber Art. 399 ZGB i.V.m. Art. 1 Nr. 2 ArbG habe, erstreckt sich nicht auf Kündigungsgründe, die - wie die fristlose Verdachtskündigung - in Art. 47 ArbG überhaupt nicht geregelt sind. Zwar kann einer spezialgesetzlichen Regelung ein abschließender Charakter

<sup>21</sup> BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - BAGE 165, 255, juris Rn. 23 ff.

<sup>22</sup> so BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - BAGE 165, 255, juris Rn. 23 ff. Diese personenbedingte fristlose Kündigung wird hier über den eigentlich zu behandelnden Themenkreis hinaus angesprochen, weil sie eng mit der Tatkündigung verwoben ist.

<sup>23</sup> BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - BAGE 165, 255, juris Rn. 96; BAG, Urteil vom 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - NJW 2017, 3547, juris Rn. 22.

<sup>24</sup> vgl. im Einzelnen: EGMR, Urteil vom 23. Januar 2018 - application no. 15374/11 - [Güç/Türkei] Rn. 38 ff. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng>); EGMR, Urteil vom 18. Oktober 2016 - application no. 21107/07 - [Alkaşi/Türkei] Rn. 30 ff. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng>); BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - BAGE 165, 255, juris Rn. 23.

<sup>25</sup> BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - BAGE 165, 255, juris Rn. 26.

<sup>26</sup> vgl. zur Anhörungspflicht: BAG, Urteil vom 27. September 2022 - 2 AZR 508/21 - NJW 2023, 99, juris Rn. 29; BAG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - NZA 2016, 161, juris Rn. 38.

<sup>27</sup> zum Ganzen: BAG, Urteil vom 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - NJW 2017, 3547, juris Rn. 22; BAG, Urteil vom 17. März 2016 - 2 AZR 110/15 - juris Rn. 39.

<sup>28</sup> BAG, Urteil vom 2. März 2017 - 2 AZR 698/15 - NJW 2017, 3547, juris Rn. 24.

selbst für in ihr nicht geregelte Fallgestaltungen zukommen. Dagegen spricht aber hier entscheidend, dass die Kündigung aus wichtigem Grund ein elementares Prinzip jedweden Dauerschuldverhältnisses ist, da es zum Ausdruck bringt, dass niemand dauerhaft an einer Rechtsbeziehung festgehalten werden kann, deren Fortsetzung ihm bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht mehr zuzumuten ist. Nach der gesamten Konzeption des ArbG besteht kein Anhalt dafür, dass der Gesetzgeber an diesem Grundprinzip rütteln und Art. 47 Nr. 1 lit. g und h ArbG einen abschließenden Charakter für alle (auch vom normativen Regelungsgegenstand nicht betroffene) Kündigungsgründe aus wichtigem Grund beimessen wollte. Es spricht deshalb alles dafür, gemäß Art. 1 Nr. 2 ArbG die allgemeine schuldrechtliche Regelung des Art. 399 Nr. 1 ZGB auf Arbeitsverhältnisses insoweit anzuwenden, als sich die fristlose Kündigung nicht als Tat Kündigung darstellt.

Wegen der praktischen Auswirkungen dieser Frage wird auf das unter 8. behandelte Beispiel des Mitarbeiters einer Bank verwiesen, der in den dringenden Verdacht geraten ist, sich außerdienstlich in gravierendem Umfang an einer Geldwäsche beteiligt zu haben. Im georgischen Recht wäre insoweit der Anwendungsbereich von Art. 47 Nr. 1 lit. g und h ArbG nicht eröffnet, da zwar ein dringender Tatverdacht bestand, aber nicht mit letzter Sicherheit der Tatnachweis gelungen ist. Dem Kreditinstitut wäre es bei einer Sperrwirkung von Art. 47 Nr. 1 lit. g und h ArbG nicht über eine personenbedingte fristlose Kündigung möglich, sich von einem solchen Mitarbeiter zu trennen; und dies obwohl ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 399 Nr. 1 ZGB wegen des dem Kreditinstitut ohne eine fristlose Kündigung drohenden erheblichen (weiteren) Reputationsschadens (in Deutschland zusätzlich wegen des aus dem Geldwäschegesetz folgenden Beschäftigungsverbots) eher auf der Hand liegen dürfte.

## 5. Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist

Ausnahmsweise kann eine sog. außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist in Betracht kommen.

Dem Arbeitgeber ist es im Rahmen seines Auswahlermessens eröffnet, eine außerordentliche Kündigung nicht mit sofortiger Wirkung auszusprechen, sondern dem Arbeitnehmer aus ausschließlich sozialen Erwägungen (etwa Unterhaltspflichten gegenüber den Familienangehörigen) eine Übergangsfrist bis zum Wirksamwerden seines Ausscheidens einzuräumen. Die Gewährung einer solchen Übergangsfrist ändert aber nichts daran, dass die Voraussetzungen für eine sofort wirksam werdende fristlose Kündigung vorliegen müssen.<sup>29</sup> Da es sich hierbei um eine rein soziale Wohltat handelt, erlaubt sie (anders als ggf. eine verzögerte Entscheidung über den Ausspruch der Kündigung) nicht den Schluss darauf, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumindest bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist objektiv zumutbar (und damit eine außerordentliche Kündigung wirkungslos) sei.<sup>30</sup>

Der Arbeitnehmer hat aber allenfalls ausnahmsweise einen Anspruch darauf, dass ihm der Arbeitgeber eine solche soziale Auslauffrist gewährt.<sup>31</sup> Sie ist grundsätzlich ein Benefit und nicht ein Recht.

## 6. Gleichbehandlung, Auswahlermessen

### a) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Da die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung von einer Abwägung der Umstände des konkreten Einzelfalles abhängt, ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nur in Ausnahmefällen anwendbar.<sup>32</sup> Eine mittelbare Auswirkung auf die Interessenabwägung kann der Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch haben, wenn der Arbeitgeber bei gleicher Ausgangslage (gleichartige Pflichtverletzungen; gleiches Maß an Verschulden usw.) nicht allen beteiligten Arbeitnehmern kündigt und daraus ggf. zu schließen ist,

<sup>29</sup> BAG, Urteil vom 14. Dezember 2023 - 2 AZR 66/23 - NJW 2024, 527, juris Rn. 12; BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - ZTR 2015, 706, juris Rn. 30.

<sup>30</sup> BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - ZTR 2015, 706, juris Rn. 30; tendenziell anders, aber zweifelhaft: BAG, Urteil vom 6. Februar 1997 - 2 AZR 51/96 - juris Rn. 19.

<sup>31</sup> BAG, Urteil vom 14. Dezember 2023 - 2 AZR 66/23 - NJW 2024, 527, juris Rn. 15; BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - ZTR 2015, 706, juris Rn. 30.

<sup>32</sup> BAG, Urteil vom 7. Mai 2020 - 2 AZR 678/19 - BAGE 170, 191, juris Rn. 32; BAG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - NZA 2016, 161, juris Rn. 76.

dass es für ihn zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis auch mit den gekündigten Arbeitnehmern fortzusetzen.<sup>33</sup> Greift sich ein Arbeitgeber bei gleichgelagerten Pflichtverletzungen willkürlich einen von mehreren vergleichbar beteiligten Arbeitnehmern heraus, kommt der Gleichbehandlungsgrundsatz unmittelbar zum Tragen.<sup>34</sup>

## b) Auswahlermessen

Dem Arbeitgeber kommt bei der Frage, ob und wie er auf Pflichtverletzungen reagiert, ein Auswahlermessen zu. Der Rechtsordnung setzt zwar durch das Verhältnismäßigkeitsgebot Grenzen nach oben. Innerhalb des rechtlich zulässigen Spektrums möglicher Maßnahmen kann der Arbeitgeber aber nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, also ggf. auch niederschwelliger reagieren als rechtlich möglich. Eingeschränkt ist dieses Auswahlermessen, soweit die Pflichtwidrigkeit des Arbeitnehmers in einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liegt (dazu unten C. III. 2.) und/oder soweit die Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Arbeitnehmern ein Einschreiten gebietet, etwa zum Schutz des Betriebsfriedens oder zum Schutz der Gesundheit der anderen Arbeitnehmer (dazu unten C. V. 5.).

## 7. Kündigungsfrist

### a) deutsche Rechtslage

Eine fristlose Kündigung muss gemäß § 626 Abs. 2 BGB innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erfolgen.

#### aa) Kenntnis der Tatsachen

Die Kündigungsfrist (präziser: Die Frist zur Entscheidung über die Kündigung) beginnt, sobald der Arbeitgeber eine zuverlässige und hinreichend vollständige Kenntnis von jenen Tatsachen erhält, die er für eine Entscheidung über eine etwaige fristlose

Kündigung benötigt. Eine solche Kenntnis hat der Arbeitgeber, wenn er alles in Erfahrung gebracht hat, was als notwendige Grundlage für eine Entscheidung über den Fortbestand oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses anzusehen ist.<sup>35</sup>

Wie bereits angesprochen, gehören zu den maßgebenden Tatsachen zwar auch die gegen eine Kündigung sprechenden Umstände.<sup>36</sup> Das besagt aber nicht, dass die Kündigungsfrist nur deshalb nicht in Gang gesetzt wird, weil es möglicherweise den Arbeitnehmer entlastende Umstände gibt, von denen der Arbeitgeber zunächst nichts weiß. Vielmehr erfordert das Anlaufen der Kündigungsfrist nur, dass dem Arbeitgeber die zur fristlosen Kündigung berechtigenden Tatsachen im Wesentlichen bekannt sind und nur noch zusätzliche Ermittlungen, etwa zu den gegen eine Kündigung sprechenden Umständen, in Betracht kommen.<sup>37</sup>

Besteht die Pflichtverletzung aus fortgesetzten Handlungen, beginnt die Frist zur Entscheidung über die Kündigung erst mit Kenntnis des letzten jener Vorfälle, die in ihrer Gesamtheit zum Anlass für eine Kündigung genommen werden.<sup>38</sup> Dies gilt insbesondere, wenn erst durch das Zusammenwirken mehrerer Pflichtverletzungen dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, also quasi das letzte Vorkommnis (wie es in Deutschland umgangssprachlich heißt) "das Fass zum Überlaufen bringt". **Bei einem sich mit der Zeit entwickelnden Zuwachs an Erkenntnissen steht dem Arbeitgeber ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Es ist ihm auch möglich, eine bereits ausgesprochene fristlose Kündigung vorsorglich erneut zu erklären, wenn sich neue belastende Umstände ergeben.**<sup>39</sup>

<sup>33</sup> BAG, Urteil vom 22. Februar 1979 - 2 AZR 115/78 - BB 1979, 1347, juris Rn. 11.

<sup>34</sup> Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 3. Mai 2022 - 1 Sa 18/21 - CCZ 2022, 372, juris Rn. 77.

<sup>35</sup> BGH (Bundesgerichtshof), Urteil vom 2. Juli 2019 - II ZR 155/18 - ZIP 2019, 1716, juris Rn. 30, für fristlose Kündigung des Organs einer juristischen Person; vgl. BAG, Urteil vom 7. Mai 2020 - 2 AZR 678/19 - BAGE 170, 191, juris Rn. 30.

<sup>36</sup> BAG, Urteil vom 1. Oktober 2020 - 2 AZR 238/20 - NJW 2020, 3741, juris Rn. 13; BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 29.

<sup>37</sup> BAG, Urteil vom 7. Mai 2020 - 2 AZR 678/19 - BAGE 170, 191, juris Rn. 30.

<sup>38</sup> BAG, Urteil vom 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - BAGE 159, 192, juris Rn. 64.

<sup>39</sup> BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - BAGE 137, 54, juris Rn. 18.

### bb) Abgrenzung zur groben Fahrlässigkeit, treuwidrige Verzögerung

Eine grob fahrlässige Unkenntnis setzt die Frist nicht in Gang.<sup>40</sup>

Hiervon zu unterscheiden sind Fallgestaltungen, bei denen dem Arbeitgeber einige Tatsachen bzw. Umstände bekannt sind, die auf einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung hindeuten und einen solchen möglicherweise auch rechtfertigen können. Wegen der dann bestehenden Prognoseunsicherheiten darf der Arbeitgeber nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Kündigungsfrist zu laufen beginnt. Dies gilt aber nur so lange, wie hierfür verständige Gründe vorliegen und der Arbeitgeber mit der gebotenen Eile jene Ermittlungen durchführt, die ihm eine zuverlässigere und umfassendere Kenntnis der relevanten Tatsachen und Beweismittel verschaffen sollen.<sup>41</sup> Soll der Arbeitnehmer vor der Entscheidung über eine fristlose Kündigung angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen, die im Regelfall eine Woche nicht übersteigen darf.<sup>42</sup>

Ohne greifbare Anhaltspunkte für begangene Pflichtverletzungen besteht keine Obliegenheit des Arbeitgebers, Tatsachen zu ermitteln, die den Arbeitnehmer belasten können. Dies widerspricht dem grundsätzlich auf ein gegenseitiges Vertrauen aufbauenden Arbeitsverhältnis, das durch permanente Kontrollen belastet würde.<sup>43</sup> Ein Arbeitgeber verhält sich allerdings treuwidrig, wenn er zielgerichtet verhindert, dass eine zur Kündigung berechtigte Person bereits zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erlangt.<sup>44</sup>

### cc) Maßgebliches Organ bei juristischer Person

Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine juristische Person, ist grundsätzlich die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen Organs maßgeblich. Sind für den Arbeitgeber mehrere Personen gemeinsam vertretungsbe-rechtigt, genügt grundsätzlich die Kenntnis eines von mehreren Gesamtvertretern.<sup>45</sup> Den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen stehen Mitarbeiter gleich, denen der Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen hat. Die Kenntnis anderer Personen ist hingegen unbeachtlich; selbst wenn ihnen Vorgesetzten- oder Aufsichtsfunktionen übertragen worden sind.<sup>46</sup>

### b) georgische Rechtslage

Die Grundzüge dieser Rechtsprechung sind (allerdings ohne die strenge Bindung an die zweiwöchige Frist des deutschen Rechts) auf die georgische Rechtsordnung übertragbar, da Art. 399 Nr. 3 ZGB i.V.m. Art. 1 Nr. 2 ArbG bei einer Kündigung aus wichtigem Grund nicht durch Art. 48 ArbG als *lex specialis* verdrängt wird.

Dem steht bereits entgegen, dass der Regelungsgegenstand beider Normen nicht übereinstimmt. Art. 48 ArbG befasst sich mit der Ausgestaltung des Kündigungsverfahrens, mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Kündigung und mit den verfahrensrechtlichen Befugnissen des Arbeitnehmers. Zudem enthält Art. 48 ArbG materiell-rechtliche Regelungen zur Entschädigung und zur Wiedereinstellung.

Zum Beginn der Kündigungsfrist (präziser: zum Beginn der Entscheidungsfrist des Arbeitgebers) verhält sich Art. 48 ArbG hingegen nicht. Dies ist auch folgerichtig, da der Regelungsgehalt von Art. 48 ArbG nur die Frage betrifft, wie sich ein Arbeitgeber zu verhalten hat, nachdem er sich für den Ausspruch einer

<sup>40</sup> BAG, Urteil vom 1. Oktober 2020 - 2 AZR 238/20 - NJW 2020, 3741, juris Rn. 13; BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 29.

<sup>41</sup> BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 30; BAG, Beschluss vom 27. Juni 2019 - 2 ABR 2/19 - NJW 2020, 419, juris Rn. 23; BAG, Urteil vom 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - BAGE 159, 192, juris Rn. 66.

<sup>42</sup> BAG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - NZA 2016, 161, juris Rn. 54.

<sup>43</sup> vgl. BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 31; BAG, Urteil vom 5. Mai 2022 - 2 AZR 483/21 - ZTR 2022, 613, juris Rn. 16 ff.; BAG, Urteil vom 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - BAGE 163, 239, juris Rn. 30.

<sup>44</sup> BAG, Urteil vom 5. Mai 2022 - 2 AZR 483/21 - ZTR 2022, 613,

juris Rn. 17; BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 32.

<sup>45</sup> BAG, Urteil vom 5. Mai 2022 - 2 AZR 483/21 - ZTR 2022, 613, juris Rn. 12; BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 32; BAG, Urteil vom 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - BAGE 159, 192, juris Rn. 61.

<sup>46</sup> BAG, Urteil vom 5. Mai 2022 - 2 AZR 483/21 - ZTR 2022, 613, juris Rn. 12; BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 570/19 - BAGE 170, 84, juris Rn. 32.

fristlosen Kündigung entschieden hat. Die Kündigungsfrist betrifft hingegen den davor liegenden Zeitraum, also die Frage, welche Entscheidungsfrist dem Arbeitgeber zwischen dem Bekanntwerden des Grundes für eine fristlose Kündigung und deren Ausspruch zur Verfügung steht.

Sind aber Regelungen über den Beginn und die Dauer dieser Entscheidungsfrist im ArbG nicht enthalten und würden deren Bestimmungen insoweit dennoch als abschließend verstanden, hieße dies, dass es bei einer fristlosen Kündigung im georgischen Arbeitsrecht keine Entscheidungsfrist des Arbeitgebers gäbe. Ein solches Ergebnis widerspräche aber Grundprinzipien der Dauerschuldverhältnisse und würde ad absurdum führen, dass eine fristlose Kündigung nur wirksam ist, wenn der Arbeitgeber darlegt und beweist, dass für ihn eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

## 8. Beispiel aus Rechtsprechung

Als Beispiel für eine gerichtliche Entscheidung über eine fristlose Kündigung (hier: Verdachtskündigung) soll folgendes Verfahren dienen (Auszug aus Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23. Oktober 2014 - 21 Sa 800/14 - NZA-RR 2015, 241, Zitate leicht verändert):<sup>47</sup>

Sachverhalt (stark verkürzt und vereinfacht):

*Die Klägerin war bei der beklagten Bank Leiterin des Bereichs Organisation/IT. Sie zahlte auf zwei von ihr unterhaltene Bankkonten innerhalb weniger Jahre Barbeträge in Höhe von rund 770.000.- Euro ein. Die einzelnen Bareinzahlungen beliefen sich auf Beträge zwischen 1.000.- und 14.700.- Euro. Nach den damaligen Regelungen des Geldwäschegesetzes (GWG) mussten sich bar einzahlende Personen ab einem Betrag von 15.000.- Euro gegenüber dem Kreditinstitut identifizieren; an Einzahlungsautomaten lag die Grenze pro Einzahlung bei 14.999.- Euro. Im gleichen Zeit-*

*raum hatte die Klägerin von einem ukrainischen Geschäftsmann, der von ihr ein sanierungsbedürftiges Haus angemietet hatte, Barzahlungen als Miete und als Beitrag zu den Sanierungskosten in Höhe von 897.000.- Euro, unterteilt in Teilbeträgen zwischen 20.000.- Euro und 150.000.- Euro, erhalten. Die (sehr komplexen) Gesamtumstände dieser Transaktionen waren so, dass die Gerichte zwar den dringenden Tatverdacht einer Geldwäsche bejaht, einen Tatnachweis aber nicht als geführt erachtet haben.*

Zu den Maßstäben der rechtlichen Prüfung führt das Landesarbeitsgericht u.a. aus:

*"Randnummer 42*

*a) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer der kündigenden Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob der kündigenden Vertragspartei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (vgl. BAG, Urteil vom 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - BAGE 146, 303, juris Rn. 15).*

*Randnummer 43*

*aa) Als wichtiger Grund „an sich“ geeignet sind nicht nur erhebliche Pflichtverletzungen im Sinne von nachgewiesenen Taten. Auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund bilden. Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und die Arbeitgeberin alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unter-*

<sup>47</sup> mit der Kündigung des Mitarbeiters eines Kreditinstituts wegen des Verdachts der Geldwäsche befassen sich auch das Urteil des Landesarbeitsgericht Hamm vom 24. Oktober 2019 - 17 Sa 1038/18 und das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - NZA 2018, 1405.

nommen, insbesondere der Arbeitnehmerin Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (siehe BAG, Urteil vom 25. Oktober 2012. 2 AZR 700/11 . BAGE 143, 244, juris Rn. 13).

Randnummer 44

bb) Der Verdacht muss auf konkrete - von der Arbeitgeberin darzulegende und ggf. zu beweisende - Tatsachen gestützt sein. Der Verdacht muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft. ... Für die kündigungrechtliche Beurteilung der Pflichtverletzung, auf die sich der Verdacht bezieht, ist ihre strafrechtliche Bewertung nicht maßgebend. Entscheidend sind der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch (BAG, Urteil vom 25. Oktober 2012 - 2 AZR 700/11 - BAGE 143, 244, juris Rn. 14).

Randnummer 45

cc) Eine schwerwiegende Pflichtverletzung kann auch in einer erheblichen und schuldhaften Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten, insbesondere der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht liegen (vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 741/12 - NJW 2014, 1691, juris Rn. 14; BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - BAGE 137, 54, juris Rn. 29). Dies gilt auch für die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten durch außerdienstliches Verhalten (vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 741/12 - NJW 2014, 1691, juris Rn. 15, BAG, Urteil vom 27. Januar 2011- 2 AZR 825/09 - BAGE 137, 54 juris Rn. 31).

Randnummer 46

Nach § 241 Abs. 2 BGB (Hinweis des Autors: in etwa mit Art. 316 Nr. 2 ZGB vergleichbar) ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Eine Arbeitnehmerin ist auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin Rücksicht zu nehmen. Die Pflicht zur Rücksichtnahme kann deshalb auch durch außerdienstliches Verhalten verletzt werden. Allerdings kann ein außerdienstliches Verhalten der Arbeitnehmerin die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin oder anderer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer grundsätzlich nur beeinträchtigen,

wenn es einen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit hat. Das ist der Fall, wenn es negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat (vgl. BAG, Urteil vom 10. April 2014 - 2 AZR 684/13 - NZA 2014, 1197, juris Rn. 14, juris; BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - BAGE 137, 54, juris Rn. 31).

