

derartige Vollmacht hat. Soll daher die Rücknahme des bundesweiten Stadionverbots erreicht werden, so muss der Verein verklagt werden, der das Stadionverbot ausgesprochen hat.

Trotzdem begeben sich die Vereine natürlich nicht des Hausrechts für Ihre Stadien, so dass sie ein Stadionverbot jederzeit für das eigene Stadion aufheben können und – nach dem oben gesagten – auch müssen, wenn durch den Betroffenen keine Gefahr droht. Durch die Aussetzung des Stadionverbots für das eigene Stadion verstößt der Verein zwar gegen Verbandsrecht des DFB – was jedoch zu keiner rechtlichen Unmöglichkeit führt. Vielmehr führt das zwingende Außenrecht hier dazu, dass es dem DFB unmöglich wird im Innenverhältnis den Verein mit Sanktionen zu belegen. Es ist daher zu entscheiden, ob das bundesweite Stadionverbot beseitigt werden soll oder nur das Verbot für ein bestimmtes Stadion. Letzteres erscheint jedoch riskanter, da sich der Verein auf die verbandsrechtliche Verpflichtung zurückziehen könnte und damit ggf. das Gericht überzeugen könnte.

b) unwirksame Stadionverbote

Mangels Vertretungsmacht unwirksam ausgesprochene Stadionverbote müssen theoretisch nicht bekämpft werden. Eine solche Unwirksamkeit kann sich aus den oben aufgeführten Gründen oder aus einer fehlenden örtlichen Zuständigkeit des Vereins oder DFB ergeben (s. o. 2.). Aufgrund der vom DFB in der Stadionverbotsliste geführten Personalien kann es jedoch zu Einlassproblemen in den Stadien kommen.

Dafür bietet sich einerseits der datenschutzrechtliche Beseitigungsanspruch an, § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BDSG, so dass ein Vollzug praktisch nicht mehr möglich sein wird. Verweigern Veranstalter den Zugang zum Stadion unter Hinweis auf das geltende bundesweite Stadionverbot ist dagegen im Wege der Leistungsklage aus dem in der Eintrittskarte verbrieften Recht auf

Zugang vorzugehen und sobald ein Spiel verstrichen ist auf Schadensersatz umzustellen. Ist der Betroffene nicht im Besitz einer Eintrittskarte bietet sich möglicherweise eine Unterlassungsklage mit dem Inhalt »Der Beklagte hat es zu unterlassen dem Kläger den Zugang zu seiner Spielstätte unter Verweis auf ein bundesweites Stadionverbot zu verwehren« an. Eine Feststellungsklage dürfte an deren Subsidiarität scheitern.

Fazit

Das zivilrechtliche Stadionverbot wird in der Praxis stark vom Strafprozess- und Sicherheitsrecht beeinflusst. Eine reine zivilrechtliche Betrachtung ist jedoch nur dort angebracht, wo tatsächlich nur Private bei der Informationsgewinnung beteiligt sind. Sobald der Staat als Ermittler oder Informant tätig wird stellen sich vielfältige Probleme. Insbesondere die Einstellung von Strafprozessen nach § 153 StPO führt im Regelfall zum Wegfall der zivilrechtlichen Beweiserleichterungen für den Veranstalter, der ein Stadionverbot ausspricht. Eine Einstellung nach § 153 a StPO hat dagegen eine stärkere Indizwirkung für die Zulässigkeit eines Stadionverbots. Bei verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen ist dagegen der festgestellte Tatbestand entscheidend. Unrichtige oder unbewiesene Daten sind bei DFB und Vereinen nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BDSG zu löschen. Im Vorfeld von Stadionverboten ist insbesondere die informelle Zusammenarbeit von Polizei und Veranstaltern problematisch, die zu einer Verwischung von Verantwortlichkeiten führen kann. Aufgrund der vielseitigen Friktionen, die die Einpassung des zivilrechtlichen Stadionverbots in das Sicherheits-, Straf- und Datenschutzrecht verursacht erscheint eine gesetzliche öffentlich-rechtliche Regelung des Stadionverbots notwendig. Hier sind die Landesgesetzgeber aufgefordert tätig zu werden, um ein Aufenthaltsverbot für alle Stadien der oberen Ligen zu ermöglichen.

Der Verdacht des Bagatelldiebstahls im Arbeitsrecht – Das sog. Pfandbonurteil

Von Dr. Claudia Keiser*, Hannover

Bagatellkriminalität und Unschuldsvermutung sind zwei Themenkomplexe, die zwar ursprünglich im Strafrecht verortet sind. Dass sie selbstverständlich gleichwohl auch im zivil- bzw. arbeitsrechtlichen Kontext relevant werden können, zeigt sich immer dann, wenn um die Wirksamkeit einer wegen einer solchen Bagatelltat ausgesprochenen Verdachtskündigung gestritten wird. Der Beitrag nimmt das Urteil des LArbG Berlin-Brandenburg gegen »Emily« zum Anlass, einerseits gegen eine »strafrechtliche Erheblichkeitsschwelle im Arbeitsrecht« zu argumentieren, andererseits aber die Bedeutung der Unschuldsvermutung im Arbeitsrecht hervorzuheben.

