

Der Fall "Emmely"

Zur Begründung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts.

Von RA Benedikt Hopmann und RA Reinhold Niemerg

Barbara E., besser bekannt als "Emmely", arbeitete als Verkäuferin mit Kassentätigkeit in der Filiale eines großen Einzelhandelsunternehmens, der Kaiser's Tengelmann GmbH, in Hohenschönhausen in Berlin – 31 Jahre im selben Arbeitsverhältnis ohne jede Beanstandung. Dann wurde ihr im Februar 2008 fristlos, hilfsweise fristgemäß gekündigt. Begründung: Es bestehe der Verdacht, sie habe zwei Pfandbons, die nicht ihre eigenen waren, für den eigenen Einkauf verwendet und damit die Arbeitgeberin in ihrem Vermögen geschädigt. "Emmely" hat diesen Vorwurf immer bestritten. Sie klagte gegen die Kündigung und verlor in der ersten Instanz (Arbeitsgericht) und in der zweiten Instanz (Landesarbeitsgericht). Nach einem insgesamt zweieinhalb Jahre dauernden Verfahren gewann "Emmely" am 10. Juni 2010 ihre Kündigungsschutzklage in der dritten Instanz, vor dem Bundesarbeitsgericht (BAG). Das Urteil des BAG war für Anwälte und Arbeitsrichter ohne Zweifel eine Überraschung. Nur die wenigsten rechneten mit einem Erfolg. Daher und insoweit war es eine mutige Entscheidung.

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hatte seinerzeit eine enorme öffentliche Empörung ausgelöst. Nach einer repräsentativen Umfrage des Emnid-Instituts, die am 26. Februar 2009, also zwei Tage nach der Verkündung durchgeführt wurde, empfanden 67 Prozent der Befragten das Urteil als ungerecht. Innerhalb kürzester Zeit wurde "Emmely" zur bekanntesten Kassiererin Deutschlands. Die Presse interessierte sich frühzeitig für diesen Fall und berichtete ausführlich – von der Süddeutschen Zeitung bis zur Bild, vom ZDF bis zur Tagesschau. Hunderte von E-Mails erreichten das Landesarbeitsgericht nach dessen Entscheidung. Und die Leserbriefe, die sich empört über dieses Urteil äußerten, waren zahllos. Der Vorsitzende des Bundes der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit Joachim Vetter schreibt: „Das haben sich die Richter des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg wohl nicht im Traum vorgestellt, so in den Fokus der Öffentlichkeit zu geraten mit ihrem Urteil ...“ (Deutsche Richterzeitung, April

2009). Denn das Urteil des Landesarbeitsgerichts befindet sich durchaus im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung. Diejenigen, die nicht die Fachöffentlichkeit bildeten, hofften jedoch auf eine Abänderung des Verdikts.

Die Begründung des Bundesarbeitsgerichts zu seiner Entscheidung liegt nun vor¹. Das BAG äußert sich zunächst zum sogenannten Tatbestand, zur Frage: Was ist geschehen?. Danach beantwortet es die Frage: Rechtfertigt eine eigennützige Einlösung von zwei Bons von 48 Cent und 82 Cent durch eine Kassiererin deren fristlose Kündigung? (die rechtliche Würdigung in den sogenannten Entscheidungsgründen).

I. Der Sachverhalt

In der Begründung des Bundesarbeitsgerichts wird zunächst der Sachverhalt zusammengefaßt. Dabei fällt auf, daß das BAG gleich eingangs folgenden Hinweis auf „Emmelys“ gewerkschaftliches Engagement gibt:

„Im Herbst beteiligte sich die Klägerin („Emmely“ - d. Red.) mit weiteren sieben von insgesamt 36 Beschäftigten ihrer Filiale an einem gewerkschaftlich getragenen Streik. Während die Streikbereitschaft anderer Arbeitnehmer mit der Zeit nachließ, nahm die Klägerin bis zuletzt an den Maßnahmen teil. Im Januar 2008 lud der Filialleiter Beschäftigte, die sich nicht am Arbeitskampf beteiligt hatten, zu einer Feier außer Haus ein. Aus diesem Grund wurde er später von der Beklagten abgemahnt und in eine andere Filiale versetzt.“ (Rn.4)

Im Übrigen stellt das Bundesarbeitsgericht folgenden Sachverhalt fest: In einigen Filialen der Kaiser's Tengelmann GmbH besteht die Möglichkeit, Leergut an einem Automaten gegen Ausstellung eines Leergutbons zurückzugeben. Wenn Mitarbeiter selbst Leergut abgeben wollen, müssen sie es zuvor dem Filialleiter zeigen, der dann die Pfandbons abzeichnet. Wenn der Mitarbeiter die Bons später an der Kasse einlöst, werden sie von der Kassiererin noch einmal abgezeichnet. Am 12. Januar 2008 fand eine Mitarbeiterin zwei nicht abgezeichnete