Randnummer 47

b) In Anwendung dieser Grundsätze ist ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung ... gegeben.

Randnummer 48

aa) Nach § 241 Abs. 2 BGB ... traf die Klägerin die Pflicht, sich weder dienstlich noch außerdienstlich an unter Geldwäschegesichtspunkten zweifelhaften Transaktionen oder Geschäften aktiv oder passiv zu beteiligen. Dies ergibt sich aus der Verpflichtung der Beklagten nach dem Geldwäschegesetz, Vorkehrungen gegen Geldwäsche zu treffen und nur solche Personen zu beschäftigen, die als zuverlässig im Sinne des Geldwäschegesetzes anzusehen sind.

Randnummer 49

(1) Als Kreditinstitut ... ist die Beklagte ... verpflichtet, angemessene interne Sicherungsmaßnahmen dagegen zu treffen, dass sie u. a. zur Geldwäsche missbraucht werden kann. ... Daraus folgt zugleich eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht der bei der Beklagten Beschäftigten, sich nicht nur dienstlich, sondern auch außerdienstlich nicht an Transaktionen oder Geschäften zu beteiligen, die die Zuverlässigkeit ... in Frage stellen.

(Hinweis des Autors: Es folgen weitere umfangreiche Darlegungen, die aber nicht mehr die allgemeinen Grundsätze, sondern den konkreten Einzelfall betreffen. Im Ergebnis hat das Landesarbeitsgericht die fristlose Kündigung für wirksam erachtet. Von einem Abdruck wird insoweit abgesehen)."

## C. Typen von Pflichtverletzungen

### I. Arbeitszeiterfassung, Spesen- und Reisekostenabrechnung

#### 1. Vorbemerkung

Die nachfolgend für bewusste Verstöße gegen die Arbeitszeiterfassung dargelegten Kriterien sind zu-

mindest im Kern auch auf andere Fallgestaltungen einer fristlosen Kündigung wegen eines Vertrauensbruchs übertragbar, insbesondere auf eine unzutreffende Spesen- oder Reisekostenabrechnung.

## 2. Generelle Eignung für Kündigung aus wichtigem Grund

### a) Erfassung der Arbeitszeit

Verstößt ein Arbeitnehmer vorsätzlich gegen seine Verpflichtung, die von ihm abgeleistete Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, kann dies zu einer Kündigung aus wichtigem Grund führen. Hierbei ist unerheblich, auf welche Weise die Arbeitszeit erfasst wird (Stempeluhr, elektronisches System usw.).<sup>48</sup> Besonders schwer wiegt die Pflichtverletzung, wenn der Arbeitgeber die Richtigkeit der Angaben nicht ohne Weiteres überprüfen kann und damit in zutreffende Angaben des Arbeitnehmers vertrauen muss und/oder wenn das Vorgehen von einer besonderen Heimlichkeit geprägt ist bzw. mit einer gezielten Manipulation eines elektronischen Zeiterfassungssystems einher geht.<sup>49</sup>

Für die Schwere der Pflichtverletzung kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung als Betrug, sondern vorrangig auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch an.<sup>50</sup> Dieser ist vor allem deshalb gravierend, weil der Arbeitgeber einen Vertrauensvorschuss gegenüber dem Arbeitnehmer erbringt, indem er ihm das Erfassen der Arbeitszeit in eigener Zuständigkeit über-

lässt.<sup>51</sup> Maßgeblich sind folglich nicht die in einem Strafverfahren für eine Strafzumessung relevanten Aspekte oder gar Sanktionserwägungen. Vielmehr geht es darum, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz des schwerwiegenden Vertrauensbruchs zumutbar ist.<sup>52</sup> Von Belang ist in diesem Zusammenhang auch, ob dem Arbeitnehmer eine Führungsfunktion<sup>53</sup> oder eine Vertrauensposition übertragen ist (Kellner, Kassierer, Mitarbeiter im Bereich der Finanzen und Buchhaltung, Mitarbeiter mit Zugriff auf Warenbestand usw.). Nicht zentral ist hingegen, ob der Arbeitnehmer eine zusätzliche Vergütung oder andere Vorteile erstrebt hat. Eine schwere Pflichtverletzung liegt deshalb im Regelfall auch vor, wenn der Arbeitnehmer nicht an feste Arbeitszeiten gebunden ist und ein "Festgehalt" erhält<sup>54</sup> oder wenn die vom vorgespiegelten Überstunden nicht vergütet werden.

Erfolgt ein Verstoß gegen die Vorgaben der Arbeitszeiterfassung im kollusiven Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer, ist die fristlose Kündigung grundsätzlich nicht nur gegenüber dem "begünstigten" Arbeitnehmer berechtigt, sondern auch gegenüber dem an der Manipulation mitwirkenden; so etwa, wenn sich dieser mit dem Code des anderen Mitarbeiters in dessen Arbeitszeitkonto eingeloggt, um eine von diesem nicht geleistete Arbeitszeit vorzutäuschen. An der besonderen Schwere einer derartigen Pflichtverletzung ändert nichts, wenn zwischen beiden eine sehr enge persönliche Beziehung besteht, so dass mit einer solchen gemeinschaftlichen Vorgehensweise beispielsweise beide beteiligten Ehegatten ihre Arbeitsstelle auf das Spiel setzen.<sup>55</sup>

<sup>48</sup> vgl. BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 17; BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - BAGE 146, 161, juris Rn. 54.

<sup>49</sup> zum Ganzen: BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 17 und Rn. 48 ff.; BAG, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - NJW 2011, 2905, juris Rn. 14; BAG, Urteil vom 24. November 2005 - 2 AZR 39/05 - NJW 2006, 1545, juris Rn. 18; BAG, Urteil vom 21. April 2005 - 2 AZR 255/04 - BAGE 114, 264, juris Rn. 33.

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 17; BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - BAGE 146, 161, juris Rn. 54; BAG, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - NJW 2011, 2905, juris Rn. 14; Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 3. Mai 2022 - 1 Sa 18/21 - CCZ 2022, 372, juris Rn. 65; Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 28. März 2023 - 5 Sa 128/22 - NZA-RR 2023, 468, juris Rn. 64.

<sup>51</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15. November 2012 - 10 Sa 270/12 - ZTR 2013, 100, juris Rn. 25.

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 38.

<sup>53</sup> Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 28. Juni 2023 - 6 Sa 11/23 - juris Rn. 65, für Spesenbetrug.

<sup>54</sup> BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - BAGE 146, 161, juris Rn. 54.

<sup>55</sup> vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - BAGE 146, 161, juris Rn. 55; BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - NJW 2019, 1161, juris Rn. 47.

## b) Abrechnungsbetrug

Ein **Abrechnungsbetrug** ist als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung geeignet;<sup>56</sup> und zwar auch, wenn es sich um einen einmaligen Vorfall und/oder um einen geringen Erstattungsbetrag handelt.<sup>57</sup> Das gilt erst Recht bei Arbeitnehmern in einer leitenden Position oder in einer Vertrauensstellung.<sup>58</sup> Aus die Ausführungen zur Arbeitszeiterfassung wird wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen.

## 3. Vorsatz

Ein vorsätzliches Handeln drängt sich bei der Manipulation von Zeiterfassungssystemen und bei wiederholten Verstößen erheblichen Gewichts auf. Von einem (bedingten) Vorsatz ist auch auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer die Eintragungen in das Zeiterfassungssystem nicht zeitnah vornimmt und daher keine verlässlichen Angaben mehr machen kann.<sup>59</sup> Kommt es nur einmal zu einer objektiv unzutreffenden Eintragung geringen Umfangs, kann allerdings aus der objektiven Pflichtverletzung nicht ohne Weiteres auf einen Vorsatz geschlossen werden, so etwa bei der Angabe zum Ende der Mittagspause im Restaurant des Arbeitgebers.<sup>60</sup>

Auch bei der Abrechnung von Spesen und von anderen Aufwendungen führen versehentlich falsche Angaben zumindest in aller Regel nicht zu einem Vertrauensbruch. Von einem bewussten Handeln ist aber bereits dann vor auszugehen, wenn die Unrichtigkeit der Angaben und der auf ihr beruhende rechtswidrige Erfolg für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen werden.<sup>61</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn ein

Arbeitnehmer bei Belegen (Tankrechnungen, Restaurantrechnungen) im Nachhinein nicht mehr die privaten von den beruflichen Aufwendungen verlässlich trennen kann und dann die Angaben mehr oder weniger ins Blaue macht. Im Übrigen gilt auch bei der unzutreffenden Abrechnung von Aufwendungen, dass das Bemühen um eine Verschleierung oder gar eine Manipulation an eingereichten Unterlagen ein gravierendes Indiz für eine Täuschungsabsicht darstellen.<sup>62</sup>

## 4. Abmahnung

Tendenziell ist eine Abmahnung wegen der besonderen Schwere des Vertrauensbruchs entbehrlich, wenn sich der Arbeitnehmer durch manipulative Eingriffe in das Zeiterfassungssystem, etwa durch die Benutzung fremder Zugangscodes, unberechtigten Arbeitslohn erschleicht oder wenn sein Vorgehen von besonderer Heimlichkeit geprägt ist.<sup>63</sup> Demgegenüber wird im Regelfall eine Abmahnung hinreichend sein, wenn der Arbeitnehmer eine zeitnahe Eintragung vereinzelt vergisst und im Nachhinein seine Arbeitszeit an Hand von Erfahrungswerten schätzt. Dies gilt insbesondere, wenn er den Eindruck gewinnen kann, dass der Arbeitgeber Eintragungen aus der groben Erinnerung und die damit verbundenen Ungenauigkeiten toleriere. Auch bei „Aufrundungen“ geringen Umfangs mag der Arbeitnehmer in Sondersituationen zu der (wenn auch ggf. unzutreffenden) Annahme gelangen können, dass der Arbeitgeber insoweit "ein Auge zudrücke."

Eher zur Notwendigkeit einer vorherigen Abmahnung tendiert die Rechtsprechung zudem, wenn der Arbeitnehmer nicht aktiv bewusst Unzutreffendes in das Zeiterfassungssystem einträgt oder das System anderweitig manipuliert, sondern kleinere Pausen ("Raucherpausen") nicht in das Zeiterfassungssystem einbucht, im System fest eingebuchte Arbeitspausen ("Mittagspausen") geringfügig überzieht<sup>64</sup> oder sich

<sup>56</sup> BAG, Urteil vom 11. Juli 2013 - 2 AZR 994/12 - NZA 2014, 250, juris Rn. 22; BAG, Urteil vom 6. September 2007 - 2 AZR 264/06 - NJW 2008, 1097, juris Rn. 23; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 28. Juni 2023 - 6 Sa 11/23 - juris Rn. 65.

<sup>57</sup> BAG, Urteil vom 11. Juli 2013 - 2 AZR 994/12 - NZA 2014, 250, juris Rn. 22; BAG, Urteil vom 6. September 2007 - 2 AZR 264/06 - NJW 2008, 1097, juris Rn. 23.

<sup>58</sup> Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 28. Juni 2023 - 6 Sa 11/23 - juris Rn. 65.

<sup>59</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15. November 2012 - 10 Sa 270/12 - ZTR 2013, 100, juris Rn. 25.

<sup>60</sup> Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 12. April 2018 - 5 Sa 438/17 - juris Rn. 36.

<sup>61</sup> BAG, Urteil vom 11. Juli 2013 - 2 AZR 994/12 - NZA 2014, 250, juris Rn. 22.

<sup>62</sup> Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 28. Juni 2023 - 6 Sa 11/23 - juris Rn. 69.

<sup>63</sup> vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - BAGE 146, 161, juris Rn. 54; BAG, Urteil vom 24. November 2005 - 2 AZR 39/05 - NJW 2006, 1545, juris Rn. 22; Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25. Januar 2022 - 7 Sa 1394/21 - juris Rn. 44.

<sup>64</sup> Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 3. Mai 2022 - 1 Sa 18/21 - CCZ 2022, 372, juris Rn. 65.

pflichtwidrig nicht an seinem Arbeitsplatz aufhält<sup>65</sup> bzw. private Einkäufe erledigt.<sup>66</sup> Allerdings gilt dies nicht für "Raucherpausen" oder sonstige Unterbrechungen (etwa private Einkäufe) erheblichen Umfangs. Dann darf der Arbeitnehmer auch ohne die Warnfunktion einer Abmahnung schlechterdings nicht erwarten, dass der Arbeitgeber das Vertrauen nicht als zerstört erachtet.<sup>67</sup>

Nach einer erfolgten Abmahnung kann bereits eine geringfügig fehlerhafte Zeiterfassung eine fristlose Kündigung (ohne nochmalige Abmahnung) rechtfertigen. Das Landesarbeitsgericht Köln führt hierzu aus (Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 3. Dezember 2020 - 6 Sa 494/20 - juris Rn. 21):

*"Die Tatsache, dass die vom Kläger falsch aufgeschriebene Arbeitszeit nur wenige Minuten von der real geleisteten Arbeitszeit abweicht, lässt den Vertragspflichtverstoß der Verschleierung des Fehlverhaltens nicht in einem milderen Licht erscheinen. Denn bei der Frage der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung geht es nicht um eine repressive Strafzumessung oder Sanktion für begangenes Unrecht in der Vergangenheit, sondern um die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses sowie um die Abwägung von Interessen im Zusammenhang mit der Frage, ob der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses für die Zukunft zumutbar ist (...). Von einer solchen Zumutbarkeit ist gerade nicht auszugehen, wenn die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer wegen eines gleich gelagerten Verschleierungsversuches bereits abgemahnt hatte und nun feststellen muss, dass der auf diese Weise vorgewarnte Arbeitnehmer erneut versucht sie zu täuschen. Für den Tatbestand der Verschleierung der Pflichtverletzung ist der Wert der Pflichtverletzung wenig relevant. Selbst wenn man den Wert berücksichtigen würde, spräche er eher gegen den Kläger, wie es die Beklagte richtig erkannt hat: Wenn sich nämlich der Kläger schon bei geringfügigen Pflichtver-*

*letzungen zu deren Verschleierung hinreißen lässt, ist die Prognose gerechtfertigt, dass dies zukünftig auch bei gewichtigeren Verstößen - und dort erst recht - geschehen wird."*

**Ebenso kann bei einer bewusst falschen Abrechnung von Reisekosten und Spesen wegen des damit verbundenen Vertrauensbruchs bereits eine einmalige Pflichtverletzung eine fristlose Kündigung (ohne vorherige Abmahnung) rechtfertigen. Für einen Arbeitnehmer ist nämlich von vornherein erkennbar, dass Unehrlichkeiten dieser Art vom Arbeitgeber nicht akzeptiert werden und ein hierdurch belastetes Arbeitsverhältnis von ihm nicht ohne Weiteres fortgesetzt wird.<sup>68</sup> Erst recht ist dem Arbeitgeber ein Festhalten am Arbeitsverhältnis in aller Regel nicht zumutbar, wenn der Arbeitnehmer gefälschte Unterlagen einreicht. Wie das Landesarbeitsgericht Köln am Ende der soeben genannten Entscheidung zu Recht ausführt, ändert ein geringer Schadensbetrag hieran vor allem bei Verschleierungen nichts. Im Gegenteil ist eher zu besorgen, dass ein Arbeitnehmer, der bereits bei kleinen Beträgen manipuliert, bei größeren Beträgen erst recht keine Hemmschwellen hat.**

## II. Diebstahl, Veruntreuung, Betrug

Die zur Zeiterfassung genannten Kriterien sind gleichermaßen bei der fristlosen Kündigung wegen eines Diebstahls, wegen einer Veruntreuung oder wegen eines ähnlich schweren sonstigen Eingriffs in die Eigentums- und Vermögenssphäre des Arbeitgebers relevant; und zwar grundsätzlich **unabhängig von der Höhe eines dem Arbeitgeber durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens. Maßgebend ist vielmehr auch hier der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch.<sup>69</sup>**

**Um dies zu veranschaulichen: Beim Ladendiebstahl eines Kunden geht es schwerpunktmäßig um die strafrechtliche Sanktion für begangenes Unrecht; und dessen Gewicht hängt mit entscheidend vom**

<sup>65</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 24. November 2010 - 8 Sa 491/10 - NZA-RR 2011, 294, juris Rn. 48.

<sup>66</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 24. Oktober 2017 - 8 TaBV 19/17 - juris Rn. 51, für wenige eher kurzfristige private Einkäufe einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin mit 38-jähriger Betriebszugehörigkeit.

<sup>67</sup> vgl. Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 3. Mai 2022 - 1 Sa 18/21 - CCZ 2022, 372, juris Rn. 65.

<sup>68</sup> vgl. Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 21. März 2022 - 1 Sa 374/20 - juris Rn. 78.

<sup>69</sup> BAG, Urteil vom 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - BAGE 156, 370, juris Rn. 16; BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 2 AZR 546/12 - BAGE 145, 278, juris Rn. 13 und Rn. 15.

**Wert des Diebesgutes ab. Die dem Arbeitnehmer bei einem Diebstahl seines Arbeitgebers (neben den strafrechtlichen Sanktionen) drohenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen sind hingegen, wie dargelegt, nicht sanktionierender Art, sondern Folge des Vertrauensbruchs. Der Bruch von Vertrauen beruht aber auf der Enttäuschung berechtigter Erwartungen und ist damit weit mehr handlungs- als schadensbezogen. Eine gewisse Parallele zum Ladendieb stellt insoweit das vom bestohlenen Händler gegen den Kunden verhängte Hausverbot dar. Auch dieses wird, wie die fristlose Kündigung des eines Diebstahls überführten Arbeitnehmers, zwar aus Anlass einer begangenen Tat ausgesprochen, zielt aber auf die Zukunft ab und ist weit mehr durch das Verhalten, also den Diebstahl als solchen, bedingt als durch den Wert des Diebesgutes.**

### 1. Darlegungs- und Beweislast

Im Ausgangspunkt steht außer Frage, dass den Arbeitgeber für die tatbestandlichen Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung die Darlegungs- und Beweislast trifft. Für Umstände, die das Verhalten des Arbeitnehmers rechtfertigen oder entschuldigen können, und für seine besonderen persönlichen Verhältnisse ist seine Darlegungslast allerdings abgestuft:

Der Arbeitgeber darf sich zunächst darauf beschränken, den objektiven Tatbestand einer Pflichtverletzung vorzutragen. Er muss nicht jeden erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund vorbeugend ausschließen oder gar die sozialen Auswirkungen einer fristlosen Kündigung erforschen, etwa zu den Unterhaltungspflichten des Arbeitnehmers. Soweit sich diese nicht unmittelbar aufdrängen, ist es vielmehr Sache des Arbeitnehmers, zumindest greifbare Anhaltspunkte für ihn entlastende Umstände oder für eine besonders einschneidende soziale Folge der fristlosen Kündigung zu benennen.<sup>70</sup> Diese sog. sekundäre Darlegungslast<sup>71</sup> soll an Hand eines Verfahrens dargestellt werden, dem zu Grunde lag, dass in einer von einem Kellner geführten Kasse der Bargeld-

bestand bei einer Kassenprüfung um knapp 30.- Euro höher lag als der durch Kassenbelege (Bons) nachgewiesene Verkaufserlös.<sup>72</sup>

Zunächst bekräftigt das Bundesarbeitsgericht seine ständige Rechtsprechung, wonach zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch sonstige unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtete Handlungen unabhängig vom entstandenen Schaden typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. Verkaufe ein Kellner Waren bewusst ohne Bonierung, werde das Vertrauen in seine Redlichkeit bereits dadurch erschüttert, dass er die vereinnahmten Beträge nicht im Kassensystem erfasse, also nicht erst durch eine spätere Aneignung.<sup>73</sup>

Die eigentliche Bedeutung des Urteils liegt in den nachfolgenden Darlegungen zur sekundären Darlegungslast. Hierzu führt das Bundesarbeitsgericht aus, dass den Arbeitnehmer auch in Bezug auf das Vorliegen der vom Arbeitgeber vorgetragenen Pflichtverletzung, also nicht nur hinsichtlich etwaiger Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe, eine sekundäre Darlegungslast treffen könne. Dies komme insbesondere in Betracht, wenn der Arbeitgeber als primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs stehe, während der Arbeitnehmer auf Grund seiner Sachnähe die wesentlichen Tatsachen kenne. In einer solchen Situation könne der Arbeitnehmer gehalten sein, dem Arbeitgeber durch nähere Angaben weiteren Sachvortrag zu ermöglichen. Überzogene Anforderungen an diese sekundäre Darlegungslast des Arbeitnehmers dürften jedoch nicht gestellt werden. Sie solle lediglich dem primär darlegungs- und beweispflichtigen Arbeitgeber ermöglichen, weitere Nachforschungen anzustellen und sodann substantiiertes zum Kündigungsgrund vorzutragen und ggf. Beweis anzutreten.<sup>74</sup>

Im Folgenden befasst sich das Bundesarbeitsgericht umfassend damit, wie in dem ihm vorliegenden

<sup>70</sup> vgl. BAG, Urteil vom 27. September 2022 - 2 AZR 508/21 - NJW 2023, 99, juris Rn. 17; BAG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - NZA 2016, 161, juris Rn. 40.

<sup>71</sup> zu dieser: *Hagenloch*, <http://lawlibrary.info/ge/books/Civil-Procedure-Com.pdf>, Art. 102 Rn. 44 unter 3. b) aa) (3).

<sup>72</sup> BAG, Urteil vom 27. September 2022 - 2 AZR 508/21 - NJW 2023, 99.

<sup>73</sup> BAG, Urteil vom 27. September 2022 - 2 AZR 508/21 - NJW 2023, 99, juris Rn. 14.