I. Einleitung

Die später in den Medien als »Emily« bekannt gewordene (ehemalige) KassiererIn war bereits fast 31 Jahre bei ihrem Arbeitgeber und dessen Rechtsvorgänger beschäftigt, als sie Anfang 2008 verdächtigt wurde, zwei ihr nicht gehörende Pfandbons im Wert von 48 und 82 Cent eingelöst und dadurch ihrem Arbeitgeber einen Schaden von 1,30 Euro zugefügt zu haben. Der Arbeitgeber machte geltend, dass dieser dringende Verdacht sein Vertrauen zerstört habe und kündigte »Emily« fristlos. Fast zur

selben Zeit wurde eine andere Frau vom AG Brandenburg wegen Erschleichens von Leistungen in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt.¹ Der Gesamtschaden in diesem Fall lag mit 1,20 Euro etwa auf der gleichen Höhe wie im (Verdachts-) Fall »Emily«.

Verurteilungen zu (kurzen) Freiheitsstrafen erfolgen auch angesichts von sog. Bagatelltaten jedenfalls gegenüber einschlägig Vorbestraften recht häufig,² wenn auch zumeist unter Aussetzung zur Bewährung. Davon erfährt man jedoch selbst in der Fachliteratur zumeist nur, wenn mit Berufung und/oder Revi-

* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte am Kriminalwissenschaftlichen Institut der Leibniz Universität Hannover.

¹ AG Brandenburg, Az: 25 Ds 368/07. Auf die Berufung erkannte das LG Potsdam durch Urteil vom 17. 7. 2008, Az: 27 (9) Ns 69/08 auf eine Freiheitsstrafe von 5 Monaten und 2 Wochen, die Revision führte zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs und Rückverweisung an das Landgericht, OLG Brandenburg I Ss 99/08, Beschl. vom 19. 1. 2009.

² Dann wird angenommen, dass die Freiheitsstrafe gem. § 47 Abs. 1 StGB zur Einwirkung auf den Täter unerlässlich ist, OLG Nürnberg StraFO 2006, 502; BayObLG NJW 2003, 2926.

sion geltend gemacht wird, dass die Voraussetzungen des § 47 StGB nicht richtig angewandt worden seien.³ Auch die arbeitsrechtliche Kündigung und die beamtenrechtliche Entlassung aus dem Dienstverhältnis wegen geringwertiger Eigentums- und Vermögensdelikten sind in der Praxis alles andere als eine Seltenheit.⁴ Trotzdem ist der Fall »Emily« einzigartig: Das zeigt sich schon darin, dass eine bislang beispiellose Welle der Empörung durch das Land rollte, nachdem zunächst das ArbG Berlin⁵ und sodann auf die Berufung von »Emily« auch das LArbG Berlin-Brandenburg⁶ die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bestätigt haben.

Erst auf den zweiten Blick wird erkennbar, dass die eigentliche Besonderheit des Urteils darin begründet liegt, dass es hier gar nicht um eine Bagatelltat geht, sondern lediglich um den Verdacht, eine solche Bagatelltat begangen zu haben.⁷ Der Fall gibt damit Anlass für Überlegungen sowohl zur Bedeutung materiellstrafrechtlicher Wertungen (dazu sogleich II.) als auch insbesondere der Unschuldsvermutung (dazu unten III.) im Kündigungsrecht.

II. Die Bedeutung der Bagatelltat im Straf- und Kündigungsrecht

Das LArbG Berlin-Brandenburg hat im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des BAG⁸ dargelegt, dass die rechtswidrige und vorsätzliche Verletzung des Eigentums oder Vermögens des Arbeitgebers auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein kann, wenn die Sachen nur geringen Wert besitzen. Das Eigentum könne »auch nicht zu einem Bruchteil zur Disposition der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer stehen«.⁹ Das ist sicher noch kein »ideologisch überhöhter Eigentumsschutz«,¹⁰ doch wurde hiergegen eingewandt, diese Rechtsprechung sei »prinzipiell unverhältnismäßig«, weil sie keine Grenze nach unten kenne.¹¹

1. Der fehlende Sanktionscharakter der Kündigung

Die Versuchung dagegen zu halten, dass aber nach der Rechtsprechung des BVerfG selbst eine (kurze) Freiheitsstrafe auch bei noch so geringen Schadenshöhen nicht schlechterdings unverhältnismäßig ist, ist zunächst groß. Immerhin gilt die Freiheitsstrafe, ganz gleich wie lang sie im Einzelfall ist und ob sie zur Bewährung ausgesetzt wird oder nicht, als die schärfste Sanktion schlechthin, und in dem konkreten Fall ging es lediglich um einen Zechbetrug mit einem Schaden von 13,60 DM sowie um einen Ladendiebstahl von zwei Flaschen Bier im Wert von insgesamt 1,40 DM. Das Tatgericht hatte hierfür jeweils eine Einzelstrafe von zwei Monaten verhängt und daraus eine Gesamtstrafe von drei Monaten gebildet.¹² Ungeachtet aller immer wieder vorgetragenen Zweifel an der Strafwürdigkeit der Bagatelldelikte und den Bemühungen um ihre Entkriminalisierung¹³ vertreten auch die meisten Strafgerichte die Auffassung,¹⁴ » dass bereits Diebstahlstaten von Waren bzw. Gegenständen geringen Wertes durchaus die Ahndung durch eine mehrmonatige Freiheitsstrafe gebieten können«.¹⁵