¹ BAG 2 AZR 541/09; die Begründung wird in den nächsten Tagen vom BAG im internet (Google-Stichwort ‚Bundesarbeitsgericht‘) veröffentlicht; sie ist im internet unter ‚labournet‘, dort unter dem Stichwort ‚Emmely‘ zu finden; wir zitieren diese Begründung in dem wir auf die Randnummern (RN) verweisen, wie sie in der veröffentlichten Begründung zu finden sind

Leergutbons im Wert von 48 Cent und 82 Cent. Da sie von einem Kunden stammten, waren sie vom Filialleiter nicht abgezeichnet. Sie wurden Emmely mit der Weisung des Filialleiters ausgehändigt, sie an den Kunden zurückzugeben, wenn er sich meldet und Anspruch darauf erhebt; wenn sich der Kunde nicht meldet, sollten die Bons als Fehlbons verbucht werden. Emmely legte die Bons auf eine – für alle Mitarbeiter zugängliche und einsehbare – Ablage im Kassenbüro. Am 22. Januar 2008 kaufte Emmely in der Filiale außerhalb ihrer Arbeitszeit privat ein. An der Kasse überreichte sie ihrer Kollegin zwei nicht abgezeichnete Leergutbons. Laut Kassenjournal wurden diese mit Werten von 0,48 Euro und 0,82 Euro registriert. Beim Kassieren war auch die Kassenleiterin und Vorgesetzte von Emmely anwesend.

Nach der Überzeugung des Landesarbeitsgerichts, auf die sich das Bundesarbeitsgericht stützt, soll Emmely die beiden nicht abgezeichneten Bons von der Kassenablage bei ihrem eigenen Einkauf eingelöst haben. Diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts beruht auf einer unzutreffenden Beweiswürdigung der Zeugin, die Emmely abkassierte. Emmely hat die Bons nicht eingelöst. Diese Einlösung von nicht abgezeichneten Bons konnte für Emmely nur ohne jeden Sinn sein. Emmely wußte als Kassiererin, daß Bons spätestens in dem Moment als nicht abgezeichnete Bons erkennbar sind, in dem sie einer Kassiererin zur Einlösung vorgelegt werden. Denn diese Kassiererin zeichnet diese Bons noch einmal ab. Spätestens in diesem Moment mußte der Kassiererin auffallen, daß die Bons nicht vom Filialleiter abgezeichnet waren, wie es für Bons von Mitarbeitern vorgeschrieben ist.

In den Verhandlungen vor dem BAG konnten diese Überlegungen allerdings keine Rolle mehr spielen. Tatsacheninstanzen sind die erste und zweite Instanz. Nur in Ausnahmefällen ist deren Beweiswürdigung in der Revision vor dem BAG angreifbar, und ein solcher Ausnahmefall war im Fall "Emmely" nicht gegeben. Das BAG mußte also die Beweiswürdigung zugrunde legen, die das Landesarbeitsgericht vorgenommen hatte (Rn. 21, 22).

II. Die rechtliche Würdigung

Weil das BAG aufgrund der Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts davon ausgehen mußte, daß "Emmely" die beiden Bons eingelöst hatte, kam alles auf die rechtliche Würdigung an. Und hier entschied das BAG genau entgegengesetzt zu dem Urteil des Landesarbeitsgerichts: Unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände und bei Abwägung der Interessen von Kaiser's Tengelman einerseits und der Interessen "Emmelys" andererseits ist die Kündigung nicht gerechtfertigt.

1. Probleme der Verdachtskündigung

In der ersten Instanz hat die Frage der Verdachtskündigung eine ganz erhebliche Rolle gespielt. Gerade weil eben zunächst einmal nur der Verdacht im Raum stand und auch die Kündigung nur aufgrund eines solchen ausgesprochen wurde - und das bei zwei herrenlosen Bons und einer Vertragsverletzung mit einem wirtschaftlichen Schaden von 1,30 Euro.

Für die zweite Instanz stand fest, daß "Emmely" die beiden Bons einlöste. Damit kam es dort und beim BAG nicht mehr darauf an, daß "Emmely" nur aufgrund eines Verdachts gekündigt wurde. Daß die Gerichte von der Verdachtskündigung zur Tatkündigung übergehen können, wenn sie davon überzeugt sind, dass der Gekündigte getan hat, was ihm vorgeworfen wird, ist eine zusätzliche Einladung an Arbeitgeber, Verdachtskündigungen auszusprechen.

2. Schwere Pflichtverletzung?

Das BAG sieht wie das Landesarbeitsgericht in der Einlösung der beiden Bons eine schwere Pflichtverletzung. Das ist überzogen, insbesondere wenn der geringfügige wirtschaftliche Schaden und das unbeanstandete Arbeitsverhältnis von "Emmely" berücksichtigt werden. Allerdings berücksichtigt das BAG diese Umstände bei der Interessenabwägung.