<sup>74</sup> BAG, Urteil vom 27. September 2022 - 2 AZR 508/21 - NJW 2023, 99, juris Rn. 18; BAG, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - NZA 2016, 161, juris Rn. 41; BAG, Urteil vom 18. Juni 2015 - 2 AZR 256/14 - NZA 2016, 287, juris Rn. 28.

Verfahren das Kassensystem im Einzelnen ausgestaltet war und weshalb sich ohne ein manipulatives Vorgehen die Diskrepanz zwischen dem Ist- und dem Sollbestand der Kasse nicht ohne Weiteres plausibel erklären lasse. Infolgedessen hätte der Kellner zumindest aufzeigen müssen, wie es an dem Tag der Kassenprüfung aus seiner Sicht ohne ein eigenes unredliches Verhalten zum Unterschied zwischen dem Bargeldbestand und den durch Kassenbelege nachgewiesenen Verkaufserlösen hätte kommen können.

## 2. Abmahnung

Bei Veruntreuungen und Diebstählen ist im Regelfall wegen der Schwere der Pflichtverletzung eine Abmahnung entbehrlich, weil der Arbeitnehmer um die Pflichtwidrigkeit seines Handelns weiß und der Vertrauensbruch meist so nachhaltig ist, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.<sup>75</sup> Letztlich maßgeblich sind jedoch die Verhältnisse des Einzelfalles, zu denen u.a. die Umstände der Tat (Verschleierung, Heimlichkeit, Manipulation usw.), aber auch personenbezogene Aspekte (Dauer der Betriebszugehörigkeit, langjährige beanstandungsfreie Tätigkeit, Schwerbehinderung, besondere persönliche Belastungssituation usw.) zählen.

Wenn in vielen Entscheidungen angesprochen wird, dass die Höhe des Schadens nicht maßgeblich sei, muss dies im Gesamtkontext der betreffenden Urteile gesehen werden. Damit sind weitgehend nur Fallgestaltungen gemeint, bei denen ein geringer Schaden entstanden ist oder bei denen es gar an einem wirtschaftlichen Nachteil fehlt. Es versteht sich jedoch von selbst, dass bei der vorsätzlichen Herbeiführung eines erheblichen Schadens eine besonders schwere, das Vertrauensverhältnis zerstörende Pflichtverletzung vorliegt und dies dem Arbeitnehmer bewusst ist. Eine Abmahnung ist deshalb bei erheblichen Schäden praktisch stets entbehrlich.<sup>76</sup>

Als richtungsweisend wird in Deutschland bei Eigentums- und Vermögensdelikten mit sehr geringem Schaden ein unter dem "Fall Emmely" einer breiten Öffentlichkeit bekannt gewordenes Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juni 2010 verstanden.<sup>77</sup> Diesem Rechtsstreit lag zu Grunde, dass die Kassiererin eines Handelsgeschäftes zwei von unbekanntem (und nicht zu ermittelnden) Kunden vergessene Leergutbons (Art Wertgutscheine für von den Kunden zurückgegebene Pfandflaschen) im Wert von 0,48 Euro und von 0,82 Euro an sich gebracht und bei einem Einkauf eingelöst hat. Diese von den Kunden vergessenen Leergutbons hätten von der Kassiererin nach den internen Vorgaben zu Gunsten des Arbeitgebers verbucht werden müssen und wurden hierzu bereits im Büro aufbewahrt.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner sehr umfangreichen Entscheidung die ausgesprochene fristlose Kündigung im Ergebnis für unwirksam erachtet. Begründet wurde dies damit, dass trotz der schweren Pflichtverletzung angesichts einer rund dreißigjährigen beanstandungsfreien Tätigkeit als milderer Mittel eine Abmahnung ausgereicht hätte. Die Entscheidung lässt aber deutlich erkennen, dass für die Entbehrlichkeit der Abmahnung weit weniger der geringe Wert der Leergutcoupons maßgeblich war, sondern vor allem die langjährige störungsfreie Betriebszugehörigkeit und die fehlende Heimlichkeit des Vorgehens („offenes“ Einlösen an der Kasse). Diese Entscheidung kann daher mitnichten dahin verstanden werden, dass ein Arbeitnehmer bei Vermögensdelikten mit minimalem Schaden eine Art "Freischuss" habe.

*Auch bei einem "klassischen" Waren-Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers kann ein wichtiger Grund für eine außerordentlichen Kündigung selbst dann bestehen, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder wenn möglicherweise gar keinem Schaden entstanden ist.*<sup>78</sup> *Deshalb hat das Bundesarbeitsgericht eine fristlose Kündigung (ohne vor-*

<sup>75</sup> BAG, Urteil vom 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - NZA 2011, 571, juris Rn. 26, für Einkauf von Waren im Gesamtwert von 36.- Euro durch eine Mitarbeiterin des Handelsgeschäfts unter Verwendung eines für diesen Einkauf nicht zugelassenen Personalgutscheins.

<sup>76</sup> vgl. Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 21. März 2022 - 1 Sa 374/20 - juris Rn. 78.

<sup>77</sup> BAG, Urteil vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - BAGE 134, 349.

<sup>78</sup> BAG, Urteil vom 31. Juli 2014 - 2 AZR 407/13 - NJW 2015, 1628 juris Rn. 27; BAG, Urteil vom 31. Juli 2014 - 2 AZR 407/13 - NJW 2015, 1628, juris Rn. 27; Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 8. Dezember 2020 - 7 Sa 226/20 - NZARR 2021, 179, juris Rn. 62.

herige Abmahnung) in einem Fall als wirksam erachtet, in dem der für die Entsorgung von Altöl verantwortliche Mitarbeiter das (praktisch wertlose) Altöl nicht entsorgt, sondern nach Hause mitgenommen und dort nach einer Aufbereitung in einer hierfür von ihm eingerichteten Filteranlage zum Heizen seines Hauses und zum Betanken seines Fahrzeuges verwendet hat.<sup>79</sup>

Bei einem sofortigen Verzehr von geringwertigen Lebensmitteln des Arbeitgebers, wie etwa eines belegten Brötchens, neigt die Rechtsprechung hingegen im Regelfall dazu, dass bei einer Erstbegehung eine fristlose Kündigung als milderer Mittel hinreichend ist.<sup>80</sup> **Dies ist insoweit sachgerecht, als bei solchen Sachlagen die äußere Versuchung eher groß sein und die innere Hemmschwelle eher niedrig kann; man denke etwa an den Rezeptionisten eines Hotels, den von morgens bis abends die für die Gäste in einem Körbchen ausgelegten Äpfel anstrahlen und der dann einen "schwachen Moment" bekommt. Es gibt aber auch andere Situationen, in denen bei einem erstmaligen Diebstahl eine Abmahnung hinreichend sein kann, so beispielsweise, wenn ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber als Verpackungsmaterial angelieferte Holzpaletten entwendet, um diese später auf dem Sportplatz eines örtlichen Fußballvereins für das dort veranstaltete Osterfeuer als Brennholz zu verwenden.**<sup>81</sup>

### 3. Handlungen zum Nachteil der Kunden

Ein im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit zu Lasten eines Kunden des Arbeitgebers begangenes Eigentums- oder Vermögensdelikt kann gleichermaßen eine fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages rechtfertigen.<sup>82</sup>

Als eine vertragliche Nebenpflicht aus den jeweiligen Rechtsverhältnissen hat der Arbeitgeber seinen

Kunden davor zu schützen, dass sich seine Arbeitnehmer an deren Sachen vergreifen. Dieser Pflicht kann der Arbeitgeber nur wirkungsvoll gerecht werden, wenn er seinerseits arbeitsrechtlich entsprechend auf seine Arbeitnehmer einwirken kann. Da es einem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag obliegt, auf die berechtigten Belange seines Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen, hat dies zur weiteren Folge, dass der Arbeitnehmer die vertragliche Pflicht hat, zu Lasten der Kunden des Arbeitgebers keine in einem beruflichen Zusammenhang stehenden Eigentums- oder Vermögensdelikte zu begehen. Hierbei kann sich aber eine besondere Thematik ergeben, die an Hand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden soll.<sup>83</sup>

Der Arbeitgeber betreibt ein Logistikunternehmen. Sein Hauptkunde ist eine Großbäckerei, deren Backwaren frühmorgens von seinen Arbeitnehmern ausgefahren werden. Im Auslieferungsbereich hält die Großbäckerei für die Fahrer einen Korb mit Backwaren bereit, die aber ausschließlich zum sofortigen Verzehr bestimmt sind. Ein Fahrer nimmt dennoch ein ausliegendes Brot nach Hause mit. Hierauf erteilt ihm die Großbäckerei ein Hausverbot; der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis fristlos.

Hätte der Arbeitgeber selbst den Fahrern frühmorgens die Backwaren zum sofortigen Verzehr zur Verfügung gestellt, würde die zweckwidrige Verwendung des (an sich für die Fahrer gedachten) Brotes trotz des damit begangenen Diebstahls eine fristlose Kündigung nicht ohne Weiteres rechtfertigen. Der Diebstahl zu Lasten des Kunden verschiebt aber die Interessenabwägung zu Lasten des Fahrers, da ihn sein Arbeitgeber wegen des ausgesprochenen Hausverbots für die Betreuung seines Großkunden dauerhaft nicht mehr einsetzen kann und dies erhebliche organisatorische Erschwernisse auslöst.<sup>84</sup>

Als besonders schwerwiegend erweisen sich zu Lasten eines Kunden des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte auch dann, wenn sie den Fortbestand einer Geschäftsbeziehung bedrohen oder potentielle Kunden davon abhalten können, mit dem Arbeitgeber eine Geschäftsbeziehung einzuge-

<sup>79</sup> BAG, Urteil vom 31. Juli 2014 - 2 AZR 407/13 - NJW 2015, 1628, juris Rn. 33 ff.

<sup>80</sup> Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 29. Dezember 2015 - 10 Sa 32/15 - juris Rn. 52 f.; Landesarbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 30. Juli 2014 - 5 Sa 22/14 - juris Rn. 34 f..

<sup>81</sup> Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 6. Juli 2023 - 6 Sa 94/23 - juris Rn. 45.

<sup>82</sup> vgl. Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 20. März 2014- 5 Sa 1145/13 - juris Rn. 16.

<sup>83</sup> angelehnt an: Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 20. März 2014- 5 Sa 1145/13.

<sup>84</sup> so in der Tendenz auch: Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 20. März 2014- 5 Sa 1145/13 - juris Rn. 23 ff..

hen. Das heißt aber zugleich, dass für einen Arbeitnehmer ein zu Lasten eines Kunden des Arbeitgebers begangenes Eigentums- oder Vermögensdelikt nachteiligere arbeitsrechtliche Konsequenzen mit sich bringen kann als eine vergleichbare Schädigung seines Arbeitgebers. In einer derartigen „Ungleichbehandlung“ liegt aber nichts Sachwidriges, weil das Recht der fristlosen Kündigung, wie ausgeführt, nichts mit einer Sanktion für begangenes Unrecht zu tun hat, sondern in den Blick nimmt, welche Auswirkungen die Pflichtverletzung für die Zukunft des Arbeitsverhältnisses hat. Diese Folgen können aber bei der Schädigung eines Kunden deutlich größer sein als bei einer Schädigung des Arbeitgebers.

#### 4. Vorgetäuschte Erkrankung

Es kann je nach den Umständen des Einzelfalls einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen, wenn ein Arbeitnehmer unter Vorlage eines ärztlichen Attests der Arbeit fernbleibt und sich Entgeltfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich in Wahrheit nur um eine vorgetäuschte Krankheit handelt.<sup>85</sup>

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz führt zu der Darlegungs- und Beweislast für das Vortäuschen einer Erkrankung aus (Auszug aus Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Juni 2023 - 5 Sa 324/22 - juris Rn. 42, Zitate leicht verändert):

„Den Arbeitgeber trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen (vgl. BAG, Urteil vom 17. März 2016 - 2 AZR 110/15 - juris Rn. 32). Im Falle des Fernbleibens von der Arbeit obliegt dem Arbeitgeber nicht nur der Nachweis dafür, dass der Arbeitnehmer überhaupt gefehlt hat, sondern auch dafür, dass er unentschuldigt gefehlt hat, also zB. die vom Arbeitnehmer behauptete Krankheit nicht vorliegt (so schon BAG, Urteil vom 8. Mai 2014 - 2 AZR 75/13 - BAGE 148, 129, juris Rn. 30). Freilich obliegt es gemäß § 138 Abs 2 ZPO dem Arbeitnehmer, im Einzelnen vorzutragen, warum sein Fehlen als entschuldigt anzusehen ist. Nur diese vom Arbeitnehmer behaupteten Tatsachen hat der Arbeit-

geber zu widerlegen. Legt der Arbeitnehmer ein ärztliches Attest vor, so begründet dieses in der Regel den Beweis für die Tatsache der arbeitsunfähigen Erkrankung. Ein solches Attest hat einen hohen Beweiswert, denn es ist der gesetzlich vorgesehene und wichtigste Beweis für die Tatsache der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Bezweifelt der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, muss er tatsächliche Umstände darlegen und im Bestreitensfall beweisen, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers ergeben. Den Beweiswert erschütternde Tatsachen können sich auch aus dem eigenen Sachvortrag des Arbeitnehmers oder aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung selbst ergeben (vgl. zuletzt BAG, Urteil vom 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - BAGE 175, 358, juris Rn. 13).

### III. Innerbetriebliche Konflikte, Rufschädigungen

#### 1. Verbale Äußerungen

Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die (im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden) Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann.<sup>86</sup> Er ist verpflichtet, Störungen des Betriebsfriedens und des Betriebsablaufs zu vermeiden, da die Wahrung des Betriebsfriedens und die Einhaltung der betrieblichen Ordnung Voraussetzung einer funktionierenden Arbeitsorganisation sind (dazu unten V. 5.).

Der Arbeitnehmer darf deshalb zwar innerhalb des Unternehmens ("unternehmensöffentlich") grundsätzlich Kritik am Arbeitgeber und an den betrieblichen Verhältnissen üben und sich hierbei ggf. auch einer überspitzten oder polemischen Sprache bedienen.<sup>87</sup> Äußerungen, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten sowie von Arbeitskol-

<sup>85</sup> BAG, Urteil vom 17. Juni 2003 - 2 AZR 123/02 - NZA 2004, 564, juris Rn. 23; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Juni 2023 - 5 Sa 324/22 - juris Rn. 41.

<sup>86</sup> BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, juris Rn. 27.

<sup>87</sup> BAG, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - DB 2003, 1797, juris Rn. 23; BAG, Urteil vom 17. Februar 2000 - 2 AZR 927/98 - juris Rn. 14.

legen enthalten, stellen aber eine erhebliche Pflichtverletzung dar und können damit eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.<sup>88</sup> Dies gilt vor allem, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers eine tatsächliche Störung des Betriebsfriedens bewirkt hat.<sup>89</sup> Selbst eine einmalige schwere Ehrverletzung kann für eine fristlose Kündigung genügen; und zwar je eher sie zum Anlass unverhältnismäßig ist und je überlegter sie erfolgte.<sup>90</sup>

Auch leichtfertig falsche oder gar bewusst unrichtige Tatsachenbehauptungen über den Arbeitgeber, über die Vorgesetzten oder über die Arbeitskollegen wiegen schwer, insbesondere wenn die Äußerungen den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen.<sup>91</sup> Der Grad der Vorwerfbarkeit kann jedoch geringer sein, wenn der Arbeitnehmer von der Richtigkeit seiner Behauptungen (wenn auch hierbei leichtfertig handelnd) überzeugt ist.<sup>92</sup>

### a) Ausstrahlungen der Meinungsfreiheit

Bei kritischen Äußerungen mit einem Unternehmensbezug ist zu beachten, dass das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG, vergleichbar mit Art. 17 der Verfassung Georgiens) auf das Arbeitsverhältnis ausstrahlt<sup>93</sup> und damit in einen angemessenen Ausgleich mit dem - ebenfalls grundrechtlich geschützten - Recht der persönlichen Ehre (Art. 5

Abs. 2 GG) zu bringen ist.<sup>94</sup> Eine solche Güterabwägung ist allerdings bei sog. Formalbeleidigungen (gemeint ist damit die Verwendung eines besonders herabwürdigenden Begriffes, etwa aus der Fäkalsprache), bei bloßen Schmähungen (Diffamierungen) und bei bewusst unwahren Tatsachenbehauptungen nicht erforderlich, weil diese durch das Recht auf Meinungsfreiheit nicht geschützt sind.<sup>95</sup> Zudem wird durch die Verfassung eine private Sphäre der Kommunikation gewährleistet<sup>96</sup>, was wegen der sog. wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte (gemeint im Sinne von: Grundwerte für die gesamte Rechtsordnung schaffenden Bedeutung)<sup>97</sup> auch auf die zivilrechtlichen Beziehungen eines Arbeitsverhältnisses einwirkt (dazu unten bb).<sup>98</sup>

Was als grobe Beleidigung anzusehen ist und damit eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann, muss unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Von Bedeutung sind hierbei u.a. der betriebliche bzw. der branchenübliche Umgangston und die Gesprächssituation.<sup>99</sup> So führt etwa das Landesarbeitsgericht Köln aus:<sup>100</sup>

*"... Ebenso ist in Rechnung zu stellen, dass im sozialen Umfeld der Baubranche gemeinhin ein rauerer Umgangston gepflegt wird und zu erwarten ist als z. B. unter Bankangestellten im Büro. Dies bedeutet keineswegs, dass in der Baubranche Beleidigungen ak-*

<sup>88</sup> BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, juris Rn. 28; BAG, Urteil vom 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - NZA 2020, 647, juris Rn. 77; BAG, Urteil vom 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - BAGE 159, 192, juris Rn. 49; BAG, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - DB 2003, 1797, juris Rn. 23.

<sup>89</sup> BAG, Urteil vom 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - BAGE 159, 192, juris Rn. 49.

<sup>90</sup> BAG, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - DB 2003, 1797, juris Rn. 23.

<sup>91</sup> BAG, Urteil vom 31. Juli 2014 - 2 AZR 505/13 - BAGE 149, 1, juris Rn. 41; BAG, Urteil vom 27. September 2012 - 2 AZR 646/11 - juris Rn. 22.

<sup>92</sup> BAG, Urteil vom 11. Juli 2013 - 2 AZR 994/12 - NZA 2014, 250, juris Rn. 49.

<sup>93</sup> vgl. zur Ausstrahlungswirkung von Grundrechten auf privatrechtliche Beziehungen: BVerfG (Bundesverfassungsgericht), Beschluss vom 6. November 2019 - 1 BvR 16/13 - BVerfGE 152, 152, juris Rn. 76; BVerfG, Beschluss vom 2. Mai 2018 - 1 BvR 666/17 - NJW 2018, 2784, juris Rn. 18; BVerfG, Beschluss vom 25. Juni 2009 - 1 BvR 134/03 - NJW-RR 2010, 470, juris Rn. 68 f.; vgl. auch BAG, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - DB 2003, 1797, juris Rn. 23.

<sup>94</sup> BVerfG, Beschluss vom 6. November 2019 - 1 BvR 16/13 - BVerfGE 152, 152, juris Rn. 76; BVerfG, Beschluss vom 28. Juni 2016 - 1 BvR 3388/14 - NJW 2016, 3360, juris Rn. 19 ff.; zu den Ausstrahlungen auf das Arbeitsverhältnis insbesondere: BAG, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - DB 2003, 1797, juris Rn. 23; Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 13. März 2020 - 4 Sa 704/18 - juris Rn. 60.

<sup>95</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. November 2023 - 1 BvR 1962/23 - ZInsO 2024, 431, juris Rn. 5; BVerfG, Beschluss vom 21. März 2022 - 1 BvR 2650/19 - NJW 2022, 1931, juris Rn. 26 ff.; BAG, Urteil vom 10. Oktober 2002 - 2 AZR 418/01 - DB 2003, 1797, juris Rn. 23.

<sup>96</sup> vgl. Art. 15 Nr. 2 Satz 1 der Verfassung Georgiens.

<sup>97</sup> dazu BVerfG, Beschluss vom 17. August 2023 - 2 BvR 1851/22 - WM 2023, 2020, juris Rn. 71; BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2022 - 2 BvR 784/21 - NSTZ-RR 2022, 259, juris Rn. 72.

<sup>98</sup> vgl. BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, juris Rn. 30.

<sup>99</sup> vgl. Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 13. März 2020 - 4 Sa 704/18 - juris Rn. 60; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Januar 2017 - 3 Sa 244/16 - juris Rn. 28; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18. Mai 2016 - 4 Sa 350/15 - juris Rn. 31 f..

<sup>100</sup> Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 4. Juli 2019 - 7 Sa 38/19 - juris Rn. 29.

zeptabel wären und folgenlos bleiben müssten. Jedoch ist bei der Gewichtung der Schwere eines Verstoßes die anzunehmende niedrigere Hemmschwelle im branchentypischen Berufsumfeld mildernd einzukalkulieren."

Lässt die Äußerung des Arbeitnehmers (gemessen an den Gesamtumständen, unter denen sie gefallen ist) verschiedene Auslegungen zu, gebietet das Recht auf Meinungsfreiheit, der Entscheidung über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung die dem Arbeitnehmer günstigste Auslegungsmöglichkeit zu Grunde zu legen.<sup>101</sup> So hatte sich etwa das Landesarbeitsgericht Düsseldorf<sup>102</sup> damit zu befassen, wie zu verstehen ist, dass wegen der coronabedingten Schließung einer Flugzeugbasis der Flugzeugkapitän gemeinsam mit der gesamten Crew in einer fotografisch festgehaltenen und Dritten zugänglich gemachten Geste den ausgestreckten Mittelfinger in Richtung Kamera gehalten haben. Da nach den Gesamtumständen nicht verlässlich festzustellen war, ob dieser "Stinkefinger" dem Arbeitgeber wegen der Schließung der Flugzeugbasis oder der Corona-Pandemie („Sch...-Corona“) wegen des Anlasses für die Schließung gegolten hat, musste zum Schutz der Meinungsfreiheit letzteres angenommen werden.