Aus alledem lässt sich jedoch mitnichten schlussfolgern, dass deshalb die Rechtsprechung des BAG im allgemeinen und das Pfandbon-Urteil des LArbG Berlin-Brandenburg im besonderen nicht unverhältnismäßig sein können. Die arbeitsrechtliche Kündigung mit der öffentlichen Strafe vergleichen zu wollen, heiße Äpfel mit Birnen zu vergleichen, und zwar ungeachtet dessen, dass die Entlassung gelegentlich als Betriebsbuße, die fristlose Entlassung gar als »äußerste betriebliche Sanktion« bezeichnet¹⁶ und von dem Betroffenen vielfach auch in gleicher

Weise als eine solche empfunden wird, wie dies auch bei einem Beamten der Fall ist, der wegen eines Dienstvergehens mittels einer Disziplinarmaßnahme aus dem Dienst entfernt wird.¹⁷ Denn der Sache, Rechtsnatur und dem objektiven Erklärungs-

- 3 Vgl. allein aus jüngster Zeit nur die im Rechtsfolgenauspruch der Tatgerichte aufhebenden Entscheidungen KG Berlin, 4. Strafsenat 1 Ss 375/08 und 249/08 (Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Monaten wegen Leistungerschleichung in drei Fällen mit einem Gesamtschaden von 6,30 Euro; OLG Brandenburg, 1. Strafsenat 1 Ss 99/08 (5 Monate und 2 Wochen Freiheitsstrafe wegen Leistungerschleichung mit einem Gesamtschaden von 1,20 Euro) sowie 1 Ss 70/08 (6 Monate Freiheitsstrafe ohne Bewährung für Ladendiebstahl von Waren im Wert von 30 Euro); OLG Sachsen-Anhalt 2 Ss 484/07 = StV 2008, 472 (Einzelstrafen von jeweils drei Monaten für den Diebstahl einer Flasche Pfefferminzlikör im Wert von 3,59 Euro und neun Flaschen Bier im Gesamtwert von 3,33 Euro).
- 4 Das gilt auch für einmalige Taten, vgl. KAISER/METZGER-PREZGIER Betriebsjustiz 1976, S. 181. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung seit dem »Bienenstichfall« (BAG NZA 1985, 91) zusammenfassend und mit Hinweisen zur verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung KLUSS NZA 2009, 337 ff.
- 5 ArbG Berlin, Ur. v. 21. 8. 2008 – 2 Ca 3632/08.
- 6 LArbG Berlin-Brandenburg, Ur. v. 24. 2. 2009 – 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188.
- 7 Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass bei allen Unklarheiten über den Begriff der Bagatellkriminalität (näher dazu und zum inneren Zusammenhang mit der »Geringfügigkeit« siehe DRIENDL ZStW 90 (1978), S. 1018 ff. (1020 f.); KAISER ZStW 90 (1978), S. 877 ff. [881 f.]) mit der Bagatellkriminalität zumeist ein Massenphänomen in Verbindung gebracht wird (KAISER S. 899). Hierzu wird aber auch die sog. Betriebskriminalität gezählt (KAISER S. 890).
- 8 Diese Rechtsprechung und die der folgenden Instanzgerichte zusammenfassend KLUSS NZA 2009, 337 ff.
- 9 LArbG Berlin-Brandenburg NZA-RR, 189 unter Bezugnahme auf BAG v. 11. 12. 2003 – 2 AZR 36/03 = NZA 2004, 486.
- 10 Formulierung entlehnt von ArbG Hamburg, Ur. vom 25. 9. 2002 RzK I 6 d Nr. 24, wo allerdings inhaltlich lediglich die Einhaltung der Kündigungsschutzregelungen eingefordert wird.
- 11 KLUSS NZA 2009, 342 mit Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG. Die SPD-Bundestagsfraktion hat daher einen Gesetzesantrag angekündigt, demzufolge Kündigungen wegen Bagatelldelikten gesetzlich ausgeschlossen werden sollen.
- 12 BVerfG 2 BvR 710/94 (Nichtannahmebeschluss v. 9. 6. 1994).
- 13 Siehe statt vieler HAMM KritV 1996, 325 ff.; HIRSCH ZStW 92 (1980), 218 ff.; KAISER ZStW 90 (1978), S. 877 ff. und MOOS ZStW 95 (1983), S. 153 ff. Beachte, dass § 42 ÖStGB, auf den MOOS sich hier bezieht, abgeschafft wurde und statt dessen ebenso wie im deutschen Recht nur noch eine Verfahrenseinstellung in Betracht kommt (näher dazu KEISER GA 2009, Heft 6, S. 344 ff. (353)) und dass zu den Entkriminalisierungsstrategien auch verfahrensrechtliche Strategien wie namentlich die Einstellung nach §§ 153 ff. StPO gezählt werden (KAISER Kriminologie 3. Aufl. 1996, § 36 Rdn. 62, 63).
- 14 Gegen eine mehrmonatige Freiheitsstrafe bei einem Ladendiebstahl von Waren im Wert von 5 DM jedoch OLG Braunschweig NStZ-RR 2002, 75 – allerdings unter Befürwortung der gesetzlichen Mindest(freiheitsstrafe); ähnlich OLG Stuttgart NStZ 2007, 37. Der BGH hat betont, es sei eine Frage des Einzelfalls, ob bei Bagatelldelikten solche Freiheitsstrafen, welche die gesetzliche Mindeststrafe übersteigen, nicht mehr schuldangemessen sind, BGHSt 52, 84 = NJW 2008, 672. Abweichend auch LG Kleve Ur. vom 14. 7. 2008, Az. 216 Ns 12/08 (LS: »Beim Diebstahl geringwertiger Sachen (bis etwa 25,00 Euro) ist selbst bei einschlägigen Vorstrafen und einer laufenden Bewährung regelmäßig eine Freiheitsstrafe nicht »unerlässlich« im Sinne des § 47 StGB.«).
- 15 OLG Celle NStZ-RR 2004, 142 mit der Hervorhebung im Original (bezogen auf einen Ladendiebstahl von zwei Tuben »Uhu-Sekundenkleber« im Wert von 5,99 Euro bzw. 5,19 Euro, die noch im Geschäft dem Detektiv zurück gegeben wurden); OLG Düsseldorf NStZ 1986, 512 f.
- 16 SCHAPER Die Entlassung als Betriebsbuße. Zulässigkeit und Voraussetzungen, Diss. Jur. Köln 1971; HELLER Die fristlose Entlassung als äußerste betriebliche Sanktion. »Ultima ratio« bei Pflichtverstößen im Arbeitsverhältnis und ihre Beschränkung durch Betriebsbußen als mildere Mittel, Diss. Jur. München 1974.
- 17 Vgl. § 10 BDG sowie die jeweiligen Landesgesetze.