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts kommt es nicht darauf an, ob das Fehlverhalten ein strafbares Verhalten, also ein Vermögens- oder Eigentumsdelikt ist. Es reiche ein nichtstrafbarer, gleichwohl erheblicher Verstoß gegen eine den unmittelbaren Vermögensinteressen dienende Weisung des Vorgesetzten. Es sei unerheblich, daß das Landesarbeitsgericht das Verhalten von "Emmely" als „Vermögensdelikt“ würdigt, aber offen läßt, welchen strafrechtlichen Deliktstatbestand es als erfüllt ansieht. Dabei übersieht das BAG jedoch die stark stigmatisierende Wirkung, wenn ein Gericht und im Gefolge die Presse unter voller Namensnennung "Emmely" zur „Straftäterin“ erklärt. Das ist der Grund, weswegen den Gerichten untersagt werden muß, eine Straftat zu behaupten ohne dies zu beweisen. Bemerkenswert und festzuhalten bleibt für "Emmely" selbst: Das BAG folgt dem Landesarbeitsgericht nicht, es würdigt das Verhalten von "Emmely" nicht als Straftat.

3. Im Zentrum der Begründung: „die große Waage der Justiz“

Die Vorschriften zur fristlosen Kündigung verlangen eine Interessenabwägung. Darin werden die Interessenpositionen beider Parteien wie auf einer Waage gegeneinander abgewogen. In die eine Waagschale werden diejenigen des Arbeitgebers geworfen, in die andere die "Emmelys". Nach welcher Seite die Waage sich neigt, hängt ganz entscheidend von der Gewichtung der jeweiligen Interessenpositionen ab.

Die bisherige Rechtsprechung war - trotz gegenteiliger Beteuerungen - von dem Grundsatz geprägt: Wer klaut, der fliegt. Das galt selbst dann, wenn der wirtschaftliche Schaden nur gering war.

In dieser Tradition meinte das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, eine Abmahnung sei nicht erforderlich. Und dies mit der schlichten Begründung, "Emmely" habe nicht damit rechnen können, daß Kaiser's Tengelmann in die Einlösung der Bons zu ihren Gunsten einwilligen werde.

Man muß sich deutlich die Konsequenzen vor Augen führen: Das Arbeitsrecht kennt im Wesentlichen nur drei rechtlich relevante Reaktionen auf ein

Fehlverhalten: Abmahnung, fristlose oder fristgemäße Kündigung. Wenn also das Gericht entscheidet, daß eine Abmahnung nicht erforderlich ist, dann entscheidet es sich für die Kündigung. Danach noch eine „abschließende“

Interessenabwägung vorzunehmen, wie es gängige Praxis der bisherigen Rechtsprechung ist, ist komplett fauler Zauber. Denn bei einer Abwägung zugunsten des Gekündigten bliebe eine schwere Pflichtverletzung ohne alle Folgen. Das aber ist auch für den gutwilligsten Richter undenkbar. Die Abwägung reduzierte sich darauf, ob der Gekündigte fristlos oder fristgemäß gekündigt werden durfte. Und in diesem Sinne stand das Ergebnis der Interessenabwägung immer schon im Vorhinein fest. Zumindest die hilfswise ausgesprochene fristgerechte Kündigung war rechtens und, um zu diesem Ergebnis zu kommen, musste sich spätestens bei der Entscheidung über diese hilfswise ausgesprochene fristgerechte ordentliche Kündigung die Waage immer zu Lasten des Gekündigten neigen. Eine solche Interessenabwägung, deren Ergebnis schon vorher feststeht, ist in Wirklichkeit keine Interessenabwägung. Aber sie wurde jahrzehntelang als eine solche ausgegeben.

Ganz anders das BAG in der vorliegenden Begründung zum "Emmely"-Urteil. Es macht die Entscheidung, ob eine Abmahnung ausreicht oder nicht von einer Interessenabwägung abhängig. Diese ist seit langem vom Gesetz vorgeschrieben und bleibt damit nicht ein entscheidungsunerheblicher Randaspekt. Das ist der entscheidende Bruch mit der bisherigen Praxis der Rechtsprechung: Die „große Waage der Justiz“ wird in das Zentrum der Urteilsbegründung gerückt. Und das eröffnet dem Gericht den Spielraum, nicht nur die Interessen von Kaiser's Tengemann, sondern auch die des Gekündigten - im vorliegenden Fall "Emmely" - angemessen zu bewerten und auf diese Weise auch zu dessen Gunsten entscheiden zu können.