Ob eine Äußerung ihrem Schwerpunkt nach als Tatsachenbehauptung zu bewerten ist, sich also auf eine mit Mitteln des Beweises überprüfbare Behauptung eines wirklichen Geschehens bezieht,<sup>103</sup> oder ob sie als Werturteil anzusehen ist, also durch Elemente einer bewertenden Stellungnahme geprägt ist,<sup>104</sup> hängt vom Gesamtkontext der fraglichen Äußerung ab.<sup>105</sup> Wenn sich beide Äußerungsformen, also Wert-

urteil und Tatsachenbehauptung, miteinander verbinden und erst gemeinsam den Sinn einer Äußerung ausmachen, ist der Begriff der Meinung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes weit zu verstehen.<sup>106</sup>

Schließlich ist ggf. zu berücksichtigen, dass verbale Ausbrüche, anders als im Regelfall schriftliche Äußerungen, Folge einer spontanen Eskalation oder eines Wortgefechts sein können und hierdurch in einem etwas milderem Licht erscheinen mögen. Zudem kann die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes das Gewicht der Pflichtverletzung reduzieren.

## b) Beleidigungsfreie Sphäre

Bei ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte besteht in besonders engen Lebenskreisen eine beleidigungsfreie Sphäre. Diese erfordert, dass zwischen den Beteiligten ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und deshalb eine Weitergabe der Äußerungen nahezu auszuschließen ist.<sup>107</sup>

Um seine Persönlichkeit frei entfalten zu können, muss der Einzelne einen Raum besitzen, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist und/oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor Sanktionen verkehren kann. Aus der Bedeutung einer solchen Rückzugsmöglichkeit folgt, dass am Schutz der Privatsphäre auch die vertrauliche Kommunikation teilnimmt, da bei dieser häufig weniger die Einwirkung auf die Meinungsbildung Dritter als die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit im Vordergrund steht.<sup>108</sup> Zu dem Kreis von solchen Vertrauenspersonen können neben engen Familienangehörigen auch Arbeitskollegen gehören, soweit zu diesen ein vergleichbares *freundschaftli-*

<sup>101</sup> BVerfG, Beschluss vom 28. März 2017 - 1 BvR 1384/16 - NJW-RR 2017, 1001, juris Rn. 17; BAG, Urteil vom 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - NZA 2020, 647, juris Rn. 71; BAG, Urteil vom 18. Dezember 2014 - 2 AZR 265/14 - NZA 2015, 797, juris Rn. 25.

<sup>102</sup> Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 5. April 2022 - 3 Sa 364/21 - ArbR 2023, 105 (Leitsatz, Kurzwiedergabe), juris Rn. 99 ff..

<sup>103</sup> vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. November 2022 - 1 BvR 523/21 - NJW 2023, 510, juris Rn. 16.

<sup>104</sup> vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. November 2022 - 1 BvR 523/21 - NJW 2023, 510, juris Rn. 16.

<sup>105</sup> BVerfG, Beschluss vom 9. Dezember 2020 - 1 BvR 704/18 - NJW 2021, 1585, juris Rn. 20; BVerfG, Beschluss vom 16. März 2017 - 1 BvR 3085/15 - NJW-RR 2017, 1003, juris Rn. 13; BAG, Urteil vom 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - NZA 2020, 647, juris Rn. 49.

<sup>106</sup> BVerfG, Beschluss vom 9. November 2022 - 1 BvR 523/21 - NJW 2023, 510, juris Rn. 16.

<sup>107</sup> BVerfG, Beschluss vom 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - NStZ 2021, 439, juris Rn. 33, für Brief eines Strafgefangenen an seine Verlobte; BVerwG (Bundesverwaltungsgericht), Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 - NVwZ-RR 2022, 385, juris Rn. 51; BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, juris Rn. 30.

<sup>108</sup> BVerfG, Beschluss vom 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - NStZ 2021, 439, juris Rn. 32; BVerwG, Urteil vom 13. Januar 2022 - 2 WD 4/21 - NVwZ-RR 2022, 385, juris Rn. 50; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 30. Juni 2023 - 28 E 803/23.D - NVwZ-RR 2023, 861, juris Rn. 45.

ches Vertrauensverhältnis besteht.<sup>109</sup>

Entscheidend hierfür ist, ob der Arbeitnehmer sicher davon ausgehen darf, dass seine Kollegen die Äußerungen für sich behalten.<sup>110</sup> Diese Erwartung an die Vertraulichkeit hängt neben der persönlichen Nähe und der Anzahl der Gesprächspartner von den jeweiligen Gesprächsinhalten ab. Würde bei deren Bekanntwerden der Betriebsfrieden in besonderem Maße gestört und das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber erheblich belastet, ist die Vertraulichkeit im Regelfall nur dann als gewährleistet anzusehen, wenn der Arbeitnehmer weiß, dass seine Gesprächspartner seine Wertungen (etwa die Kritik am Vorgesetzten) teilen und sie schon deshalb nicht weitergeben werden.<sup>111</sup> Ist dies sichergestellt, kann eine Kündigung nicht auf Äußerungen innerhalb des freundschaftlich verbundenen (im Regelfall engen) Kollegenkreises gestützt werden. Im Gegenteil kommen dann sogar arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen jenem Arbeitskollegen in Betracht, der die Vertraulichkeit bricht und hierdurch den Betriebsfrieden stört.<sup>112</sup>

Zunehmend stellt sich diese Thematik, wenn Arbeitnehmer in den Sozialen Medien Chatgruppen bilden, um sich u.a. über die Verhältnisse an ihrer Arbeitsstelle auszutauschen. Hierzu führt das Bundesarbeitsgericht für eine aus sechs bzw. sieben Mitgliedern bestehende Chatgruppe aus (Auszug aus BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102):

*"Randnummer 36:*

*Der Senat hat eine Vertraulichkeitserwartung ursprünglich bei einer Kommunikation mit ein oder zwei anderen Personen angenommen (...). .... Regelmäßig wird bei jeder Erweiterung des Personenkreises nicht nur die Zahl von Mitwissenden ansteigen, sondern auch eine etwaige Vertraulichkeitserwartung nicht mehr in einem unmittelbar persönlichen Verhältnis*

*wahrgenommen werden. Anders als bei den bisherigen Senatsentscheidungen handelt es sich bei dem Nachrichtenaustausch nicht um eine Kommunikation unter Anwesenden, bei der ein Erklärender aus dem nonverbalen Verhalten der Gesprächsteilnehmer leichter abschätzen kann, ob sie sich - wie häufig bei einem unmittelbaren Gespräch zweier Beteiligter - der Vertraulichkeit der Kommunikation bewusst sind.*

*Randnummer 37*

*Hinzu kommt, dass die Chatgruppe in Bezug auf die Beteiligung ihrer Mitglieder nicht einheitlich war. Von den sieben Mitgliedern haben sich ausweislich des ... Chatverlaufs außer dem Kläger nur drei andere in ähnlich aggressiv beleidigender und menschlich herabwürdigender Weise über Vorgesetzte und Kollegen geäußert. Drei Mitglieder der Gruppe beteiligten sich zeitweise nicht an den Chats. Der Kläger hatte deshalb ohne nähere Darlegung keine Veranlassung zu der Annahme, alle Gruppenmitglieder würden in gleicher Weise seine Äußerungen gutheißen und keine Veranlassung sehen, sich angesichts der Nachhaltigkeit seiner Beschimpfungen und Gewaltphantasien an Außenstehende zu wenden. ..."*

Erschwerend kommt hinzu, dass Äußerungen in Foren von Sozialen Medien nicht der Flüchtigkeit eines gesprochenen Wortes unterliegen und nur begrenzt gegen eine weitere Verbreitung geschützt werden können.

### **c) Drohungen**

Versucht ein Arbeitnehmer, einen ihm nicht zustehenden Vorteil durch eine unzulässige Drohung zu erreichen, verletzt er seine arbeitsvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme.<sup>113</sup> Ein Beispiel hierfür ist, dass ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber ankündigt, sich krankschreiben zu lassen, falls dieser sein Verlangen, etwa zur Gewährung von Urlaub für bestimmte Zeiträume, ablehne.<sup>114</sup>

<sup>109</sup> BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, juris Rn. 30; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - NStZ 2021, 439, juris Rn. 34.

<sup>110</sup> BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, juris Rn. 31; BAG, Urteil vom 10. Dezember 2009 - 2 AZR 534/08 - NZA 2010, 698, juris Rn. 23.

<sup>111</sup> vgl. BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, juris Rn. 31.

<sup>112</sup> BAG, Urteil vom 17. Februar 2000 - 2 AZR 927/98 - juris Rn. 23 ff.

<sup>113</sup> BAG, Urteil vom 12. März 2009 - 2 AZR 251/07 - NZA 2009, 779, juris Rn. 22; BAG, Urteil vom 17. Juni 2003 - 2 AZR 123/02 - ZTR 2004, 161, juris Rn. 16; Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 4. Mai 2021 - 5 Sa 319/20 - juris Rn. 29; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Juli 2020 - 8 Sa 430/19 - juris Rn. 111.

<sup>114</sup> Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom

Diese Kriterien sind grundsätzlich auch anwendbar, wenn durch eine Drohung erreicht werden soll, dass der Arbeitgeber eine streitige Forderung erfüllt. Allerdings ist eine Pflichtwidrigkeit nur dann vorhanden, wenn es zu einer rechtswidrigen Verknüpfung zwischen dem erstrebten Zweck und dem eingesetzten Druckmittel kommt (sog. Zweck-Mittel-Relation).<sup>115</sup> Hieran fehlt es insbesondere, wenn der Arbeitnehmer ankündigt, sich im Falle eines für ihn ungünstigen Gesprächsverlaufs an eine Stelle zu wenden, zu deren Aufgaben es gehört, den Arbeitnehmer zu beraten oder Meinungsverschiedenheiten zu schlichten bzw. zu entscheiden. Nicht erforderlich für eine fristlose Kündigung ist, dass eine rechtswidrige Verknüpfung zwischen dem Zweck und dem Mittel die Schwelle einer strafrechtlichen Nötigung überschreitet.<sup>116</sup> Von vornherein mangelt es an einer rechtlich zulässigen Zweck-Mittel-Relation, wenn ein Arbeitnehmer mit Tätlichkeiten droht.<sup>117</sup>

## 2. Sexuelle Belästigung, Diskriminierungen, Tätlichkeiten

Ein Arbeitgeber hat ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, dass die Zusammenarbeit im Betrieb nicht durch tätliche Übergriffe, durch Verstöße gegen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung oder durch Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot verletzt wird. Deshalb obliegt es dem Arbeitnehmer als arbeitsvertragliche Nebenpflicht, solche Verstöße zu unterlassen; und zwar nicht nur gegenüber den anderen Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers, sondern gleichermaßen gegenüber den Fremdarbeitnehmern<sup>118</sup> und gegenüber den Kunden.

Ein Verstoß hiergegen rechtfertigt grundsätzlich eine fristlose Kündigung.<sup>119</sup> Hierbei darf der Arbeitgeber auch berücksichtigen, wie sich seine arbeitsrechtliche Reaktion auf das Verhalten der übrigen Arbeitnehmer auswirkt, also welche Maßnahmen sie zu ihrem Schutz vom Arbeitgeber berechtigt erwarten dürfen.<sup>120</sup> Der Arbeitgeber ist in Deutschland zudem durch § 12 Abs. 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) verpflichtet, gegen sich pflichtwidrig verhaltende Beschäftigte geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um eine künftige Diskriminierung zu unterbinden. Diese gesetzliche Verpflichtung und die inhaltsgleiche nebenvertragliche Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Arbeitnehmern schränken das dem Arbeitgeber grundsätzlich zukommende Auswahlermessen (dazu oben B. I. 6. b)) ein.<sup>121</sup>

Vor allem bei sexuellen Belästigungen, aber auch bei Diskriminierungen wegen des Geschlechts, wegen der geschlechtlichen Orientierung, wegen der Herkunft, wegen einer Schwerbehinderung oder wegen der Religion, kommt hinzu, dass Arbeitgeber bei einer falsch verstandenen Nachsicht Gefahr laufen, an öffentlichem Ansehen zu verlieren oder in eine berechtigte öffentliche Kritik zu geraten. Dieser drohende Verlust an Reputation und Glaubwürdigkeit wirkt sich auf die Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung aus;<sup>122</sup> vor allem bei Arbeitgebern, die für sich einen besonders hohen Standard bei der Corporate Governance und bei der Compliance beanspruchen und/oder von denen die Öffentlichkeit in besonderer Weise eine konsequente Einhaltung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen erwartet.<sup>123</sup> Dies weiß auch jeder

4. Mai 2021 - 5 Sa 319/20 - juris Rn. 29; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. Juli 2020 - 8 Sa 430/19 - juris Rn. 111.

<sup>115</sup> Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 4. März 2016 - 10 TaBV 102/15 - juris Rn. 59 f.; Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 7. August 2014 - 7 Sa 24/14 - juris Rn. 27.

<sup>116</sup> BAG, Urteil vom 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - NZA 2020, 647, juris Rn. 76; BAG, Urteil vom 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - NZA 2016, 540, juris Rn. 36.

<sup>117</sup> vgl. BAG, Urteil vom 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - NZA 2020, 647, juris Rn. 76; BAG, Urteil vom 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - NZA 2016, 540, juris Rn. 36; BAG, Urteil vom 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - ZTR 2015, 706, juris Rn. 43.

<sup>118</sup> BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - BAGE 159, 267, juris Rn. 14.

<sup>119</sup> BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - BAGE 159, 267, juris Rn. 14; BAG, Urteil vom 18. September 2008 - 2 AZR 1039/06 - juris Rn. 20.

<sup>120</sup> vgl. BAG, Urteil vom 18. September 2008 - 2 AZR 1039/06 - juris Rn. 21; Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 12. Dezember 2017 - 4 Sa 291/17 - juris Rn. 51.

<sup>121</sup> BAG, Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - NJW 2012, 407, juris Rn. 28; BAG, Urteil vom 18. September 2008 - 2 AZR 1039/06 - DB 2009, 964, juris Rn. 24; Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14. Oktober 2022 - 12 Sa 51/22 - NZA-RR 2023, 125, juris Rn. 64.

<sup>122</sup> BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 741/12 - NJW 2014, 1691, juris Rn. 19, für Mitarbeiter einer Kirche, der sexuelle Handlungen an Minderjährigen vorgenommen hat.

<sup>123</sup> so etwa bei öffentlichen und privaten Dienstleistern; vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2013 - 2 AZR 741/12 - NJW 2014, 1691, juris Rn. 19, für Kirche; Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 3. März 2023 - 6 Sa 385/21 - juris Rn. 239, für öffentli-

(erst recht bei einem solchen Arbeitgeber tätiger) Arbeitnehmer, so dass ihm die Konsequenzen eines etwaigen pflichtwidrigen Handelns von vornherein bewusst sein müssen.<sup>124</sup>

Das Landesarbeitsgericht Köln hat einer sehr umfangreichen Entscheidung zu dieser Thematik folgende Leitsätze beigegeben:<sup>125</sup>

1. Eine fristlose Kündigung ohne vorangegangene einschlägige Abmahnung kommt im Zusammenhang mit sexuellen Belästigungen nicht nur wegen körperlicher Berührungen oder wegen verbaler Übergriffigkeiten in Betracht, sondern auch wegen des Aufbaus und der Aufrechterhaltung einer Gesamtsituation in der Dienststelle, die von sexualisierter hierarchischer Einflussnahme geprägt ist.

2. Auch wenn die Feststellung einer sexuellen Belästigung ... nicht voraussetzt, dass sich die belästigte Person ablehnend äußert, so sind tatsächlich erfolgte Aufforderungen an die belästigende Person, sexualisiertes Verhalten künftig zu unterlassen, im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Kündigung berücksichtigungsfähig.

3. Wenn ein belästigender Vorgesetzter seine Bemerkungen mit den Worten "jetzt aber kein me too draus machen" abschließt, dann zeigt er damit, dass er weiß, was er tut und dass er weiß, dass er mit seinem Tun den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdet.

4. Wenn der belästigende Vorgesetzte in einem Personalgespräch die von ihm begangenen Bemerkungen und Verhaltensweisen bestreitet und Verleumdungsklagen gegen die von ihm belästigten Frauen ankündigt, dann ist dies kein unerhebliches Nachtatverhalten, es ist auch kein zulässiges prozessuales Bestreiten, sondern es ist eine Tatsache, die zusätzlich die negative Zukunftsprognose begründen kann.

5. Wenn die Arbeitgeberin - vermittelt durch die sich erklärenden Arbeitnehmerinnen - konkrete Orte

und konkrete Zeiten von immer wiederkehrenden Bemerkungen und Verhaltensweisen des Vorgesetzten während der vergangenen vier Jahre nicht eingrenzen kann, dann ist nicht etwa der Kündigungsschutzklage "mangels hinreichender Konkretisierung des Kündigungsvorwurfs" stattzugeben; vielmehr erlaubt dieser Mangel an Konkretisierung dem Arbeitnehmer ein bloß pauschales Bestreiten der ihm vorgehaltenen ca. 25 - teilweise immer wiederkehrenden - Bemerkungen und Verhaltensweisen und damit die Durchführung einer Beweisaufnahme durch Vernehmung der besagten Arbeitnehmerinnen.

### 3. Abmahnung

Bei schweren Tätlichkeiten unter Arbeitskollegen bedarf es vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung regelmäßig keiner Abmahnung. Einem Arbeitnehmer muss von vornherein bewusst sein, dass der Arbeitgeber ein derart gravierendes Fehlverhalten missbilligt. Daher kann schon ein einmaliger Vorfall einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen.<sup>126</sup>

Bei erstmaligen Verletzungen der persönlichen Ehre neigt die Rechtsprechung dagegen eher dazu, in der Abmahnung ein zumutbares milderes Mittel zu sehen; insbesondere, wenn die Ehrverletzung nicht besonders schwerwiegend war, im Rahmen eines Vier-Augen-Gesprächs oder zumindest im engsten Kollegenkreise erfolgte und/oder eine spontane Reaktion auf einen angespannten Gesprächsverlauf oder eine sonstige Belastungssituation darstellte.<sup>127</sup> Hingegen stellt das Anspucken eines Vorgesetzten eine derart gravierende Form der Beleidigung dar, dass der Arbeitgeber bereits bei der erstmaligen Pflichtverletzung nicht auf eine Abmahnung verwiesen werden kann.<sup>128</sup> Auch bei Beleidigungen rassistischen oder diskriminierenden Charakters ist eine Abmahnung eher entbehrlich als bei einer Formalbeleidigung im

chen Arbeitgeber; BAG, Urteil vom 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - NZA-RR 2006, 636, juris Rn. 27, für Mitarbeiter des medizinischen Dienstes einer Krankenkasse, der sich während einer Krankmeldung in Skiurlaub begibt.

<sup>124</sup> Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 3. März 2023 - 6 Sa 385/21 - juris Rn. 239.

<sup>125</sup> Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 3. März 2023 - 6 Sa 385/21 - juris Rn. 125 ff. und Rn. 233 ff., Kurzwiedergabe in ArbR 2024, 18.

<sup>126</sup> BAG Urteil vom 18. September 2008 - 2 AZR 1039/06 - DB 2009, 964, juris Rn. 22; Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 12. Dezember 2017 - 4 Sa 291/17 - juris Rn. 52.

<sup>127</sup> vgl. etwa: Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16. Mai 2023 - 6 Sa 231/22 - juris Rn. 52; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 6. April 2022 - 7 Sa 181/21 - juris Rn. 116 ff.; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 19. Januar 2022 - 4 Sa 933/21 - juris Rn. 53.

<sup>128</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Dezember 2022 - 6 Sa 47/22 - juris Rn. 41 ff..

Rahmen eines Wortgefechts oder einer anderweitig eskalierenden Situation<sup>129</sup> Schwer wiegt auch, wenn ein Arbeitnehmer den Arbeitgeber bzw. die Betriebsleitung ohne jegliche Tatsachengrundlage erheblicher Verletzungen von arbeitsrechtlichen Pflichten beschuldigt, etwa der Diskriminierung oder des Mobbing.<sup>130</sup> Zu Recht werden auch „Vergleiche“ von betrieblichen Vorgängen mit einem (etwa nationalsozialistischen) Terrorsystem als besonders gravierend bewertet, da derartige „Vergleiche“ nicht nur den sozialen Geltungsanspruch des Arbeitgebers schwerwiegend verletzen, sondern auch das Terrorsystem verarmlosen und dessen Opfer verhöhnen.<sup>131</sup>

#### IV. Äußerungen gegenüber Dritten

**Grundsätzlich ist ein Arbeitnehmer berechtigt, sich Dritten gegenüber mit den Verhältnissen seines Arbeitsumfelds zu befassen oder sich kritisch über seinen Arbeitgeber zu äußern. Die arbeitsrechtliche Relevanz solcher Äußerungen hängt im Wesentlichen von zwei Faktoren ab.**

**Zum einen ist danach zu differenzieren, ob es sich bei der vom Arbeitnehmer verbreiteten Information um behauptete tatsächliche Geschehnisse oder um kritische Werturteile handelt. Zum andern macht es einen Unterschied, ob Adressat der Information die zur Klärung und Verfolgung etwaiger Pflichtverletzungen zuständigen staatlichen Stellen oder aber die Öffentlichkeit (Presse, frei zugängliche Informationen in den Sozialen Medien) bzw. eine begrenzte Teil-Öffentlichkeit sind (Verwandten- und Freundeskreis; private Chatgruppen).**

#### 1. Unterrichtung der zuständigen Behörden

Soweit keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen bestehen, ergeben sich gewisse Befugnisse zur Unterrichtung der zuständigen Stellen aus dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit, aus den staatsbürgerlichen Rechten des Arbeitnehmers sowie aus dem rechtsstaatlichen Anspruch auf Justizgewährleistung. Hierzu wird wegen der Gewährleistungen durch Art. 10 EMRK vorab auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 16. Februar 2021 (application no. 23922/19)<sup>132</sup> verwiesen, dessen Kernaussagen sich auch in den nachfolgend dargelegten Grundsätzen der deutschen Rechtsprechung wiederfinden.