wert nach handelt es sich bei der Kündigung ebenso wie bei der einer verhaltensbedingten Kündigung vorausgegangenem Abmahnung um eine ausschließlich auf den Arbeitsvertrag bezogene Willenserklärung *ohne* ahnenden Sanktionscharakter.¹⁸

Demgegenüber sind sowohl die Strafe als auch die Disziplinarmaßnahme nach dem Schuldgrundsatz zu bemessen.¹⁹ Die Gerichte sind befugt und zugleich im Interesse der Öffentlichkeit auch verpflichtet, die erforderliche Strafe bzw. Disziplinarmaßnahme zu verhängen und deshalb weder an einen Strafantrag des Verletzten noch an den Antrag des Dienstherrn gebunden.²⁰ Bei der Kündigung handelt es sich hingegen lediglich um ein Mittel zur Beendigung eines privatrechtlichen Dauerschuldverhältnisses, und es steht ganz allein im Belieben des Arbeitgebers zu entscheiden, ob er überhaupt eine Kündigung ausspricht oder nicht. – Wenn dabei vor verhaltensbedingten Kündigungen zu prüfen ist, ob den Interessen des Arbeitgebers auch durch eine Abmahnung ausreichend Rechnung getragen werden kann,²¹ steht dies auf einem anderen Blatt und braucht hier nicht weiter erörtert zu werden. Entscheidend ist, dass die Gerichte allenfalls berufen sind, über die Wirksamkeit dieser Entscheidung zu befinden.

2. Die besondere Bedeutung des Vertrauens

Dabei hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen anderen Bezugspunkt als im Straf- und Disziplinarrecht. Denn im Arbeitsrecht erscheint die Straftat (bzw. der Verdacht, sie begangen zu haben) nicht als vorwerfbare, sondern als vertrauensbrechende Handlung.²² Es geht daher nicht um die Bewertung des materiellen Schadens als (nur einem) Indikator für das Schuldmaß, sondern ausschließlich um den Vertrauensverlust.²³ Dessen Gewicht hängt aber nicht allein von der Schadenshöhe ab, sondern vor allem von der Funktion des Vertrauens im Hinblick auf die konkrete Stellung des Arbeitnehmers.

Das ist für Beamte in § 13 Abs. 2 Satz 1 BDG ganz ähnlich geregelt. *Nur* dann, aber auch *immer*, wenn ein Beamter durch ein schweres Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit *endgültig* verloren hat, ist er gem. § 13 Abs. 2 Satz 1 BDG sogar zwingend aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen, auch wenn der eigentliche Dienstherr nur eine mildere Maßnahme befürworten würde. – Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist das Vertrauensverhältnis grundsätzlich zerstört, wenn ein Beamter ihm *anvertrautes* Geld zu privaten Zwecken verwendet (zu den gleichwohl anerkannten Möglichkeiten, dieses Vertrauen wiederherzustellen siehe sogleich unter 3).²⁴

Auch im Strafrecht ist die besondere Bedeutung des Vertrauens für bestimmte Arbeitsverhältnisse seit eh und je anerkannt: Das gilt nicht nur für die Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des Untreuetatbestandes gem. § 266 StGB. Auch die Unterschlagung wird gem. § 246 Abs. 2 StGB mit bis zu fünf, statt nur bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe nach § 246 Abs. 1 StGB bestraft, wenn die Sache dem Täter anvertraut war, und im Bereich des sog. Anstellungsbetruges wird ausnahmsweise selbst bei einwandfreien Leistungen ein Vermögensschaden angenommen, wenn die besondere Vertrauensstellung sich durch eine hohe Bezahlung auszeichnet und der Arbeitnehmer sich diese Stellung durch falsche Angaben etwa über eine frühere Entlassung wegen Unzuverlässigkeit erschlichen hat.²⁵