##### a) Whistleblower

Im Anwendungsbereich des Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (HinSchG)<sup>133</sup> haben die dort für sog. Whistleblower enthaltenen Regelungen Vorrang vor den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen. Das heißt insbesondere, dass sich bei den im Gesetz näher genannten Rechtsverstößen (§ 2 HinSchG) der Arbeitnehmer an die gesetzlich eingerichteten Meldestellen wenden darf. Entgegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Prinzipien hat er dabei nicht zunächst eine innerbetriebliche Lösung zu suchen, sondern darf sich gemäß § 7 HinSchG nach seiner Wahl sowohl an die interne Meldestelle (§ 12 HinSchG) als auch an die externen Meldestellen (§§ 19 ff. HinSchG) wenden. Eine Offenlegung, also ein "Schritt an die Öffentlichkeit", ist ihm aber gemäß § 32 HinSchG nur gestattet, wenn die Meldestellen innerhalb gewissen Fristen nicht reagieren oder wenn eine der in § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG genannten Sondersituationen vorliegen (Notfall; drohende Repressalien usw.).

<sup>129</sup> Landesarbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 17. November 2022 - 1 Sa 40/22 - NZA-RR 2023, 279 (Kurzwiedergabe), juris Rn. 7 ff.; Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14. Oktober 2022 - 12 Sa 51/22 - juris Rn. 72 ff.; Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 27. Februar 2018 - 1 Sa 515/17 - NZA-RR 2018, 244, juris Rn. 29 und Rn. 32; Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 6. Juni 2019 - 4 Sa 18/19 - juris Rn. 88, dort nach Abmahnung.

<sup>130</sup> Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 16. August 2022 - 2 Sa 54/22 - ArbR 2023, 418 (Leitsatz, Kurzwiedergabe), juris Rn. 76 und Rn. 81.

<sup>131</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 12. Dezember 2022 - 16 Sa 700/22 - juris Rn. 27.

<sup>132</sup> EGMR, Urteil vom 16. Februar 2021 - application no. 23922/19 - AfP 2021, 119, insbesondere juris Rn. 65 ff.; deutsche Textfassung:

<https://www.regierung.li/files/attachments/egmr-23922-19.pdf>;

englisch-sprachige Textfassung unter

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-208280%22%7D>).

<sup>133</sup> Hinweisgeberschutzgesetz - HinSchG; <https://www.gesetze-im-internet.de/hinschg/BJNR08C0B0023.html>.

Auch in Georgien haben die gesetzlichen Regelungen zum Schutz von sog. Whistleblowern (Chapter V<sup>1</sup>, Art. 20<sup>1</sup> ff. des georgischen Gesetzes über die Korruptionsbekämpfung) Vorrang vor den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen. Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser gesetzlichen Regelungen dürfen aber auch in Georgien zumindest die Grundzüge der nachfolgend dargelegten deutschen Rechtslage gelten, da diese auf den Vorgaben der EMRK (und den inhaltsgleichen verfassungsrechtlichen Grundrechten) beruht.

### b) Strafanzeigen u.a.

Die Einschaltung der Staatsanwaltschaft wegen eines vermeintlich strafbaren Verhaltens des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten stellt eine Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte dar. Soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden, verhält sich der Arbeitnehmer daher mit der Erstattung einer Strafanzeige im Regelfall nicht pflichtwidrig.<sup>134</sup> Ob der Arbeitnehmer vor der Erstattung einer Strafanzeige den Versuch einer innerbetrieblichen Klärung unternehmen muss, hängt davon ab, ob er mit einer neutralen, unvoreingenommenen Aufarbeitung der Vorgänge innerhalb des Betriebs rechnen kann. Hieran kann es, je nach Lage des Einzelfalles, insbesondere fehlen, wenn sich die Vorwürfe direkt gegen den Arbeitgeber oder gegen seine Repräsentanten richten.<sup>135</sup>

Zusammenfassend führt das Bundesarbeitsgericht aus (BAG, Urteil vom 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - NZA 2017, 703, juris Rn. 14, ohne Zitate):

*„Die Anzeige des Arbeitnehmers darf sich deshalb mit Blick auf die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf sein Verhalten oder das seiner Repräsentanten darstellen. Dabei können als Indizien für eine unverhältnismäßige Reaktion sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen (...). Soweit ihm*

*dies zumutbar ist (...), ist der Arbeitnehmer wegen der sich aus der Pflicht zur Rücksichtnahme ergebenden Pflicht zur Loyalität und Diskretion gehalten, Hinweise auf strafbares Verhalten in erster Linie gegenüber Vorgesetzten oder anderen zuständigen Stellen oder Einrichtungen vorzubringen. Es ist daher zu berücksichtigen, ob ihm andere wirksame Mittel zur Verfügung standen, um etwas gegen den angeprangerten Missstand zu tun, andererseits aber auch ein öffentliches Interesse an einer Offenlegung der Information.“*

Sinngemäß gelten diese Ausführungen, wenn sich ein Arbeitnehmer an eine andere für die Angelegenheit zuständige staatliche Stelle wendet; so etwa eine angestellte Ärztin an die Ärztekammer.<sup>136</sup> Soweit ein Arbeitnehmer als Zeuge zu betrieblichen Verhältnissen aussagt, kommt er einer staatsbürgerlichen Pflicht nach. Deshalb dürfen arbeitsrechtliche Konsequenzen an eine Zeugenaussage nicht geknüpft werden, solange das Gesagte nicht bewusst oder leichtfertig falsch war.<sup>137</sup>

## 2. Schritt an die Öffentlichkeit

Ein Arbeitnehmer ist nicht von vornherein gehindert, innerbetriebliche Meinungsverschiedenheiten oder von ihm gesehene Pflichtverletzungen des Arbeitgebers an die Öffentlichkeit zu tragen. In aller Regel muss er jedoch zunächst eine unternehmensinterne Klärung herbeiführen. Selbst wenn diese scheitert, hat er sich im nächsten Schritt grundsätzlich an die zuständigen Behörden zu wenden, darf also nicht sogleich die Öffentlichkeit unterrichten.<sup>138</sup> Die in § 32 HinSchG enthaltene gesetzliche Stufung (dazu oben a)) ist insoweit Ausdruck eines allgemeinen Prinzips der Verhältnismäßigkeit.

Sind diese Voraussetzungen gewahrt, vor allem also im Regelfall vergebens die Behörden eingeschaltet worden, kann ein Arbeitnehmer berechtigt sein, die von ihm angeprangerten betrieblichen Verhältnisse

<sup>134</sup> BAG, Urteil vom 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - NZA 2017, 703, juris Rn. 14.

<sup>135</sup> Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 15. August 2023 - 5 Sa 172/22 - ArbR 2023, 602 (Leitsatz, Kurzwiedergabe), juris Rn. 99.

<sup>136</sup> Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 6. November 2020 - 9 Sa 426/20 - juris Rn. 170 ff..

<sup>137</sup> BVerfG, Beschluss vom 2. Juli 2001 - 1 BvR 2049/00 - NJW 2001, 3474, juris Rn. 10 f..

<sup>138</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Juli 2022 - 5 Sa 466/21 - juris Rn. 107; Riesenhuber in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 626 BGB Rn. 76; Staudinger/Temming, BGB (2022) § 626 Rn. 133.

einer breiten Öffentlichkeit darzustellen.<sup>139</sup> **Wegen der damit verbundenen gravierenden Folgen muss ein Arbeitnehmer, der Missstände bei seinem Arbeitgeber öffentlich machen will, aber die Richtigkeit seiner Vorwürfe sorgfältig überprüfen, bevor er die Öffentlichkeit in Kenntnis setzt.**<sup>140</sup> Etwas reduziert kann diese Überprüfungspflicht sein, wenn sich der Arbeitnehmer an einen von ihm grundsätzlich beherrschbaren Bereich von wenigen ihm vertrauten Personen wendet.<sup>141</sup> In den in § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG genannten Sondersituationen (Notfall; drohende Repressalien usw.) kann der Arbeitnehmer auch außerhalb des Anwendungsbereichs des HinSchG ganz ausnahmsweise berechtigt sein, sich unmittelbar an die Öffentlichkeit zu wenden.

Während eine öffentliche Kritik an betrieblichen Verhältnissen unter den dargelegten Voraussetzungen berechtigt sein kann, verstoßen persönliche Herabwürdigungen des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten grundsätzlich gegen die vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme.<sup>142</sup> Diese gebietet zudem, dass der Arbeitnehmer nicht Arbeitskollegen einer öffentlichen Schmähkritik aussetzt.<sup>143</sup>

### 3. Geschäftsschädigungen

Als Verstoß gegen die Verpflichtung zur Rücksichtnahme stellt sich zudem dar, wenn ein Arbeitnehmer durch sein Verhalten bewusst und gewollt Geschäftsschädigung herbeiführt. Diese Pflicht wird vor allem verletzt, wenn ein Arbeitnehmer bei den Geschäftspartnern des Arbeitgebers Misstrauen in dessen Zuverlässigkeit hervorruft,<sup>144</sup> so etwa, wenn der Mitar-

beiter eines Bauunternehmens gegenüber einem Architekten äußert, er würde seinem Arbeitgeber keine Aufträge mehr erteilen.<sup>145</sup>

### 4. Abmahnung

Da die berechtigten (auch wirtschaftlichen) Interessen des Arbeitgebers in aller Regel durch eine pflichtwidrige öffentliche Information stark tangiert werden, kann die Interessenabwägung dazu führen, dass dem Arbeitgeber selbst bei einer Erstbegehung eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist.<sup>146</sup>

## V. Schlechterfüllung der Arbeitspflichten

### 1. Anforderungen an Schlechterfüllung

Mit den Voraussetzungen, unter denen einem Arbeitnehmer wegen einer Schlechtleistung gekündigt werden kann, befasst sich das nachfolgend auszugsweise abgedruckte Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 17. Januar 2008 - 2 AZR 536/06 - BAGE 125, 257 (ohne Zitate)). Diese Entscheidung betrifft zwar eine ordentliche Kündigung, was aber nichts daran ändert, dass die Ausführungen zur Pflichtenstellung des Arbeitnehmers auch für die fristlose Kündigung gelten:

*"Randnummer 15*

*c) Ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leis-*

<sup>139</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Juli 2011 - 6 Sa 713/10 - juris Rn. 38.

<sup>140</sup> Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 19. April 2023 - 4 Sa 269/22 - PflR 2023, 510, juris Rn. 32; vgl. bei Unterrichtung der zuständigen Behörden: EGMR, Urteil vom 16. Februar 2021 - application no. 23922/19 - AfP 2021, 119, juris Rn. 68.

<sup>141</sup> zu Chatgruppe: BAG, Urteil vom 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - ZTR 2024, 102, dazu oben bb).

<sup>142</sup> vgl. BAG, Urteil vom 18. Dezember 2014 - 2 AZR 265/14 - NZA 2015, 797, juris Rn. 36, für Repräsentanten des öffentlichen Dienstes.

<sup>143</sup> Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 17. September 2021 - 12 Sa 23/21 - NZA-RR 2022, 74, juris Rn. 50; Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 19. April 2023 - 4 Sa 269/22 - PflR 2023, 510, juris Rn. 36.

<sup>144</sup> BAG, Urteil vom 31. Juli 2014 - 2 AZR 505/13 - BAGE 149, 1, juris Rn. 41.

<sup>145</sup> BAG, Urteil vom 6. Februar 1997 - 2 AZR 38/96 - juris Rn. 23.

<sup>146</sup> vgl. etwa: BAG, Urteil vom 31. Juli 2014 - 2 AZR 505/13 - BAGE 149, 1, juris Rn. 41; BAG, Urteil vom 6. Februar 1997 - 2 AZR 38/96 - juris Rn. 23; BAG, Urteil vom 17. Juni 1992 - 2 AZR 568/91 - juris Rn. 19.

tungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen (...). Der gegenteiligen Auffassung ... berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Arbeitsvertrag als Dienstvertrag keine "Erfolgshaftung" des Arbeitnehmers kennt. Der Dienstverpflichtete schuldet das "Wirken", nicht das "Werk".

Randnummer 16

d) Daraus ist allerdings nicht zu folgern, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht selbst willkürlich bestimmen kann. Dem Arbeitnehmer ist es nicht gestattet, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einseitig nach seinem Belieben zu bestimmen (...). Er muss vielmehr unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektivierbarer Kriterien nicht immer erkennbar. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft (...). In einer Vergleichsgruppe ist stets ein Angehöriger der Gruppe das "Schlusslicht". Das kann seine Ursache auch darin haben, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders leistungsstark sind, sich überfordern oder dass umgekehrt der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Andererseits ist das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichbaren Mittelwerts oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis darauf, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären. Dem muss auch im Rahmen des Kündigungsschutzrechts Rechnung getragen werden, da ansonsten einer Vertragspartei die Möglichkeit genommen würde, einen vertragswidrigen Zustand mit rechtlich zulässigen Mitteln zu beseitigen.

Randnummer 17

e) Dieser Konflikt zwischen den genannten widerstreitenden Gesichtspunkten kann nach den Regeln der abgestuften Darlegungslast angemessen gelöst werden (...).

Randnummer 18

aa) Dabei ist es zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den Leistungsmängeln das vorzutragen, was er wissen kann. Kennt er lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des betreffenden Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Davon kann dann gesprochen werden, wenn, gemessen an der durchschnittlichen Leistung der vergleichbaren Arbeitnehmer, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist.

Randnummer 19

Hat der Arbeitgeber vorgetragen, dass die Leistungen des Arbeitnehmers über einen längeren Zeitraum den Durchschnitt im vorgenannten Sinne unterschritten haben, ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, ggf. das Zahlenwerk und seine Aussagefähigkeit im Einzelnen zu bestreiten und/oder darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hier können altersbedingte Leistungsdefizite, Beeinträchtigungen durch Krankheit, aber auch betriebliche Umstände eine Rolle spielen. Legt der Arbeitnehmer derartige Umstände plausibel dar, so ist es alsdann Sache des Arbeitgebers, sie zu widerlegen. Trägt der Arbeitnehmer hingegen derartige Umstände nicht vor, so gilt das schlüssige Vortragen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Es ist dann davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

Randnummer 20

bb) Bei quantitativen Minderleistungen hat sich der Senat (...) an den Werten orientiert, die für die Annahme einer grundlegenden Störung des Leistungsgleichgewichts herangezogen worden sind.

Randnummer 21

cc) Für den Fall qualitativer Minderleistung sind solche auf die bloße Fehlerhäufigkeit abstellende Grenzen, auch wenn sie für eine rechtssichere Handhabung durch die Tatsacheninstanzen wünschenswert wären, für sich nicht geeignet, die Kündigungsrelevanz der dem Arbeitnehmer konkret vorgeworfenen Pflichtverletzungen hinreichend sicher einzugrenzen. Absolute Bezugsgrößen, etwa dergestalt, dass bei ei-

ner doppelten oder, wovon das Arbeitsgericht wohl ausgegangen ist, dreifachen Fehlerquote ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund angenommen wird, berücksichtigen nicht hinreichend, dass je nach Art der Tätigkeit und der dabei möglicherweise auftretenden Fehler diesen ein sehr unterschiedliches kündigungsrelevantes Gewicht beizumessen ist. Es sind Tätigkeiten denkbar, bei denen bereits ein einmaliger Fehler derart weitreichende Konsequenzen hat, dass eine Vertragspflichtverletzung erheblich eher anzunehmen ist als bei anderen Fehlern (zB Sorgfaltspflichten eines Piloten). Andererseits gibt es Tätigkeiten, bei denen Fehler nach der Art der Tätigkeit vom Arbeitnehmer kaum zu vermeiden und vom Arbeitgeber eher hinzunehmen sind, weil ihre Folgen das Arbeitsverhältnis nicht all zu stark belasten. Deshalb ist in derartigen Fällen über die bloße Betrachtung der Fehlerhäufigkeit hinaus eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der konkreten Arbeitsanforderungen und der konkreten Gegebenheiten des Arbeitsplatzes geboten. Die Prüfung hat sich auch hier an dem Maßstab zu orientieren, ob und ggf. in welchem Umfang das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt ist.

Randnummer 22

dd) Bei einer Kündigung wegen qualitativer Minderleistung des Arbeitnehmers ist es danach zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den aufgetretenen Leistungsmängeln das vorzutragen, was er über die Fehlerzahl, die Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wissen kann. Kann der Arbeitgeber darlegen, dass der Arbeitnehmer längerfristig die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigter Arbeitnehmer erheblich überschreitet, so kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Da jedoch der Vergleich durchschnittlicher Fehlerquoten für sich noch keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, ob durch die fehlerhafte Arbeit des gekündigten Arbeitnehmers das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist, muss der Arbeitgeber hier weitere Umstände darlegen. Anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des betreffenden Arbeitnehmers ist näher darzulegen, dass die

längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den Gesamtumständen darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hierbei ist insbesondere darzulegen, welche betrieblichen Beeinträchtigungen durch die konkret darzulegenden Fehler verursacht werden und dass es sich insoweit nicht lediglich um Fehler handelt, die trotz einer gewissen Häufigkeit angesichts der konkreten Umstände der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber hinzunehmen sind."

## 2. Schlechterfüllung als Grund für fristlose Kündigung

Im Regelfall können bei Schlechtleistungen die Interessen des Arbeitgebers durch den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung nach vorausgegangener Abmahnung genügend gewahrt werden.<sup>147</sup> Eine Schlechtleistung kann daher nur in Ausnahmefällen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.<sup>148</sup>

Hält der Arbeitnehmer vorsätzlich seine Arbeitskraft zurück und arbeitet nicht unter angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten, kann dies zwar zu einer ordentlichen Kündigung führen.<sup>149</sup> Eine fristlose Kündigung wird aber ein bewusst unzulänglicher Arbeitseinsatz ohne vorherige Abmahnung nur ganz ausnahmsweise begründen können. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Arbeitnehmer zwar seine individuellen Fähigkeiten nur begrenzt beeinflussen kann, wohl aber, was er mit seinen Gaben macht. Damit hat aber die Abmahnung als Art "gelbe Kar-

<sup>147</sup> BAG, Urteil vom 4. Juli 1991 - 2 AZR 79/91 - juris Rn. 30; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 25. November 2009 - 12 Sa 879/09 - AiB 2010, 269, juris Rn. 22.

<sup>148</sup> BAG, Urteil vom 4. Juli 1991 - 2 AZR 79/91 - juris Rn. 30; Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 5 Sa 147/22 - juris Rn. 70; Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 15. September 2011 - 5 Sa 53/11 - NZA-RR 2012, 246, juris Rn. 40; Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 7. Februar 2013 - 9 Sa 1315/12 - juris Rn. 28; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 25. November 2009 - 12 Sa 879/09 - AiB 2010, 269, juris Rn. 22.

<sup>149</sup> BAG, Urteil vom 17. Januar 2008 - 2 AZR 536/06 - BAGE 125, 257, juris Rn. 15 ff; BAG, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - BAGE 109, 87, juris Rn. 90.

te“ in aller Regel als milderer Mittel Vorrang vor einer fristlosen Kündigung.

Bei einer nachhaltigen vollständigen Arbeitsverweigerung, etwa bei einem sog. „wilden“ Streik, kommt zwar eine fristlose Kündigung in Betracht.<sup>150</sup> Aber selbst sie wird meist einer vorherigen Abmahnung bedürfen, weil die Arbeitsverweigerung auf einem steuerbaren Verhalten (dazu oben B. 3. b)) beruht.<sup>151</sup>

Liegt die Schlechterfüllung nicht in einem defizitären oder gar verweigerten Arbeitseinsatz, sondern in einer spontan eingetretenen Fehlleistung, kann eine fristlose Kündigung (aber eher ausnahmsweise) bei einem besonders schweren Fehler gerechtfertigt sein.<sup>152</sup> Etwas näher liegt eine fristlose Kündigung, wenn das Fehlverhalten weniger in einem kurzzeitigen menschlichen Versagen liegt, sondern mehr in einer systematischen Missachtung von Sorgfaltspflichten oder von internen Vorgaben (dazu näher unter b)). Aber selbst dann wird eine Abwägung der Gesamtumstände eher dazu führen, dass dem Arbeitgeber vor einer fristlosen Kündigung eine Abmahnung zuzumuten ist.

Die Höhe des durch die Fehlleistung konkret eingetretenen Schadens ist dabei nicht von zentraler Bedeutung.<sup>153</sup> Entscheidend für die bei einer fristlosen Kündigung erforderliche Interessenabwägung ist nämlich, wie bereits erwähnt, weit mehr die Schwere der Pflichtverletzung als die (oft von Zufälligkeiten abhängige) Höhe des konkret eingetretenen Schadens. Allerdings wirkt das mit der Fehlleistung abstrakt verbundene Schadenspotential insofern auf die Interessenabwägung zurück, als die Pflicht zu einer besonders sorgfältigen Vorgehensweise in einem

proportionalen Verhältnis zu den Folgen von etwaigen Fehlleistungen steht. Deshalb kann in Sondersituationen eine fristlose Kündigung selbst dann gerechtfertigt sein, wenn eine besonders schwere Pflichtverletzung letztlich folgenlos geblieben ist; etwa weil der Co-Pilot einen gravierenden Fehler des Piloten gerade noch rechtzeitig „ausgebügelt“ hat.

Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass Menschen unausweichlich Fehler machen und sich ein Arbeitgeber, der mit Hilfe von Arbeitnehmern seine betrieblichen Zwecke erreichen will bzw. „muss“, hierauf einzustellen hat.<sup>154</sup> Deshalb liegen gewisse Fehlleistungen eines Arbeitnehmers, wenn sie auch isoliert betrachtet vermeidbar sein mögen, arbeitsrechtlich in der Risikosphäre des Arbeitgebers (sog. Betriebsrisiko). Dies schlägt sich auch darin nieder, dass der Arbeitnehmer nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung bei einer betrieblich veranlassten Schädigung<sup>155</sup> seinem Arbeitgeber gegenüber bei leichtester Fahrlässigkeit nicht und bei mittlerer Fahrlässigkeit nur teilweise zum Schadenersatz verpflichtet bzw. ihm bei einer Inanspruchnahme durch geschädigte Dritte in dem seinen internen Verantwortungsbeitrag übersteigenden Umfang Freistellungsansprüche gegen den Arbeitgeber zustehen.<sup>156</sup>

#### a) Vorsätzliche Herbeiführung von Schäden oder Schadensrisiken

In einer bewussten Herbeiführung von Schäden oder Schadensrisiken liegt eine **grobe Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, die in der Regel eine fristlose Kündigung rechtfertigt.**

**Dies gilt etwa, wenn ein Arbeitnehmer bewusst in den Produktionsprozess eines Pharmaunternehmens eingreift, um einen Produktfehler auszulö-**

<sup>150</sup> BAG, Urteil vom 28. Juni 2018 - 2 AZR 436/17 - NZA 2018, 1259, juris Rn. 16; Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Juni 2023 - 5 Sa 324/22 - juris Rn. 38; Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25. April 2023 - 16 Sa 868/22 - juris Rn. 72.

<sup>151</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 7. Juni 2023 - 5 Sa 324/22 - juris Rn. 38; Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25. April 2023 - 16 Sa 868/22 - juris Rn. 72.

<sup>152</sup> BAG, Urteil vom 15. November 2001 - 2 AZR 380/00 - BAGE 99, 358, juris Rn. 18 ff.; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 11. Dezember 2020 - 6 Sa 420/20 - juris Rn. 54.

<sup>153</sup> BAG, Urteil vom 4. Juli 1991 - 2 AZR 79/91 - juris Rn. 30; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 25. November 2009 - 12 Sa 879/09 - AiB 2010, 269, juris Rn. 22.

<sup>154</sup> Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 15. September 2011 - 5 Sa 53/11 - NZA-RR 2012, 246, juris Rn. 40.

<sup>155</sup> zur betrieblichen Veranlassung in Abgrenzung zum allgemeinen Lebensrisiko: BAG, Beschluss vom 27. September 1994 - GS 1/89 (A) - BAGE 78, 56, juris Rn. 20 ff.; BAG, Urteil vom 22. März 2018 - 8 AZR 779/16 - BAGE 162, 275, juris Rn. 59 ff.

<sup>156</sup> BAG, Beschluss vom 27. September 1994 - GS 1/89 (A) - BAGE 78, 56, juris Rn. 19 ff.; BAG, Urteil vom 15. September 2016 - 8 AZR 187/15 - juris Rn. 54 ff.; BAG, Urteil vom 21. Mai 2015 - 8 AZR 116/14 - NZA 2015, 1517, juris Rn. 49.

sen,<sup>157</sup> wenn er vorsätzlich elektronische Daten oder Verwaltungsvorgänge erheblichen Umfangs bzw. größerer Bedeutung vernichtet<sup>158</sup> oder wenn er durch Vorlage falscher Covid-Impfzeugnisse Gesundheitsrisiken für die anderen Mitarbeiter schafft.<sup>159</sup> Als eine vorsätzliche Schlechterfüllung erheblichen Gewichts ist auch zu verstehen, wenn ein mit der Qualitätskontrolle betrauter Arbeitnehmer durch unzutreffende Angaben in den Kontrollunterlagen (Prüflisten usw.) vorgibt, nicht vorgenommene Kontrollen tatsächlich durchgeführt zu haben.<sup>160</sup> Eine derartige Vorspiegelung nicht wahrgenommener Überwachungstätigkeiten hebt nämlich Sicherungsmechanismen aus und schafft hierdurch ein hohes Gefahrenpotential.<sup>161</sup> Gleiches kann in Betracht kommen, wenn sich ein Arbeitnehmer systematisch über Dienstanweisungen hinwegsetzt, die der Qualitätssicherung bzw. der Verringerung eines Schadensrisikos dienen oder wenn ein Arbeitnehmer Schutzausrüstungen von Produktionsgeräten deaktiviert oder entfernt, wie etwa Schutzgitter an Sägen. In einem milderem Licht können derartige Pflichtverletzungen allerdings erscheinen, wenn der Arbeitgeber weiß oder unschwer erkennen kann, dass die von ihm vorgegebenen Sicherungsmechanismen von den Mitarbeitern nicht konsequent beachtet werden und er hiergegen nicht einschreitet.

#### b) Menschliches Versagen mit hohem Schadenspotential

Führen Schlechterfüllungen zu einem hohen Schaden oder sind sie mit einem hohen Schadenspotential verbunden, wie etwa im Verkehrsbereich und in der

Finanzbuchhaltung, ist für die Interessenabwägung von Belang, ob dem versagenden Mitarbeiter eine besondere verantwortungsvolle Aufgabe übertragen wurde (Fluglotse; Leiter einer Finanzbuchhaltung)<sup>162</sup> oder ob sich die übertragene Verantwortung in Grenzen hielt.<sup>163</sup> Daneben kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber seiner Organisationspflicht hinreichend nachgekommen ist, also ob er etwa durch Dienstanweisungen und durch interne Kontroll- und Sicherungssysteme das ihm Zumutbare getan hat, um bei Fehlleistungen Schäden zu vermeiden (etwa durch automatisierte Systeme mit einer „Plausibilitätskontrolle“) oder zumindest zu begrenzen (etwa durch Vier-Augen-Prinzip; durch spezifische Überwachung von hohen Beträgen bei Finanztransaktionen oder durch Betragslimits).<sup>164</sup> Zudem ist relevant, ob es sich bei dem Fehler des Arbeitnehmers um ein Augenblicksversagen handelt (wie etwa bei der Eingabe eines Überweisungsbetrages von 222.222.222,22 Euro, die dadurch ausgelöst wurde, dass ein Arbeitnehmer im Sekundenschlaf die Taste "2" der Eingabetastatur in "Dauerbetrieb" gesetzt hat)<sup>165</sup> oder ob er mehrfach oder gar systematisch interne Vorgaben (dazu näher unter d)) missachtet und/oder elementare Sorgfaltspflichten verletzt hat.<sup>166</sup> Des Weiteren ist ggf. die sog. Gefahrgeneigtheit der Tätigkeit, wie etwa eine Teilnahme am Straßenverkehr, zu berücksichtigen. Wegen der Bedeutung des Schadens bzw. des Schadenspotentials wird auf die obigen Ausführungen (unter 2.) verwiesen.

Bei besonders verantwortungsvollen Tätigkeiten, die höchste Konzentration erfordern, kann eine fristlose Kündigung bereits bei einem einmaligen Versa-

<sup>157</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 17. September 2012 - 17 Sa 150/12 - juris Rn. 17.

<sup>158</sup> Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 5 Sa 147/22 - juris Rn. 52 ff.; Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 17. September 2020 - 17 Sa 8/20 - RDV 2021, 105, juris Rn. 50 ff.; Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 10. März 2016 - 15 Sa 451/15 - juris Rn. 100; Landesarbeitsgericht Hamburg, Beschluss vom 24. Februar 2015 - 2 TaBV 10/14 - juris Rn. 43 ff.

<sup>159</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. Mai 2023 - 8 Sa 310/22 - juris Rn. 29 ff.

<sup>160</sup> Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 16. September 2011 - 16 Sa 1827/10 - juris Rn. 53.

<sup>161</sup> Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 16. September 2011 - 16 Sa 1827/10 - juris Rn. 58.

<sup>162</sup> so etwa in dem Verfahren BAG, Urteil vom 4. Juli 1991 - 2 AZR 79/91 - juris Rn. 31.

<sup>163</sup> so etwa in dem Verfahren Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 25. November 2009 - 12 Sa 879/09 - AiB 2010, 269, juris Rn. 22.

<sup>164</sup> vgl. BAG, Urteil vom 4. Juli 1991 - 2 AZR 79/91 - juris Rn. 31; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 11. Dezember 2020 - 6 Sa 420/20 - juris Rn. 86.

<sup>165</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 7. Februar 2013 - 9 Sa 1315/12; die dortige Kündigung betraf aber nicht den in Sekundenschlaf verfallenen Mitarbeiter, sondern jene Mitarbeiterin, die die (letztlich nicht durchgeführte) Buchung freigeschaltet hat.

<sup>166</sup> so etwa in den Verfahren BAG, Urteil vom 4. Juli 1991 - 2 AZR 79/91 - und Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 11. Dezember 2020 - 6 Sa 420/20.

gen des Arbeitnehmers in Betracht kommen.<sup>167</sup> So rechtfertigen etwa grundsätzlich erhebliche Pflichtverletzungen, in deren Folge besonders schwere Schäden an Leib und Leben entstehen können (wie etwa das versehentliche Abschalten des Beatmungsgeräts durch einen Intensivpfleger), eine fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumindest dann, wenn es sich nicht um ein einmaliges Fehlverhalten handelt und/oder wenn Weisungen oder Vorgaben missachtet wurden.<sup>168</sup>

### c) Arbeitsversäumnis

Ein unentschuldigtes Fehlen und eine eigenmächtige Urlaubsnahme eines Arbeitnehmers sind grundsätzlich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu begründen,<sup>169</sup> da der Arbeitnehmer durch eine wiederholte oder dauerhafte Arbeitsversäumnis eine besondere Unzuverlässigkeit und Verantwortungslosigkeit zeigt.<sup>170</sup> Ist das unentschuldigte Fernbleiben mit unzutreffenden Angaben zur tatsächlich geleisteten Arbeitszeit verbunden, stellen sich zusätzlich die unter C. I. 1. erörterten Aspekte. Auf eine Arbeitsversäumnis in Folge einer vorgetäuschten Erkrankung und auf die Darlegungs- und Beweislast für Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe<sup>171</sup> wird unter B. 4. eingegangen.

### 3. Missachtung von Weisungen

Nach § 611a Abs. 1 BGB i.V.m. § 106 Satz 1 der Gewerbeordnung (GewO) kann der Arbeitgeber In-

halt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, durch die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrags oder durch gesetzliche Vorschriften festgelegt sind (sog. Weisungs- oder Direktionsrecht).<sup>172</sup> An die in Ausübung des Direktionsrechts erteilten berechtigten Weisungen, auch zu Ort und Zeit der Tätigkeit, ist der Arbeitnehmer gebunden.<sup>173</sup> Ein nachhaltiger Verstoß gegen berechnigte Weisungen des Arbeitgebers ist eine Pflichtverletzung, die grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermag,<sup>174</sup> so beispielsweise, wenn sich ein Arbeitnehmer nachhaltig weigert, vom Arbeitgeber zu Recht geforderte Impfnachweise vorzulegen.<sup>175</sup>

Ein Arbeitnehmer ist zwar nur verpflichtet, rechtmäßige Weisungen zu beachten,<sup>176</sup> also etwa nicht solche, die sein Recht auf freie Meinungsäußerung einschränken<sup>177</sup> oder den Rahmen des einseitig durch den Arbeitgeber gestaltbaren Inhalts der vertraglichen Leistungspflichten überschreiten.<sup>178</sup> Missachtet ein Arbeitnehmer eine Weisung in der Annahme, diese sei rechtswidrig, hat er aber grundsätzlich das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist.<sup>179</sup>

Als schwerwiegend stellt sich im Regelfall dar, wenn ein Arbeitnehmer bewusst interne Regelungen zur Zuständigkeit für die Freigabe von Rechnungen oder Buchungen und für den Abschluss von Verträgen

<sup>167</sup> vgl. Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 5 Sa 147/22 - juris Rn. 70; Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 15. September 2011 - 5 Sa 53/11 - NZA-RR 2012, 246, juris Rn. 40.

<sup>168</sup> BAG, Urteil vom 15. November 2001 - 2 AZR 380/00 - BAGE 99, 358, juris Rn. 18, für Intensivpfleger; siehe auch BAG, Urteil vom 17. Januar 2008 - 2 AZR 536/06 - BAGE 125, 257, für Piloten.

<sup>169</sup> BAG, Urteil vom 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - NZA 2000, 1332, juris Rn. 36; Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 18. August 2006 - 10 Sa 792/06 - juris Rn. 69, Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. September 2020 - 7 Sa 54/20 - juris Rn. 61; bei Auszubildendem: BAG, Beschluss vom 18. September 2019 - 7 ABR 44/17 - NZA 2020, 329, juris Rn. 40.

<sup>170</sup> *Riesenhuber* in: Erman BGB, Kommentar, 17. Auflage 2023, § 626 BGB Rn. 77.

<sup>171</sup> vgl. auch Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. September 2020 - 7 Sa 54/20 - juris Rn. 63.

<sup>172</sup> vgl. BAG, Urteil vom 30. November 2022 - 5 AZR 336/21 - NJW 2023, 1383, juris Rn. 18.

<sup>173</sup> BAG, Urteil vom 23. August 2023 - 5 AZR 349/22 - DB 2024, 396, juris Rn. 33; vgl. etwa zum Tätigkeitsort BAG, Urteil vom 30. November 2022 - 5 AZR 336/21 - NJW 2023, 1383, juris Rn. 41.

<sup>174</sup> BAG, Urteil vom 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - ZMV 2019, 224, juris Rn. 14; BAG, Urteil vom 12. Mai 2010 - 2 AZR 845/08 - NZA 2010, 1348, juris Rn. 20; Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 23. Januar 2018 - 8 Sa 334/17 - juris Rn. 89.

<sup>175</sup> Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 3. August 2023 - 2 Sa 407/22 - juris Rn. 63.

<sup>176</sup> vgl. BAG, Urteil vom 12. Mai 2010 - 2 AZR 845/08 - NZA 2010, 1348, juris Rn. 20; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 19. Januar 2022 - 4 Sa 933/21 - juris Rn. 38 ff..

<sup>177</sup> Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 19. Januar 2022 - 4 Sa 933/21 - juris Rn. 39.

<sup>178</sup> BAG, Urteil vom 28. Juni 2018 - 2 AZR 436/17 - NZA 2018, 1259, juris Rn. 18.

<sup>179</sup> BAG, Urteil vom 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - ZMV 2019, 224, juris Rn. 14.

missachtet (etwa Betragslimits für eigenverantwortliche Entscheidungen; Vier-Augen-Prinzip; Aushebeln von Sicherungsmechanismen) und dies zu gravierenden Vermögensgefährdungen führt.<sup>180</sup> Jedoch kann eine solche Überschreitung interner Zuständigkeiten in einem milderen Licht erscheinen, wenn an ihr ein Vorgesetzter mitgewirkt hat<sup>181</sup> oder wenn bei vergleichbaren Kompetenzverstößen von Leitungsorganen mit besonderer Nachsicht reagiert wurde.<sup>182</sup> Als schwerwiegend ist im Regelfall auch einzustufen, wenn ein Arbeitnehmer Vorgaben für den Arbeits- und Gesundheitsschutz missachtet (etwa bei Mitarbeitern in Kliniken oder während der Corona-Pandemie) und hierdurch Gesundheitsgefahren für sich und andere schafft.<sup>183</sup>

#### 4. Außerdienstliches Verhalten

Ein Arbeitnehmer hat auf Grund seiner Pflicht zur Rücksichtnahme die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer billigerweise verlangt werden kann. Er ist danach auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Entstehen durch ein mit der Rechtsordnung unvereinbares außerdienstliches Verhalten negative Auswirkungen auf den Betrieb oder auf das Arbeitsverhältnis, verletzt der Arbeitnehmer daher berechnete Interessen des Arbeitgebers.<sup>184</sup>

Besonders nahe liegt die Gefahr einer solchen Rückwirkung auf das Arbeitsverhältnis, wenn die Öffentlichkeit und die Geschäftspartner besondere Anforderungen an die Seriosität des Arbeitgebers stellen. Gleiches gilt, wenn die Art der außerdienstlichen Pflichtverletzung gewisse Anhaltspunkte dafür bietet, dass der Arbeitnehmer auch beruflich nicht absolut zuverlässig sein könnte; so etwa, wenn sich der Mitarbeiter eines Kreditinstituts außerdienstlich an einer Geldwäsche beteiligt (dazu oben B. 8.) oder wenn ein im kaufmännischen Bereich tätiger Arbeitnehmer bei seinem Antrag für einen privaten Kredit gefälschte Unterlagen vorlegt.<sup>185</sup>

Ausnahmsweise kann wegen eines außerdienstlichen Verhaltens auch eine personenbedingte außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. Dies hängt von der Art des Delikts, von dem konkreten Aufgabenbereich des Arbeitnehmers, von seiner beruflichen Stellung und vom Tätigkeitsgebiet des Arbeitgebers ab. So können außerdienstlich begangene Straftaten oder mit der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unvereinbare Verhaltensweisen eines im öffentlichen Dienst mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Arbeitnehmers selbst dann zu einem Eignungsmangel führen, wenn es an einem unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis fehlt;<sup>186</sup> so etwa bei ausländerfeindlichen Äußerungen eines Lehrers in den Sozialen Medien.<sup>187</sup> Gleiches kann gelten, wenn sich der Redakteur eines öffentlich-rechtlichen Medienunternehmens außerdienstlich rassistisch oder antisemitisch äußert.<sup>188</sup> Sogar vor Beginn des Arbeitsverhältnisses liegende Ereignisse oder Umstände können eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, sofern sie das Arbeitsverhältnis erheblich beeinträchtigen und dem Arbeitgeber nicht schon vor Vertragsschluss bekannt waren.<sup>189</sup>

<sup>180</sup> Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 28. April 2023 - 21 Ca 10927/22 - juris Rn. 100 ff.; Hiermit korrespondiert, dass ein vorsätzlicher Kompetenzverstoß die fristlose Kündigung des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft rechtfertigen kann; vgl. BGH, Urteil vom 9. April 2013 - II ZR 273/11 - NJW 2013, 2425, juris Rn. 24.

<sup>181</sup> vgl. BGH, Urteil vom 9. April 2013 - II ZR 273/11 - NJW 2013, 2425, juris Rn. 24, für Mitwirkung eines anderen Leitungsorgans bei Kompetenzüberschreitung eines Geschäftsführers.

<sup>182</sup> Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 11. Dezember 2020 - 6 Sa 420/20 - juris Rn. 85.

<sup>183</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 27. Februar 2023 - 3 Sa 312/22 - juris Rn. 97, für Arbeitsanweisungen zum Schutz von Corona-Infektionen.

<sup>184</sup> zum Ganzen: BAG, Urteil vom 25. April 2018 - 2 AZR 611/17 - NZA 2018, 1405, juris Rn. 44; BAG, Urteil vom 10. April 2014 - 2 AZR 684/13 - NZA 2014, 1197, juris Rn. 14; BAG, Urteil vom

20. Juni 2013 - 2 AZR 583/12 - NJW 2014, 244, juris Rn. 26; BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - BAGE 137, 54, juris Rn. 31.

<sup>185</sup> Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 19. August 2021 - 8 Sa 1671/19 - juris Rn. 7 ff..

<sup>186</sup> BAG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 2 AZR 583/12 - NJW 2014, 244, juris Rn. 4.

<sup>187</sup> Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21. Juni 2022 - 5 Sa 256/21 - NZA-RR 2022, 586, juris Rn. 38 ff..

<sup>188</sup> vgl. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28. Juni 2023 - 23 Sa 1107/22 - AE 2023, 237, juris Rn. 53.

<sup>189</sup> BAG, Urteil vom 5. April 2001 - 2 AZR 159/00 - NJW 2002, 162,

## 5. Störungen des Betriebsfriedens

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Störungen des Betriebsfriedens oder des Betriebsablaufs zu vermeiden. Dies entspricht dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers an der Wahrung des Betriebsfriedens und an der Einhaltung der betrieblichen Ordnung, da diese Voraussetzung für eine funktionierende Arbeitsorganisation sind.<sup>190</sup>

*Wie bereits erwähnt, kommt dem Arbeitgeber bei der Entscheidung über die von ihm zu ergreifenden Maßnahmen ein Auswahlermessen zu (dazu oben B. I. 6. b)). Dieses kann aber bei Störungen des Betriebsfriedens eingeschränkt sein. Teil der Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Arbeitnehmern ist es nämlich auch, dass der Arbeitgeber geeignete Maßnahmen ergreift, um ein geordnetes Zusammenleben der Betriebsgemeinschaft zu gewährleisten.<sup>191</sup>*

Auf Störungen des Betriebsfriedens durch ein bewusst illoyales Verhalten gegenüber Vorgesetzten oder Arbeitskollegen wurde bereits unter III. und IV. eingegangen. Darüber hinaus kann ein Aufwiegeln

der anderen Arbeitnehmer zu einer Störung des Betriebsfriedens führen und, je nach Lage des Einzelfalls, eine fristlose Kündigung zur Folge haben.<sup>192</sup> Den Betriebsfrieden kann auch stören, wenn ein Arbeitnehmer ihm im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens bekannt gewordene personenbezogene Daten anderer Mitarbeiter, etwa zu deren Gesundheitszustand, unternehmensintern verbreitet und hierdurch Persönlichkeitsrechte massiv verletzt.<sup>193</sup> Zu Mitarbeitern, die permanent ungefragten Rat erteilen, formuliert das Thüringer Landesarbeitsgericht in einem Leitsatz:<sup>194</sup>

*„Ein Arbeitnehmer, der vorgibt alles besser zu wissen und dies gegenüber Kolleginnen und Vorgesetzten kundtut, beeinträchtigt nachhaltig den Betriebsfrieden.“*

Dem werden weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer widersprechen und dies zeigt, dass zwischen ihnen mehr Gemeinsamkeiten bestehen, als die obige Darstellung von Konfliktsituationen erscheinen lassen mag.

juris Rn. 57; Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28. Juni 2023 - 23 Sa 1107/22 - AE 2023, 237, juris Rn. 64.