3. Die tatsächliche Bedeutung der »Geringwertigkeit«

Auf der anderen Seite gelten im Strafrecht für solche Eigentums- und Vermögensdelikte, bei denen nur ein »geringfügiger« Schaden (von z. Zt. maximal ca. 50 Euro²⁶) verursacht wurde, beson-

dere Regeln: Für die strafrechtliche Verfolgung des Diebstahls geringwertiger Sachen ist gem. § 248 a StGB entweder der Strafantrag des Verletzten oder das besondere öffentliche Interesse erforderlich,²⁷ und nach Maßgabe des § 243 Abs. 2 StGB scheidet auch die Annahme eines besonders schweren Falles aus. Daraus wird zum Teil gefolgert, eine derartige »Erheblichkeitsschwelle« sei auch für die Kündigungen wegen Eigentumsdelikten im Arbeitsrecht einzuführen, zumal auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung über die Zulässigkeit und Erforderlichkeit von Entlassungen aus dem Dienstverhältnis die Geringwertigkeit als Milderungsgrund anerkannt und hierfür § 248 a StGB herangezogen wird.²⁸ Tatsächlich findet sich in einer neueren Entscheidung des BVerwG der Satz: »Aufgrund der Schwere dieser Dienstvergehen ist hier die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis grundsätzlich Richtschnur für die Maßnahmebestimmung, wenn die veruntreuten Beträge oder Werte insgesamt die Schwelle der Geringwertigkeit deutlich übersteigen.«²⁹ Gleichwohl ergibt sich schon aus den skizzierten grundlegenden Unterschieden zwischen Straf- und Disziplinarrecht einerseits und privatem Arbeitsrecht andererseits, dass die Kriterien gerade vor dem Hintergrund des Gesichtspunkts der Einheit der Rechtsordnung³⁰ nicht im Verhältnis von 1:1 übertragbar sind.

Unabhängig davon verkennt eine solche Sichtweise aber auch, dass es sich bei § 248 a StGB nicht eine die materielle Strafbarkeit begrenzende »Erheblichkeitsschwelle« handelt wie sie beispiels-

18 LArbG Berlin, Urt. vom 26. 3. 2003, Az. 6 Sa 2490/03, Absatz 30. ArbG Hamburg, Urt. vom 25. 9. 2002 Rzk I 6 d Nr. 24 (Absatz 33). Dies gilt ungeachtet dessen, dass Abmahnungen und Kündigungen immer wieder ein Sanktionscharakter zugeschrieben wird (BAG NZA 1989, 633 LS I b; siehe auch die Nachweise in LArbG Berlin a. a. O.; besonders drastisch KAISER/METZGER-PREZGIER (Fn. 4), S. 190 Fn. 35); weiterführend ADAM NZA 1998, S. 284 ff. Auf die Sonderproblematik der Betriebsjustiz namentlich auf Betriebsbußen kann hier aus Raumgründen nicht eingegangen werden, weiterführend jedoch JENTSCH Betriebsjustiz 2005, S. 138 ff. (150 ff.).

19 Vgl. § 46 StGB, § 13 BDG sowie für das Wehrrecht § 38 Abs. 1 WDO.

20 Zur Disziplinarbefugnis der Verwaltungsgerichte vgl. BVerwG NVwZ 2007, 695 ff.

21 ArbG Hamburg, Urt. vom 25. 9. 2002, Rzk I 6 d Nr. 24 für den Fall des erstmaligen Diebstahls einer Eistüte im Wert von einem Euro.

22 STEINAU-STEINBRÜCK/GLANZ NJW-Spezial 2008, 274.

23 LIPINSKI BB 2009, 549.

24 BVerwG NJW 1994, 210; BVerwG DÖV 2008, 156 hat dementsprechend entschieden, dass als Ausgangspunkt der Zumessungserwägungen die Verhängung der disziplinarischen Höchstmaßnahme (ausnahmsweise) nicht in Betracht kam, weil die von einem Soldaten entwendeten Sachen nur einen Wert von 12,75 Euro hatten und damit geringwertig waren und vor allem, weil sie ihm NICHT anvertraut waren.

25 Siehe schon RGSt 73, 269; SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER 27. Aufl., 2006, § 263 Rdn. 154 m. w. N.

26 SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER § 248 a Rdn. 10.

27 Die Vorschrift gilt kraft Verweisung in §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2, 259 Abs. 2 StGB entsprechend auch bei Betrug, Untreue und Hehlerei sowie für die einbezogenen Delikte.

28 Befürwortend zuletzt KLUSS NZA 2009, 340 ff.; vgl. ArbG Reutlingen AiB 1996, 623 (Unverhältnismäßigkeit der fristlosen Kündigung einer Verkäuferin für den Diebstahl von 2 Joghurtbechern im Gesamtwert von 1,38 DM nach 25-jähriger Betriebszugehörigkeit) m. zust. Anm. DÄUBLER; LArbG Hamm DB 1977, 2002 (Die Entwendung von 3 bis 5 Zigaretten im Wert von 0,40 bis 0,70 DM aus einer für Besucher und leitendes Personal bestimmten Zigarettdose stellt keinen Grund zur fristlosen Entlassung dar, solange keine besonders gearteten Umstände hinzutreten – die Gekündigte hatte keine besondere (Vertrauens-) Stellung); dagegen STEINAU-STEINBRÜCK/ZIEGLER NJW-Spezial 2009, 274; THÜSING ZRP 2009, 127.