<sup>190</sup> BAG, Urteil vom 1. Juni 2017 - 6 AZR 720/15 - BAGE 159, 192, juris Rn. 49.

<sup>191</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18. Februar 2019 - 3 Sa 308/18 - juris Rn. 98.

<sup>192</sup> Landesarbeitsgericht Köln, Beschluss vom 25. Januar 2019 - 9 TaBV 117/18 - NZA-RR 2019, 323, juris Rn. 52.

<sup>193</sup> Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 25. März 2022 - 7 Sa 63/21 - NZA-RR 2022, 361, juris Rn. 15.

<sup>194</sup> Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 5. Dezember 2023 - 5 Sa 39/23 - juris.

## Reflective Loss of Partners due to Damages Suffered by Company

Assoc. Prof. Giorgi Rusiashvili  
Tbilisi State University

The sentence of roman jurist *Pomponius – iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimentum et injuria fieri locupletioem*<sup>1</sup> – is widely known. It suggests that any unjustified transfer of wealth should be reversed, a concept encountered in almost all texts related to unjust enrichment. However, it's important to note that such a generalized maxim, asserting that all damages are compensable, does not exist in tort law or contract law. The reason for this is that damage can occur in various ways, and the individual who has sustained harm does not always possess the right to seek compensation. Only the person whose rights have been infringed upon has the entitlement to claim damages.<sup>2</sup> In cases of breach of contractual duties, the right to claim compensation belongs to the contractual partner. As for tort claims (governed by Article 992 of the Georgian Civil Code), they are limited to individuals whose absolute rights were violated or whose legal provisions, designed to protect them against such damages (*Schutznorm*),

were infringed upon.<sup>3</sup> In contrast to this, so-called “third parties” must bear their damages themselves: the indirectly harmed person (mittelbar Geschädigte) does not have the right to claim damages.<sup>4</sup> In this text, the term “indirectly damaged person” will be used as the equivalent of the German “mittelbar Geschädigte” - referring to a person who has suffered damage without a breach of contractual obligation towards them or a violation of their absolute rights or protective legal provisions.<sup>5</sup>

Compensation for tort damages is typically limited to the person of creditor who is authorized according to Article 992 of the Georgian Civil Code. Similarly, compensation for damages resulting from a breach of contractual obligations can only be claimed within the context of the specific contractual relationship. This means that only the contractual partners have the right to claim such compensation and only within the scope of their contractual agreement. While this limitation is not explicitly stated in Article 408 and Article 409 of the Civil Code of Georgia, which refers to “money compensation to the creditor”, elucidates that there exists a strong connection between the creditor's status and the right to compensation for damages. It establishes the creditor's status as a legal prerequisite for the right to seek compensation for damages. This approach ensures that the risks associ-

---

<sup>1</sup> Pomponius: D.50, 17, 206.

<sup>2</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), Georgian-German Journal of Comparative Law 11/2020, 26 seq. (in Georgian); *Rusiashvili*, Indirectly damaged Person, admission of the lawsuit, protection of trust in an administrative act (in Georgian), Georgian-German Journal of Comparative Law 10/2023, 50 seq.; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 6. Aufl., München 2016, Rn. 623 f.; *Schiemann* in Staudinger BGB, 2004, Vor § 249 Rn. 49; *Grüneberg*, in Palandt BGB Komm., 73. Aufl., 2014, Vor § 249 Rn. 102.

---

<sup>3</sup> See in details *Rusiashvili*, Pure economic loss, Georgian-German Journal of Comparative Law 4/2019, 1 seq. (in Georgian).

<sup>4</sup> *Grüneberg*, in Palandt BGB Komm., 73. Aufl., 2014, § 249 Rn. 103.

<sup>5</sup> It does not refer to personal injuries.

ated with contractual relationships are somewhat predictable for the involved parties.<sup>6</sup> This opinion aligns not only with the intentions of Georgian and German legislators but also reflects a recognized principle in the context of international law (see Article 74 of the CISG).

### I. Indirectly damaged person

An indirectly damaged person is considered to be an individual who, despite not suffering harm to their body, property, or other absolute goods, experiences an economic loss (pure economic loss, *reine Vermögensschaden*). This individual has no grounds to claim damages against the party responsible for the harm because the legal requirements for such a claim, as outlined in Article 992 of the Civil Code, include the wrongfulness of the inflicted damages (i.e., violation of absolute protected rights or protective provisions). Similarly, for contractual compensation claims, breach of contract must be demonstrated. When neither of these conditions are met, the damages are considered as pure economic loss, which is not compensable in Georgia (or in any other countries of the German legal family).<sup>7</sup>

For example, a person who is stuck in a traffic jam due to an accident caused by another person will not be compensated for the financial losses they suffer due to being late for an important meeting or auction. This is considered a general life risk that they bear and is not covered by any tort law. Similarly, the owner of a hotel located alongside the road has no right to compensation if one of the roads leading to the hotel is blocked due to an accident on the freeway.<sup>8</sup> <sup>9</sup> If one of the ice skaters' partners is injured in a car accident, the second one does not have the right to claim financial damages from the person re-

sponsible for the accident for the losses suffered due to the failure of their joint performances.<sup>10</sup>

These examples are generalizable and applicable (and exclude the right to demand damage compensation) in the case of all third-party damages where there is no contractual relationship with the person causing the damage (and therefore no breach of contract), and the damage is inflicted without violation of absolute protected rights or protective provisions. For example<sup>11</sup>:

The employer in case of injury to the employee; the director of the exhibition in case of injury to the artist who was commissioned to create the exhibit; the sports team in case of injury to an athlete; the buyer during the destruction of the sold item, the ownership of which has not yet been transferred to him. In these cases, the right to demand compensation for the indirectly damaged person does not arise from *Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* (an intervention in an established and functioning business) either<sup>12</sup>; An injury to an employee is not considered an intervention in an established and functioning business, which is also an absolute protected right in both Georgian and German law.<sup>13</sup> The right to claim compensation for damages does not exist in the vice versa cases either: the employee does not have the right to claim compensation for their own damages in case of damage to the employer's enterprise.<sup>14</sup> It follows from the principle of excluding the right of the indirectly damaged person that the taxi company, in case of damage to the taxi car and to the employed driver which caused his inability to work, can claim only the amount that he would have received from the taxi car with another driver on it. At the same time, the demand is re-

<sup>6</sup> *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, 4. Auf., München 2020, 456.

<sup>7</sup> *Rusiashvili*, Pure economic loss (in Georgian), *Georgian-German Journal of Comparative Law* 4/2019, 9.

<sup>8</sup> BGH NZV 2015, 292.

<sup>9</sup> For the exceptions see *Rusiashvili*, Pure economic loss, *Georgian-German Journal of Comparative Law* 4/2019, 83 (in Georgian).

<sup>10</sup> BGH zfs 2003, 224.

<sup>11</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), *Georgian-German Journal of Comparative Law* 11/2020, 27 (in Georgian); *Oetker*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 281.

<sup>12</sup> *Rusiashvili*, Pure economic loss, *Georgian-German Journal of Comparative Law* 4/2019, 85 seq (in Georgian).

<sup>13</sup> BGHZ 7, 36.

<sup>14</sup> *v. Marshall*, FS v. Caemmerer, Tübingen 1978, 421.

duced by the amount that he would have to pay for the fictitious substitute driver.<sup>15</sup>

## II. Distinguishing of the directly and indirectly damaged persons from each other

As mentioned above, the distinction between directly and indirectly affected parties should be clearly delineated. It is important to recognize that the same act may violate the rights of several individuals, and the person to whom the chain of causality extends may be considered directly harmed if their assets or economic interests were protected by the violated norm. The most famous exception in this context is the so-called "Shock damage" (see below).

### 1. Contractual claims

According to Georgian contract law, generally only the directly damaged person has a claim for damage compensation. Article 394 I of the Georgian Civil Code stipulates that the existence of a contractual relationship in the form of an obligation between the damaged and damaging person is a legal requirement for this claim. Family members, the employer, or other persons related to the injured individual who indirectly suffer damages are excluded from the circle of persons authorized by Article 394 I 1 if there is no binding relationship between them and the damaging person. For example, if a doctor culpably violates an obligation from a medical service contract and thereby harms a patient, then only the patient has the right to claim damages based on the contract. His relatives can only claim damages if they somehow become contractual partners of the doctor.<sup>16</sup> Otherwise, they have no claim.

It is absurd and it would be an unjustified absolutization of the relative contractual rights, if the son of the employee were able to demand compensation for damages due to the unjust dismissal of an employed father by the employer – in the amount of reduced alimony due to this dismissal. These types of

cases are solved and damage compensation is denied with the brief reference to the relativity of the obligation claims – the employer only violates the relevant contractual obligation towards the father, and it has the consequences only in the relationship between them. In fact, the idea behind relativity is this, that only the father was in a contractual relationship with the employer, and it is up to him to decide whether or not to make demands arising from this contract. Only the fact that a third party (son) was also indirectly damaged due to the breach of the employer's obligation is not a sufficient reason for the direct responsibility of the employer to the son, bypassing the father. The father may not want to make demands to the employer, because, in turn, the employer has the right to make counterdemands, for example: violations during the employment relationship that do not justify the termination of the contract, although it is a source of inconvenience for the father, or demands arising from any other relationship, which the employer has relinquished this right under the condition (without deduction and settlement), that also the father would not appeal on the illegality of dismissal. Or the father may be a friend of the employer and has no intention to argue with him. However, the main reason for the exclusion of claims of the indirectly damaged person is not in the "unauthorized" use of the rights of the directly damaged person, but in fact that with such an assumption, the liability of the damaging person would become limitless. If the child had a claim for damages due to the loss of alimony, the employee's wife, his creditors, who due to lack of debtors money could not receive the amount due to him and could not invest to make a profit, should also have a claim against the employer, as well as the creditors of the creditor, etc. With this assumption, every breach of obligation would become a mechanism for the realization of undefined risks of responsibility, and everyone would be accountable against everyone. All these arguments are united under the concept of the relativity of the obligational relationship – by entering into an obligational relationship, a person must fulfill his duty only to his counterparty, which also implies that in case of breach of obligation, he must answer only to him.

<sup>15</sup> BGH NJW 1979, 2244.

<sup>16</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), *Georgian-German Journal of Comparative Law* 11/2020, 28; BGHZ 89, 266 (in Georgian).

Any other admission would be the crossing of the line of private autonomy.

From the aforementioned cases, absolute exceptional cases should be distinguished, where the damage of a third party is also compensated within the framework of the contractual relationship. We are referring to a contract “with a protective effect against a third party”<sup>17</sup> (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*), which is not clearly applicable in this context.

## 2. Tort claims

Also in tort law, according to the general rule, only the directly damaged person has the right to claim damages.<sup>18</sup> This follows from the structure of tortious liability (Article 992 of the Georgian Civil Code), which requires wrongfulness (*Rechtswidrigkeit*). Wrongfulness exists only when there is a violation of an absolute protected right or economic loss is inflicted, but under violation of a provision designed to protect the damaged person from these losses.<sup>19</sup>

### a) Violation of absolute protected rights or protective norm

Since there is no violation of the absolute protected rights of indirectly damaged third parties, and their damages are merely a consequence of damage to the property of another person (with an exception, as discussed below), their claims for damage compensation must be dismissed. Regarding the violation of the protective norm, only the person directly protected by this norm (i.e., within the scope of the norm) can claim damages.<sup>20</sup> Third parties who incur financial losses as a consequential result, and who

are outside the protective scope of this norm, cannot demand compensation.

For example, if A fraudulently takes away an apartment from B, B's wife would not be entitled to compensation for damages, even if she would have lived in the apartment under much more comfortable conditions than in her current residence. A contrary assumption would result in an enormous expansion of tortious liability and would ultimately lead to a scenario of universal liability, where claims for damages could be made by various individuals such as the future spouse of the fraud victim, who might convert the lost apartment into an office and generate income from it, or a hypothetical employee of this hypothetical office, etc. This notion were entirely absurd.

### b) indirect causality

When discussing claims for damage compensation, it's important to distinguish indirect damage from cases where legal benefits are directly taken away from the damaged person, albeit through indirect causation. For example, a child who is born with a health condition due to injury to the mother during the prenatal period is entitled to compensation for the tort and breach of contract.<sup>21</sup> This rule applies even if the child was not conceived at the time of the mother's injury.<sup>22</sup> This context also includes so-called "shock damages" – psychological injuries inflicted through emotional perception of the damage to another person. For example, if an individual witnesses the killing of their wife or mother, causing heavy mental shock as a result, the husband/son is also directly (albeit through indirect causation) damaged through harm to his mental health, which is an absolute protected right.<sup>23</sup>

## III. Damage to the company

In the context of legal entities, cases of indirect damage are particularly relevant. This occurs when harm to a partner has a reflexive impact on the com-

<sup>17</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), Georgian-German Journal of Comparative Law 11/2020, 28 (in Georgian).

<sup>18</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), Georgian-German Journal of Comparative Law 11/2020, 28 (in Georgian); *Oetker*, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 281.

<sup>19</sup> *Rusiashvili*, Pure economic loss, Georgian-German Journal of Comparative Law 4/2019, 4, 9 seq (in Georgian).

<sup>20</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), Georgian-German Journal of Comparative Law 11/2020, 29 (in Georgian).

<sup>21</sup> BGHZ 8, 248; BGHZ 58, 50.

<sup>22</sup> BGHZ 8, 248.

<sup>23</sup> BGHZ 56, 163.

pany, or conversely, when damage to the company results in financial losses for the partner (known as reflective loss).

### 1. Damage to the partner

The opinion that the sole partner of a capital company should be granted the right to claim compensation for the damage caused to the company as a result of his injury is unequivocally and unanimously considered to be wrong. For example<sup>24</sup>, due to the mistake of a lawyer, the sole partner and director of the LLC was listed in the register of debtors, leading the bank to view the LLC as unreliable and cancel its credit agreement. Consequently, this disruption affected the construction project and caused damage to the LLC. In addition to the partner not being able to claim their own damages, they should not be granted the right to claim compensation for the company's damage in their own favor, even within the legal remedy of "transferred loss" (*Drittschadensliquidation*).<sup>25</sup>

### 2. Damage to the company

It is simpler to resolve cases in which the damage is inflicted on the company. If the harmful action is directed against the company, then only the company, not the partners, has the right to claim compensation, even if the damage to the company causes the devaluation of the partners' shares.<sup>26</sup>

This principle is known as 'compensation of congruent damages only for the benefit of the company' – pecuniary loss of the partner that is congruent with the damage of the company can be claimed only by

the company. The decision of the German court<sup>27</sup>, which is most often cited in this context, is as follows: a partner of an LLC, in breach of loyalty duties to the company, created a competing enterprise through his own son. Subsequently, clients canceled their contracts with the first LLC and transferred them to this competing enterprise, causing damages to the LLC. Here, the German Supreme Federal Court did not consider the plaintiff's argument that the case concerned a breach of the duty of loyalty, which should be sanctioned in such a way that the person who caused the damage was directly responsible to the partner and must compensate reflective damage directly to him. The court also rejected the reference to the fact that the company was already liquidated as a result of bankruptcy and the bankruptcy manager had refused to claim compensation for the damages from the damaging partner through settlement. Thus, the company itself could no longer claim compensation for damages.<sup>28</sup>

In cases where there is congruence (coincidence)<sup>29</sup> between the damage caused to the company and the damage to the partner, the partner can claim compensation for the damage only for the benefit of the company (through derivative lawsuit, when its prerequisites are met), thereby covering their own damage as well.<sup>30</sup> They do not have the right to claim damages for their own benefit and in their own name. This solution is justified by the principle of capital maintenance of the company and the maintenance of the company's assets in general, as well as the equal treatment of partners.<sup>31</sup> This solution is established in paragraphs 117 I 2<sup>32</sup> and 317 I 2 of the German Stock Corporation Act and applies in a generalized form also in the case of LLCs in both Germa-

<sup>24</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), Georgian-German Journal of Comparative Law 11/2020, 30 (in Georgian); *W. Frank*, Nochmals - Schadensersatzanspruch des GmbH-Alleingesellschaftlers bei einem Schaden der Gesellschaft, NJW 1974, 2314; *W. Schulte*, Die Vermögenseinbuße bei einer Kapitalgesellschaft - ein ersatzfähiger Schaden des Alleingesellschaftlers? NJW 1979, 2232.

<sup>25</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), Georgian-German Journal of Comparative Law 11/2020, 30 (in Georgian).

<sup>26</sup> OLG Hamm NZG 2002, 780.

<sup>27</sup> BGH NZG 2013, 867.

<sup>28</sup> see in detail *W. Döser*, Anm. zu BGH, Urteil vom 14.05.2013 - II ZR 176/10 (KG), NJW 2013, 2586.

<sup>29</sup> *B. Kreße*, Schadensersatzansprüche mittelbar Geschädigter nach deutschem und französisches Zivilrecht, ZEuP 2014, 517.

<sup>30</sup> BGHZ 105, 131.

<sup>31</sup> BGH NJW 1987, 657; BGH NJW-RR 1987, 1386; BGHZ 105, 130; BGH NJW 2013, 1434; BGH NJW 1987, 1262.

<sup>32</sup> *Such party also will be under obligation to compensate the stockholders for the damage they have suffered as a result, insofar as they have suffered damage above and beyond the loss resulting for them by the damage caused to the company.*

ny and Georgia.<sup>33</sup> In the aforementioned case, the court did not take into account or reject the congruence with the argument that the income lost by the LLC would have been immediately distributed in the form of a dividend, and therefore there was no damage to the LLC, but only non-congruent damage to the claimant as a partner.<sup>34</sup> The fact that the LLC would have distributed the earnings as a dividend if received is an expression of the purpose-bound nature of the assets, but these assets are still considered damages when not received.

*a) Separated assets and separated legal subjectivity*

Beyond the reference to the above-mentioned specific principles, the main principle that should guide the law enforcer in this case is as follows: due to the independent and separate legal subjectivity of the company as a legal entity and its partner, neither of them can "mingle" the damage of the other as their own. The company cannot claim the damage inflicted on its partner as its own,<sup>35</sup> even if the partner had to use this money to make contributions to the company. Similarly, the partner cannot demand compensation for the damage caused to the company to them personally, even if this damage resulted in the devaluation of their share in an LLC or a stock corporation. A partner cannot file a lawsuit with the purpose of personally compensating for the damage caused by the devaluation of their share. Doing so would disrupt the corporate boundary that exists between the legal entity and the partner, which is manifested in the ability to own separated and unmixed assets.

A partner does not have an absolute protected right that ensures their share will not be reduced, often referred to as the "right that the value of the share remains the same." Otherwise, the partner would have the right to interfere in any management matter of the company to prevent the reduction of

this value, which is not the case.<sup>36</sup> In certain circumstances, the company can make a decision that reduces the partner's share, and the partner cannot oppose this decision. This indicates that the partner does not possess an absolute right to prevent the reduction of the value of their share, unlike, for example, the absolute right to exclude all others from the possession or damaging of one's property. The assets of the company and the assets of the partner are separated from each other, and a share is the construct that connects these two asset masses together. However, this does not differ in principle from the relative rights (claims) that one person has on the assets of another person. For example, a creditor who had the right to receive a specific item from the debtor's property cannot demand damage compensation from the person who damaged this item, just as a partner should not have the right to make a direct claim against the person who damaged the company.

*b) Capital maintenance, dedication of company assets and equal treatment of partners*

The damage caused to the partner and the shareholder, which is congruent with the damage to the company, meaning it can be undone by compensating the company and restoring the company's assets, should be corrected by compensating the company and not the partner/shareholder. If compensating the company also corrects the damage to the partner/shareholder, it indicates that the shareholder's damage is only a reflection of the damage caused to the company. Adopting the opposite view, where any damage to the company that simultaneously diminishes the value of the share could be claimed by the partner, would endanger the maintenance of the company's capital. The partner would prevail and enforce their claims first, making it difficult or even completely impossible for the company to enforce its claims.<sup>37</sup> The damaging person, after paying the partner, would no longer be obliged to pay compensation

<sup>33</sup> BGH NJW 1987, 1079.

<sup>34</sup> cf. In this regard, W. Döser, *Anm. zu BGH, Urteil vom 14.05.2013 - II ZR 176/10 (KG)*, NJW 2013, 2586.

<sup>35</sup> BGH NJW-RR 1992, 291.

<sup>36</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), *Georgian-German Journal of Comparative Law* 11/2020, 32 (in Georgian).

<sup>37</sup> BR-Dr 100/60 a, 147 zu § 113 AktG-E.

for the damages to the company. Moreover, it would violate the principle of equal treatment of partners, because if the share of several partners is reduced at the same time due to damage to the company, the direct claim of one partner would imply "first come, first served," leaving the rest of the partners empty-handed. The principle of the dedication of company assets to a certain company scope implies that these assets, until a decision to distribute them as dividends is made, are tied to the company's common purpose. A contrary approach would enforce the payment of dividends<sup>38</sup>, challenging the effect and purpose of damages, as well as the effect of enforced repayment of capital contributions against the articles of association of the company.<sup>39</sup>

As an exception, the partner can be allowed to make a claim for compensation of the reflective damage in their own name and for themselves when this damage is caused by violating the protective norm, which is designed to protect the partner as well as the company. This scenario mainly occurs when the person causing the damage is the managing person of the company, who intentionally damages the company and thereby violates the law protecting the partners.<sup>40</sup> For example, when the director of a joint-stock company violates Article 202 of the German Criminal Code and thus causes damage to both the company and the shareholder. However, for the damage caused to the company by an outsider, it is hard to imagine that there would be such a protective law that would simultaneously protect the company and its partners.