29 BVerwG NVwZ-RR 2007, 695 (696) ohne die Hervorhebung im Original.

30 Instruktiv dazu BVerwG DÖV 2008, 156.

weise gem. § 184 g Ziff. 1 StGB für die Strafbarkeit sexueller Handlungen verlangt wird. Der Bagatelldiebstahl ist kein den Täter privilegierendes Sonderdelikt³¹, und die Regelung stellt die strafrechtliche Verfolgbarkeit auch nicht in das alleinige Belieben des Verletzten. Letztentscheidend ist immer das Interesse der Öffentlichkeit, und darauf bezieht sich denn auch die eigentliche »Erheblichkeitsschwelle« des § 248 a StGB.³² Der öffentliche Strafanspruch ist hier nämlich nicht wie bei den Officialdelikten uneingeschränkt gegeben, sondern erst dann, wenn entweder ein Strafantrag oder eben ein *besonderes* öffentliches Interesse an der Strafverfolgung vorliegt. Selbst wenn man diesen Gedanken auf das Kündigungsrecht übertragen wollte, wäre zu akzeptieren, dass gerade die Regelung des § 248 a StGB dem durch die Tat verletzten Arbeitgeber mit dem Strafantragserfordernis und der entsprechenden Antragsbefugnis eine weitgehende Entscheidungsbefugnis einräumt. Wenn er die aber schon im Hinblick auf die strafrechtliche Verfolgung hat, dann kann aus den strafrechtlichen Erwägungen heraus keine grundsätzliche Einschränkung für die Wirksamkeit von Kündigungen abgeleitet werden.

4. Fazit

Gerade weil es keinen absoluten Kündigungsgrund gibt, kann es auch keine absolute Erheblichkeitsschwelle geben, jedenfalls nicht auf der materiellen Schadensebene. Absolutheit ist hier nur insoweit erforderlich, als das Vertrauen *unwiderbringlich* verloren sein muss. *Darin* liegt denn auch die eigentliche Ähnlichkeit zur disziplinarrechtlichen Entlassung, die ebenfalls einen *endgültigen* Vertrauensverlust verlangt. Auch das BVerwG hat deutlich gemacht, dass sich die disziplinäre Bewertung des Fehlverhaltens nicht allein nach dem Wert des Zugriffsobjekts richten kann.³³ Vielmehr hat es die Geringwertigkeit der Sache herangezogen, um die Schuldsschwere und damit das Gewicht des Dienstvergehens zu bewerten. Und erst davon ausgehend hat es geprüft, ob das Vertrauensverhältnis (zum Dienstherrn) tatsächlich *unheilbar* zerstört und die Entlassung aus dem Dienst wirklich *unerlässlich* ist (um die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Integrität des Berufsbeamtentum zu wahren)³⁴ oder ob das Vertrauensverhältnis *ausnahmsweise* wieder herstellbar ist.³⁵

Zieht man eine Parallele zum Kündigungsrecht, dann kann man im Ergebnis sagen, dass bei einmaligen Bagateltaten grundsätzlich eine Vermutung für die Wiederherstellbarkeit des Vertrauens spricht.³⁶ Doch wird dieser Grundsatz wiederum dann durchbrochen, wenn das Vertrauen für das konkrete Arbeitsverhältnis absolut und ohne wenn und aber zu jeder Zeit gegeben sein muss. Das aber ist bei einer Kassiererin ganz offenkundig der Fall.³⁷

III. Die Geltung der Unschuldsvermutung im Arbeitsrecht

Eine andere Frage ist indes natürlich, ob die fristlose Kündigung schon auf den bloßen *Verdacht*, einen Bagatelldiebstahl begangen zu haben, gestützt werden kann³⁸ oder ob dem bereits die Unschuldsvermutung entgegensteht. Letzteres ist vom BAG bereits mehrfach verneint worden.³⁹ Dabei ist es zwar nie so weit gegangen zu behaupten, die Unschuldsvermutung gelte nur im Strafrecht,⁴⁰ doch wurde nachdrücklich die Auffassung vertreten, mit der Anwendung des Art. 6 Abs. 2 MRK im Privatrecht könne und dürfe nicht Ernst gemacht werden.⁴¹ Dementsprechend hat es das LArbG Berlin-Brandenburg im Fall Emily dabei belassen darauf hinzuweisen, dass es sich dieser Rechtsprechung anschließt und dass die Unschuldsvermutung im Kündigungsrecht durch das Prognoseprinzip überlagert wird.⁴²

Die eigentliche Bedeutung der Unschuldsvermutung wird dabei aber offenkundig verkannt. Wenngleich sich die Unschuldsvermutung ihrem Wortlaut nach unmittelbar nur auf das Strafverfahren selbst bezieht, handelt es sich um einen besonderen Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, der für die gesamte Rechtsordnung Geltung beansprucht.⁴³ Für das Arbeitsrecht folgt daraus, dass »aus einem Sachverhalt, an dessen Vorliegen noch ernsthafte Zweifel möglich sind, an sich keine negative Rechtsfolge für den betroffenen Arbeitnehmer hergeleitet werden (darf)«.⁴⁴ Gleichwohl steht die Unschuldsvermutung der Zulässigkeit einer Verdachtskündigung nicht prinzipiell entgegen. Doch die Frage, ob ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vorliegt oder nicht, richtet sich nicht nach arbeitsrechtlichen Maßstäben, sondern nach denen der EMRK. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK liegt vor, wenn in einem privatrechtlichen Verfahren die strafrechtliche Schuld des Betroffenen ohne Einhaltung der gesetzlichen Regelungen – wie etwa namentlich dem in Deutschland für die Schuldfrage geltenden Strengbeweisverfahren – bereits *festgestellt* wird.

So liegt es auch im Fall »Emily«. Das LArbG Berlin-Brandenburg hat zur Klärung der Verdachtsmomente eine umfangreiche Beweisaufnahme und -würdigung vorgenommen und sodann festgestellt: » (...) nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stand nämlich zur *Überzeugung* der Kammer fest, dass die Klägerin bei ihrem Einkauf am 22. 1. 2008 die beiden ihr nicht gehörenden, am 12. 1. 2008 gefundenen Leergutbons im Wert von 48 Cent und 82 Cent eingelöst hat. Damit hat sie zu Lasten ihres Arbeitgebers den von ihr zu zahlenden Einkaufspreis um 1,30 € reduziert, ohne dazu berechtigt gewesen zu sein.«⁴⁵ Diese Überzeugung spricht

31 BVerfGE 50, 205 = NJW 1979, 1039 (1040).

32 MüKo-HoHMANN § 248 a Rdn. 1 mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat selbst von § 248 a StGB nicht berührt werden.

33 BVerwG NJW 1994, 210.

34 In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass auch die kurze Freiheitsstrafe gem. § 47 Abs. 1 StGB nur zulässig ist, wenn sie entweder zur Einwirkung auf den Täter (siehe schon Fn. 2) oder in generalpräventiver Hinsicht zur Verteidigung der Rechtsordnung *unerlässlich* ist. Letzteres ist nur der Fall, wenn die Verhängung einer Geldstrafe für die Bevölkerung schlechterdings unverständlich wäre. Bei Bagatelldelikten von Ersttätern dürfte dies kaum zu begründen sein, vgl. dazu etwa KG Berlin Beschl. v. 4. 11. 2008, 4. Strafsenat 1 Ss 375/08 (249/08).

35 BVerwG, NJW 1994, 210 (ohne die Hervorhebungen im Original); BVerwG NVwZ-RR 2007, 695 ff. (LS Nr. 2, S. 696).

36 Ähnlich ArbG Hamburg, Urt. vom 21. 9. 1998, AiB 1999, 177 m. zust. Anm. BöSche; Urt. vom 25. 9. 2002; zustimmend ZUBER NZA 1999, 1142 (1144).

37 Vgl. dazu schon LArbG Düsseldorf DB 1976, 680 (LS: »Eine Kassenverwalterin kann wegen der Entnahme von 20 DM aus der Geschäftskasse fristlos entlassen werden, auch wenn ihre Absicht, den Betrag später zurückzulegen, glaubhaft ist.«).

38 Das LArbG Köln, Urt. vom 28. 3. 2007, Az. 7 Sa 1153/06 (mit Gründen über juris, LS auch abgedruckt in ArbuR 2007, 444) hat für den Regelfall ausdrücklich verneint, dass ein solcher Verdacht geeignet ist, das für die Fortsetzung eines langjährig bestehenden Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen unwiderbringlich zu zerstören.

39 Zuletzt BAG NJW 2002, 3651.

40 So aber THÜSING ZRP 2009, 127.

41 BAG NJW 1995, 1110.

42 LArbG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2009, 190.

43 EGMR NJW 2004, 43; LArbG Köln Urt. vom 28. 3. 2007, Az. 7 Sa 1153/06, Absatz 18.

44 LArbG Köln, Urt. vom 28. 3. 2007, Az. 7 Sa 1153/06, Absatz 18.

45 LArbG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2009, 190 ohne die Hervorhebung im Original. Demgegenüber kommt SCHLÖSSER HRRS 2009, 509

indes keineswegs für die Richtigkeit des Urteils, ganz im Gegenteil.⁴⁶ Die Verdachtskündigung setzt die Feststellung strafrechtlicher Schuld und die richterliche Überzeugung, wie sie gem. § 261 StPO für das Strafurteil erforderlich ist, gerade nicht voraus. Das Urteil beinhaltet aber über die bloßen Verdachtsmomente hinausgehende Feststellungen zur Schuld der Kassiererin. Zwar kommt das Wort »Schuld« in den Urteilsgründen nicht vor, doch wird das festgestellte Verhalten zweifelsfrei als Straftat eingeordnet, indem die Kammer später ausführt, lediglich die strafrechtliche Bewertung und Entscheidung zwischen »Diebstahl, Unterschlagung und Betrug« offen zu lassen.⁴⁷ Mit dieser Bewertung ist das Gericht über die arbeitsgerichtlichen Anforderungen der Verdachtsaufklärung hinausgegangen und hat gegen die Unschuldsvermutung verstoßen.

IV. Ergebnis

Lässt man die Frage, ob die Interessenabwägung im Rahmen des § 626 BGB auch zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können, außer acht, lassen sich gegen die Kündigung und ihre gerichtliche Bestätigung als solche keine Einwände erheben.

RECHTSPRECHUNG

Die mit einem * versehenen Entscheidungen werden in der jeweiligen Amtlichen Sammlung abgedruckt.