#### IV. summary

Who is considered as directly or indirectly injured person depends on the composition of the grounds for liability. In the case of contractual liability, it is determined by the protective purpose of the violated obligation – whom it protects. In tort law, it depends on who is the owner of the violated absolute right or

the goal of the protective norm. Thus, in the first case, it should be assessed in whose favor the violated contractual obligation was agreed, and in the second case, what the content of the violated right included or whose protection was the purpose/scope of the violated norm. Non-contractual obligations (arising from infringement of absolute rights/protective norms) may exist towards any person, both third parties and parties to the contract. In contrast, contractual obligations generally exist only between contracting parties. This right can be granted to a third party by assignment of claims in advance (Article 198 of the Georgian Civil Code).

If there was no contractual relationship between the plaintiff and the defendant, the plaintiff's claim for damages can only be derived from tort, more precisely, from Article 992 of the Civil Code. However, this claim will be excluded if indirect damages (reflective loss) are sought here. The structure of tort liability expressly excludes compensation for indirect damages. In tort law, according to Article 992 of the Civil Code, only damages caused wrongfully are compensated, and the violation of the law occurs when an absolute right is violated, such as property and other absolute rights, or protective norm is violated. In all other cases, the damage shall be attributed to "pure economic loss" and are not compensable. Absolute rights are not violated here. A reduction in the value of a share is not identical to the violation of the right on the share (as an absolute protected right). The owner of the share does not have an absolute right that the object of his right will always retain the same value. Devaluation of the share constitutes compensable (i.e., wrongful) damage if there were a protective norm, which is not the case here. Thus, the so-called "beneficial owner," who is not the owner/proprietor in the sense of civil law and is only an economic beneficiary from the company's profits, suffers only indirect damage by causing damage to the company and cannot claim compensation from the damaging person.

<sup>38</sup> BGH NJW 1962, 859; BGH NJW 1987, 1079.

<sup>39</sup> BGH NJW 1987, 1079.

<sup>40</sup> *Rusiashvili*, Exclusion of claims for damages for indirectly damaged person (Part 1), *Georgian-German Journal of Comparative Law* 11/2020, 33 (in Georgian).

**Art. 185, 187, 312 gZGB**

**Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Registerangaben**

OGH-Entscheidung vom 16. Januar 2014, Nr. As-189-182-2013

Der Kläger M. beantragte die Nichtigkeit des Grundstückkaufvertrages mit A. vom 17.09.2018 und die Nichtigkeit des Kaufvertrages über das gleiche Grundstück zwischen A. und K. vom 14.08.2009 sowie seine Eintragung als Eigentümer. Bezüglich des ersten Vertrages machte der Kläger geltend, dass A. den Kaufvertrag mit ihm (dem Kläger) gefälscht habe und er selbst keinen Willen zur Veräußerung des Grundstücks gehabt habe. Aufgrund des gefälschten Kaufvertrags ließ sich A. als Eigentümer im Register eintragen. Hinsichtlich des zweiten Kaufvertrags verwies M. auf die Bösgläubigkeit des Zweiterwerbers (K.). Nach Ansicht von M. hätte der Erwerber wissen müssen, dass der Veräußerer nicht der Eigentümer war. Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts war A. bereits strafrechtlich wegen Dokumentenfälschung verurteilt. Dementsprechend erklärte das Berufungsgericht den Kaufvertrag zwischen M. und A. als von Anfang an nichtig.

Aus den Gründen:

Das Kassationsgericht teilte die Entscheidungsgründe der Vorinstanz hinsichtlich der Eigentumsrechte. Das Eigentumsrecht bedeutet die volle Herrschaft über die Sache und soll nicht ohne den Willen

des Eigentümers verändert werden. Der Eigentümer soll keine ständige Angst haben müssen, dass er eines Tages ohne seinen Willen sein Eigentumsrecht verliert. Daher bietet der Gesetzgeber eine Regulierung an, die mehr oder weniger alle Teilnehmer des zivilrechtlichen Verkehrs schützt. Das Kassationsgericht wies auch darauf hin, dass der Eigentumserwerb von Immobilien nach Art. 183 gZGB geregelt ist, der die schriftliche Form des Vertrages und die Eintragung ins Register verlangt. Da zwischen M. und A. kein tatsächlicher Kaufvertrag geschlossen wurde, ist es logisch und klar, dass aufgrund eines nichtigen Vertrags auch keine Eigentumsrechte entstehen konnten. Das Kassationsgericht führt weiter aus, dass die Hauptaufgabe des Registers darin besteht, alle Rechte korrekt einzutragen. Die Öffentlichkeitsfunktion bedeutet, dass eingetragene Rechte ab dem Eintragungszeitpunkt „Kraft“ für Dritte haben. Die Gesetzgebung kennt die Richtigkeitsvermutung des Registers, was bedeutet, dass für Dritte eingetragene Rechte/Pflichten als richtig gelten, solange nichts anderes nachgewiesen ist. Daher trägt das Register einerseits eine Garantenfunktion für den zivilrechtlichen Verkehr und steht andererseits im vollen Einklang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben. Ein Konflikt entsteht, wenn das eingetragene Recht nicht mit dem tatsächlichen Inhalt dieses Rechts übereinstimmt und dies dem Dritten nicht bekannt ist. In diesem Fall haben wir einen Konflikt zwischen dem echten Eigentümer M. und dem Erwerber K. Hier muss geklärt werden, wer Vorrang hat und warum. Ist der Erwer-

ber nach der Gesetzgebung geschützt oder nicht? Die Schutzfunktion für Dritte wird durch Art. 185 gZGB gewährleistet: *"Zugunsten der Interessen eines Erwerbers gilt der Veräußerer als Eigentümer, wenn er als solcher im öffentlichen Register eingetragen ist, es sei denn, der Erwerber wusste, dass der Veräußerer nicht der Eigentümer war."* Dieser Artikel betont nochmals die Richtigkeit und Vollständigkeit des Registers, wobei auch Fehler möglich sind. Trotzdem schützt dieser Artikel die Person, die gutgläubig darauf vertraut. Der Erwerber wird auch nach Art. 312 Abs. 2 geschützt, der besagt, dass *"zugunsten desjenigen, der durch Rechtsgeschäft ein beliebiges Recht von einer anderen Person erwirbt, das im Register unter dem Namen des Veräußerers eingetragen war, die Registereintragung als richtig gilt, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Eintragung eingelegt oder dass die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt war."* Die Kassationskammer meint, dass gemäß Art. 185 und 312 gZGB der Gesetzgeber den Konflikt zugunsten des Erwerbers gelöst hat. Das bedeutet, dass der Eigentümer einen Anspruch auf Entgelt gegen den rechtswidrigen Veräußerer hat, das Eigentumsrecht aber dem gutgläubigen Erwerber verbleibt. Das Berufungsgericht hat versucht, das Problem nach dem Gleichbehandlungsprinzip zu lösen. Nach Auffassung des Kassationsgerichts gibt es in diesem Fall keine Gründe für die Anwendung dieses Prinzips. Dieser Grundsatz kann verwendet werden, wenn es eine Lücke im Gesetz gibt, und der Fall nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz gelöst werden muss. Als solche Lücke betrachtete das Berufungsgericht die unterschiedlichen Regelungen für bewegliche und unbewegliche Sachen. Das Kassationsgericht findet die Meinung des Berufungsgerichts über bewegliche und unbewegliche Sachen nicht überzeugend. Erstens muss betont werden, dass das Sachenrecht die Eigentumsübertragung bei beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschiedlich regelt. Das Eigentum an

beweglichen Sachen wird nach dem Besitz vermutet, das Eigentum an unbeweglichen Sachen basiert auf dem Register. Für bewegliche Sachen gibt es keine gesetzliche Zwangsform des Vertrages, was bei unbeweglichen Sachen anders ist. Besitz schützt die Interessen weniger als die Eintragung ins Register. Das Kassationsgericht betont, dass Gutgläubigkeit eine subjektive und keine objektive Tatsache ist. In dieser Hinsicht sollte man Art. 185 und Art. 187 gZGB vergleichen, um den Unterschied zu erkennen. Nach Art. 187 gZGB gilt der Erwerber als nicht gutgläubig, wenn er wusste oder wissen musste, dass der Veräußerer nicht der Eigentümer war. Nach Art. 185 gZGB gilt zugunsten der Interessen eines Erwerbers der Veräußerer als Eigentümer, wenn er als solcher im öffentlichen Register eingetragen ist, es sei denn, der Erwerber wusste, dass der Veräußerer nicht der Eigentümer war. Daher ist in Bezug auf unbewegliche Sachen das Prüfungsareal breiter als bei beweglichen Sachen. Deshalb kann man auch sagen, dass es keine Lücke im Gesetz gibt, weil keine gleiche Güte vorliegt. Was die Kenntnis der Unrichtigkeit des Registers angeht, erläutert der Senat, dass der Erwerber nicht alle Unrichtigkeiten kennen muss, sondern nur solche, die den gutgläubigen Erwerb in Zweifel ziehen. Mit anderen Worten bedeutet die Kenntnis der Unrichtigkeit der Eintragung, dass der Erwerber die Gründe kennt, weshalb die Eintragung unrichtig ist. In diesem Fall ist nicht ersichtlich, dass der Erwerber K. über die Eigentumsrechte von M. Bescheid wusste. Er (K.) konnte und sollte auch nicht mehr Sorgfalt walten lassen als er tatsächlich ausgeübt hat (er hat die Eintragung nachgeprüft und das Haus besichtigt). Nach Ansicht des Kassationsgerichts soll vom Käufer nicht verlangt werden, mehr Sorgfalt auszuüben, als er kann. Daher soll die Klage in dem Teil, der die Nichtigkeit des zweiten Kaufvertrages betrifft, wegen der Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht stattgegeben werden.

David Maisuradze

## Nodar Dvali gegen das georgische Parlament

### Verfassungsgericht Georgiens, Beschluss vom 26. Juni 2015, Nr. 3/4/550

Art. 312 II gZGB, Art. 21 I, II gV

Am 7.08.2011 wurde durch verfälschte Dokumente ein anderer als Eigentümer auf dem Grundstück von *Nodar Dvali* eingetragen. Danach wurde das Grundstück noch zweimal veräußert. *Dvali* erhob vor dem Stadtgericht Tbilisi Klage und verlangte die Rückgabe des Grundstücks sowie die Nichtigkeitserklärung der Kaufverträge, aufgrund derer Dritte das Grundstück erworben hatten. Das Gericht stellte fest, dass der Käufer gutgläubig war und eine Rückforderung des Grundstücks von ihm ausgeschlossen sei. Daraufhin erhob *Dvali* eine Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung, dass Art. 185 und Art. 312 II gZGB verfassungswidrig im Sinne von Art. 21 I, II gV (Eigentumsgarantie) seien. Das Verfassungsgericht ließ sich bei der Auslegung der entsprechenden Vorschriften von der ständigen Praxis des georgischen OGH leiten und erklärte Folgendes: Art. 185 gZGB regelt den Eigentumsübergang im Falle der Verfügung des im Register eingetragenen Nichteigentümers aufgrund eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts, wenn der Erwerber dabei gutgläubig war, d. h. nicht wusste, dass der Veräußerer unberechtigt war. Zusätzlich stellt Art. 312 II gZGB fest, dass der Eigentumserwerb auch ausgeschlossen sei, wenn ein Einspruch gegen die Eintragung eingelegt wurde. Somit stellte das Verfassungsgericht fest, dass selbst dann, wenn gegen die Registereintragung ein Einspruch eingelegt wurde oder eine Verwaltungsklage über die unrichtig erfolgte Eintragung anhängig ist und der Erwerber davon Kenntnis erlangt hat, Art. 185 ZGB den Eigentumserwerb von Gutgläubigen nicht hindert.

Aus den Gründen:

Nach Auffassung des Verfassungsgerichts ist bei der Beschwerdeentscheidung die Verfassungsmäßigkeit einzelner Normen gesondert zu prüfen, nach dem Inhalt, der sich aus dieser Norm selbst ergibt, und die Zusammenwirkung zweier Normen außer Acht zu lassen [d. h. den Inhalt, der sich gemeinsam aus beiden Normen ergibt]. Das Verfassungsgericht

hat ergänzend angemerkt, dass über Immobilien sowohl unentgeltliche als auch entgeltliche Geschäfte geschlossen werden können. Ein Teil der entgeltlichen Geschäfte ist den Verkehrsgeschäften zuzuordnen, darunter Geschäfte, die zwischen verschiedenen Subjekten im Rahmen des gewöhnlichen Rechtsverkehrs mit dem Zweck der Gewinnerzielung geschlossen werden. Daneben gibt es Geschäfte, bei denen der Kaufvertrag nur symbolischen Charakter hat – die Sache wird nur zu einem symbolischen Wert veräußert. In diesen Fällen ist der Hauptzweck des Geschäfts nicht die gemeinsame Gewinnerzielung. Die Vorschrift, die im Rahmen der Verfassungsbeschwerde in Frage gestellt wurde, schützt den gutgläubigen Erwerber bei entgeltlichen Geschäften. Trotzdem fand das Verfassungsgericht, dass im konkreten Fall diejenige normative Regelung von Art. 185 und 312 II gZGB streitig gewesen ist, die die Verkehrsgeschäfte betrifft, d. h. solche Transaktionen, die zwischen zwei unabhängigen Marktteilnehmern zustande kommen, wobei beide Parteien im eigenen besten Interesse handeln, um Gewinn zu erzielen. Das Gericht hat zusätzlich angemerkt, dass im Rahmen des vorliegenden Streits nur der Inhalt der streitigen Normen auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft wurde, der den gutgläubigen Erwerber bei Verkehrsgeschäften schützt. Das Verfassungsgericht hat zunächst festgestellt, dass die streitige Vorschrift das Eigentumsrecht einschränkt und ihre Verfassungsmäßigkeit nach dem in Art. 21 II GV vorgesehenen verfassungsrechtlichen Maßstab überprüft werden soll, da in diesem Fall „die Einschränkung“ als die Festlegung gesetzlicher Rahmen durch den Staat verstanden werden soll. Nach dem Verfassungsgericht ist für die Rechtfertigung der Einschränkung des Eigentumsrechts neben dringenden gesellschaftlichen Belangen auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber agiert im Sinne „dringender gesellschaftlicher Belange“, wenn er bestrebt ist, für die gesamte Gesellschaft oder einen Teil von ihr „etwas Gutes“ zu tun.

Was den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angeht, hat das Gericht zunächst den legitimen Zweck in den Blick genommen und festgestellt, dass die Verkehrsicherung, ihre Einfachheit und das Vorhandensein von günstigen Angeboten dringende gesellschaftliche

Belange darstellen. Bei der Gewährleistung dieser Belange ist die Beschränkung des Eigentumsrechts zulässig. Was die Geeignetheit angeht, regeln die streitigen Normen den öffentlichen Glauben des Grundbuches und schützen somit den gutgläubigen Erwerber, der auf die unrichtige Registereintragung vertraut hat. Gemäß diesen Normen wird der gutgläubige Erwerber Eigentümer, obwohl der Veräußerer unberechtigt war und die Registereintragung unrichtig ist. Damit stellt, nach Auffassung des Verfassungsgerichts, die durch die beschränkende Norm vorgesehene Maßnahme ein geeignetes Mittel zur Verfolgung des legitimen öffentlichen Zwecks dar.

Das nächste Element der Verhältnismäßigkeit, das das Gericht geprüft hat, ist die Erforderlichkeit. Nach Auffassung des Gerichts ist neben der Geeignetheit der beschränkenden Maßnahme zusätzlich noch ihre Notwendigkeit zu prüfen – sie soll das mildeste Mittel darstellen. Bei der Bewertung von privatrechtlicher Gesetzgebung sind die Rahmen der Notwendigkeit breiter anzulegen. Im Rahmen der Verfassungskontrolle darf das Gericht nicht die Zweckmäßigkeit einzelner Systeme der Eigentumsübertragung überprüfen. Der Gesetzgeber ist befugt, ausgehend von sozial-politischen Herausforderungen, für ein oder anderes System zu entscheiden. Trotzdem soll das vom Gesetzgeber gewählte System nicht zu unvernünftigen und ungerechten Ergebnissen führen und das Eigentumsrecht verletzen.

Nach der Bewertung des Gerichts haben zwei gutgläubige Personen einen Anspruch auf den streitigen Gegenstand, und es ist vollkommen natürlich, dass es unmöglich wird, unabhängig von jeglicher rechtlichen Wertung, diese gegenseitigen Interessen beide zu befriedigen. Es ist auch unmöglich, vom Gesetzgeber oder Richter zu verlangen, dass er durch ein Vermögensregistrierungssystem die Möglichkeit einer unrichtigen Eintragung theoretisch und vollständig ausschließt. Somit stellt sich die Notwendigkeit, die Verfügungsmöglichkeit von unrichtig eingetragenen Eigentümern zu regeln. Die streitige Norm regelt eben diese Fälle. Nach Auffassung des Gerichts ist es für die Einhaltung des notwendigen Gleichgewichts erforderlich, dass die Regulierung die Parteien maximal zur Abwendung der nachteiligen Folgen zwingt und sie für die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selbst

verantwortlich macht. Einerseits ist es eindeutig, dass die Auferlegung einer vollständigen und umfassenden Prüfung der Eigentumsverhältnisse auf den Käufer die Kosten unverhältnismäßig erhöhen und den Verkehr erheblich erschweren würde. Andererseits würde das Ignorieren solcher Informationen, wenn er über den Berechtigungsmangel des Veräußerers informiert ist, den Käufer dazu verleiten, nachlässig zu sein. Daraus ergibt sich ein System, das den gutgläubigen Erwerb ausschließt, wenn der Erwerber vom Einspruch informiert ist, stellt die beste Ausgleichsmöglichkeit für gegenseitige Interessen dar und reduziert die Zahl der strittigen Fälle.

Ausgehend von den oben genannten Gründen ist nach Auffassung des Verfassungsgerichts der Anwendungsbereich von Art. 185 ZGB zu weit, da er auch in solchen Fällen zum Eigentumsverlust führt, die weit über die Notwendigkeit des legitimen Zwecks hinausgehen. Somit wurde derjenige normative Inhalt, wonach „der Veräußerer als Eigentümer gilt, wenn er als solcher im öffentlichen Register eingetragen wurde“, soweit darunter die Fälle gemeint sind, in denen gegen die Registereintragung ein Einspruch eingelegt wurde und der Erwerber davon Kenntnis hatte, als verfassungswidrig erkannt. Abschließend soll gesagt werden, dass bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne die Sicherheit des Immobilienmarktes, die Einfachheit und die niedrigen Kosten zu Recht als Eigentumsbeschränkungsgründe in Betracht kommen, da die Störung der Entwicklung des Immobilienmarktes zugleich die Störung der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes bedeutet. Im Gegensatz dazu fördern einfache und kostengünstige Transaktionen die Möglichkeit, vom Eigentumsrecht vollständig Gebrauch zu machen, und tragen generell zur wirtschaftlichen Entwicklung bei.

Somit hat das Verfassungsgericht Folgendes entschieden (Ent. v. 17.10.2017 Nr. 3/4/550): Die Verfassungsbeschwerde wurde teilweise stattgegeben und wegen der Verletzung von Art. 21 I, II wurde derjenige Inhalt von Art. 185 ZGB als verfassungswidrig erkannt, der über den legitimen Zweck hinausgeht. Somit wurde derjenige normative Inhalt, wonach „der Veräußerer als Eigentümer gilt, wenn er als solcher im öffentlichen Register eingetragen wurde“, soweit darunter die Fälle gemeint sind, in denen gegen die

Registereintragung ein Einspruch eingelegt wurde und der Erwerber davon Kenntnis hatte, als verfassungswidrig erkannt.

Sondervotum:

Drei Verfassungsrichter waren in Bezug auf die entschiedene Sache anderer Auffassung: Die streitige Norm regelt die Stabilitätsgarantien nicht nur von privatrechtlichen, sondern auch öffentlich-rechtlichen Instituten, wie etwa dem öffentlichen Glauben der im Register eingetragenen Information. Nach dem Sondervotum hebt das Verfassungsgericht mit seiner Entscheidung praktisch die Richtigkeitsvermutung der im Register eingetragenen Tatsachen auf, was die Freiheit des Rechtsverkehrs, die Stabilität und Entwicklung in Frage stellt, die Möglichkeit des Staates in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen teilzunehmen schwächt und die öffentliche Ordnung beeinträchtigt. Die vom Gericht gewählte Auslegung bietet die Möglichkeit, dass jeder ein künstliches Hindernis gegen die Eigentumseintragung durch unbegründete Einsprüche und das Informieren der Gegen-

seite errichten kann. Die Richter, die eine abweichende Meinung hatten, stellten fest, dass, wenn der Einspruch im Register selbst eingelegt ist, dieses Organ die Verantwortung trägt und den Registrierungsprozess bis zur endgültigen Entscheidung über den Einspruch aufschieben und den Erwerber davon informieren soll. Ebenso wendet das Gericht im Falle eines Streits auf Antrag einer Partei Maßnahmen zur Gewährleistung des verletzten Rechts an (z. B. das Aussetzen des Registerverfahrens). Somit ist die Kenntnis über den Einspruch/Klage eine Folge, außer in Fällen, in denen es für einen objektiven Beobachter unmöglich gewesen wäre, von einem solchen Einspruch/Klage Kenntnis zu erlangen, oder wenn seine Kenntnis auf falschen Tatsachen beruhte.

Zudem ist die Gerichtsentscheidung vollkommen unbegründet, wenn im Falle eines eingelegten Einspruchs, aber ohne Kenntnis des Erwerbers, dem gutgläubigen Erwerber Nachlässigkeit vorgeworfen wird. Es ist unverständlich, welchen Sinn der Begriff des Verkehrsgeschäfts hat und wer unter den „ursprünglichen Eigentümer“ gemeint ist.

*David Maisuradze*