Verfassungsrecht

VvB Art. 21 Satz 1; VerfGHG § 49 Abs. 2 Satz 1 und 2; Berliner Hochschulgesetz § 10 Abs. 5

Nach dem Grundsatz der Subsidiarität ist die gegen gesetzliche Beschränkungen zulässiger Zugangsanforderungen zu Masterstudiengängen erhobene Verfassungsbeschwerde einer Universität unzulässig. Obwohl gegen das Gesetz selbst kein fachgerichtlicher Rechtsschutz eröffnet ist, kann die Universität in zumutbarer Weise wirkungsvollen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz erlangen.

Die gesetzliche Bestimmung einer »allgemeinen Masterstudiumsberechtigung« stellt keinen gezielten Eingriff in den Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit und damit in die von Art. 21 Satz 1 der Verfassung von Berlin geschützte akademische Selbstverwaltung und Satzungsautonomie dar. Dies schließt nicht aus, dass die gesetzliche Regelung in ihren Auswirkungen einen unmittelbaren Bezug zum von Art. 21 Satz 1 der Verfassung von Berlin geschützten Bereich erreicht. In diesem Zusammenhang stellen sich tatsächliche und ein-fachrechtliche Fragen, zu deren Beantwortung auf eine fachgerichtliche Vorklärung nicht verzichtet werden kann.

Eine Gesetzesänderung, die eine staatliche Zweckmäßigkeitkontrolle von Hochschulsatzungen einführt, betrifft eine Universität nicht unmittelbar.

Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Urt. v. 4. 3. 2009 – VerfGH 199/06*.

Die Beschwerdeführerinnen (Bf'in) wenden sich als Hochschulen des Landes Berlin mit ihrer Verfassungsbeschwerde (Vb.) gegen die mit dem Elften Gesetz zur Änderung des Berliner

Insbesondere verstößt auch nicht die Verdachtskündigung per se gegen die Unschuldsvermutung, sondern allein der Umstand, dass es das Gericht nicht bei den Feststellungen über den Verdacht belassen und stattdessen eine Straftat festgestellt hat. Damit gibt das Urteil aber auch für die Zukunft Anlass, die Bedeutung der Unschuldsvermutung im Privatrecht generell zu überdenken und verstärkt herauszuarbeiten.

(511 ff.) zu dem Ergebnis, dass allenfalls eine Straftat zum Nachteil eines unbekanntem Dritten vorliegt.

- 46 Kritisch auch FISCHER jurisPR-ArbR 16/2009 Anm. 1 mit dem konsequenten Hinweis darauf, dass das Verteidigungsverhalten der Arbeitnehmerin ebenfalls nicht nachteilig hätte gewertet werden dürfen; anders jedoch LIPINSKI BB 2009, 549. Das BAG NJW 2009, 2763 hat die Revision zugelassen, weil die Rechtsfrage, ob das spätere Prozessverhalten des Arbeitnehmers in die Interessenabwägung einzubeziehen ist, von grundsätzlicher Bedeutung i. S. des § 72 a III 3 Nr. 1 ArbGG ist. Das Revisionsverfahren ist vor dem BAG noch anhängig (Az 2 AZR 541/09).
- 47 LArbG NZA-RR 2009, 193. Beachte in diesem Zusammenhang den Entschließungsantrag der Bundestagsfraktion DIE LINKE (BT-Drucks. 16/133383), der darauf abzielt, durch eine Gesetzesänderung vom Arbeitgeber einen beweiskräftigen Nachweis für das kündigungsrelevante Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu fordern.

Hochschulgesetzes – BerLHG – (vom 6. Juli 2006, GVBl. S. 713), im Folgenden: 11. BerLHGÄndG, eingeführten Regelungen der Zugangsvoraussetzung für Masterstudiengänge und der Zweckmäßigkeitkontrolle im Rahmen staatlicher Satzungsbestätigung (§ 10 Abs. 5 Satz 2 und 3 BerLHG n. F.).

1. Unter dem 2. 5. 2006 brachten die Fraktionen der SPD und der Linkspartei PDS im Abgeordnetenhaus einen dringlichen Antrag (Abghs-Drs. 15/5061) ein, in § 10 Abs. 5 BerLHG, der bis dato lautete

»Die Hochschulen regeln durch Satzung, in welchen Studiengängen über die Hochschulzugangsberechtigung hinaus zusätzliche Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen gefordert werden und wie diese nachzuweisen sind.«

folgende Sätze anzufügen:

»Zugangsvoraussetzung für Masterstudiengänge ist der berufsqualifizierende Abschluss eines Hochschulstudiums; darüber hinausgehende Eignungs- und Qualifikationsvoraussetzungen dürfen nur für konsekutive Masterstudiengänge gefordert werden und nur dann, wenn sie wegen spezieller fachlicher Anforderungen des jeweiligen Masterstudiengangs nachweislich erforderlich sind. Die Bestätigung der Satzung erstreckt sich neben der Rechtmäßigkeit auch auf die Zweckmäßigkeit.«

Zur Begründung hieß es:

»Nach dem Zugang zu grundständigen Studiengängen muss auch der Zugang zu weiterführenden Master-Studiengängen gesetzlich eindeutig geregelt werden. Dabei soll ein größtmöglicher Kreis die Möglichkeit zur Aufnahme eines solchen Studiums bekommen, um die Chancen des gestuften Studiensystems in vollem Umfang zur Geltung kommen zu lassen und die Berufschancen von Studienabsolventinnen und -absolventen zu verbessern.«

Ebenfalls unter dem 2. 5. 2006 brachten die Fraktionen der SPD und der Linkspartei PDS im Abgeordnetenhaus einen