Das BAG nennt und gewichtet zunächst die Interessenpositionen der Kaiser's Tengemann GmbH, dann die von "Emmely". Zunächst nennt das BAG zugunsten letzterer den Umstand, daß "Emmely" die Bons an der Kasse nicht heimlich einlöste „Die Klägerin hat an der Kasse in unmittelbarer Anwesenheit ihrer Vorgesetzten bei einer nichtbefreundeten Kollegin unabgezeichnete Leergutbons abgezeichnet. Daß sie mangels Abzeichnung nach den betrieblichen Regelungen

keinen Anspruch auf eine Gutschrift hatte, war für die Kassenmitarbeiterin und die Vorgesetzte offenkundig und nicht zu übersehen. Das wußte auch die Klägerin, die deshalb aus ihrer Sicht unweigerlich würde Aufmerksamkeit erregen und Nachfragen auslösen. Das zeigt, daß sie ihr Verhalten – fälschlich – als notfalls tolerabel oder jedenfalls korrigierbar eingeschätzt haben mag und sich eines gravierenden Unrechts offenbar nicht bewußt war. Für den Grad des Verschuldens und die Möglichkeit einer Wiederherstellung des Vertrauens macht es objektiv einen Unterschied, ob es sich bei einer Pflichtverletzung um ein Verhalten handelt, das insgesamt – wie etwa der vermeintlich unbeobachtete Griff in die Kasse – auf Heimlichkeit angelegt ist oder nicht“ (Rn. 45).

Als nächste Interessenposition führt das BAG zugunsten von "Emmely" an: „Die Klägerin hat durch eine beanstandungsfreie Tätigkeit als Verkäuferin und Kassiererin über dreißig Jahre hinweg Loyalität zur Beklagten gezeigt“ (Rn. 48, 49).

Dann faßt das BAG zusammen, fügt weitere Umstände hinzu und gewichtet die Interessenpositionen gegeneinander: „Das in der Beschäftigungszeit von der Klägerin erworbene Maß an Vertrauen in die Korrektheit ihrer Aufgabenerfüllung und in die Achtung der Vermögensinteressen der Beklagten schlägt hoch zu Buche. Angesichts des Umstandes, daß nach zehn Tagen Wartezeit mit einer Nachfrage der in Wahrheit berechtigten Kunden nach dem Verbleib von Leergutbons über Centbeträge aller Erfahrung nach nicht mehr zu rechnen war und der wirtschaftlichen Geringfügigkeit eines der Beklagten entstandenen Nachteils ist es höher zu bewerten als deren Wunsch, nur eine solche Mitarbeiterin weiterzubeschäftigen, die in jeder Hinsicht und ausnahmslos ohne Fehl und Tadel ist. Dieser als solcher berechtigte Wunsch macht der Beklagten die Weiterbeschäftigung der Klägerin nicht unzumutbar. Objektiv ist das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Klägerin nicht derart erschüttert, daß dessen vollständige Wiederherstellung und ein künftig erneut störungsfreies Miteinander der Parteien nicht in Frage steht“ (Rn. 50).

4. Der Begriff „Vertrauen“ gehört nicht in das Arbeitsrecht

Das Bundesarbeitsgericht nimmt in seiner Begründung zum "Emmely"-Urteil eine bedeutsame Bestimmung des Begriffs „Vertrauen“ vor: „Eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner wird nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an. Entscheiden ist ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat. Maßgeblich ist, ob er es aus Sicht eines objektiven Betrachters haben müsste. Im Arbeitsverhältnis geht es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen in die moralischen Qualitäten der je anderen Vertragspartei. Es geht allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen ist.“ (Rn.47) . Damit objektiviert und präzisiert das Bundesarbeitsgericht den Begriff des Vertrauens auf die Frage: Ist mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen?

Damit kann auf den Begriff ‚Vertrauen‘ verzichtet werden. Denn die Auffassung, das Arbeitsverhältnis sei ein Vertrauensverhältnis, hat eine lange und auch unguete Geschichte. Der Vertrauenstatbestand ist im Gesetz nicht vorgesehen und im allgemeinen Alltagsverständnis subjektiv und wolkig. In einem Arbeitsverhältnis geht es darum, daß die eine Partei ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellt und im Rahmen ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten den Weisungen dessen folgt, der die Arbeitskraft bezahlt. Vertrauen kann es nur unter Gleichen geben. Vertrauen setzt zwei gleichstarke Vertragsparteien voraus, die es aufgrund des strukturellen Ungleichgewichts der Arbeitsvertragsparteien nicht gibt. Vertrauen paßt nicht zu einem Rechtsverhältnis, das geprägt ist von entgegengesetzten Interessenpositionen. Statt immer wieder auf einen nicht im Gesetz fixierten Vertrauenstatbestand zurückzugreifen, reicht es, mit der Begriffsbestimmung des Bundesarbeitsgerichts konkrete Pflichten zu benennen und sich auf die Frage

beschränken: Wie groß ist die Gefahr einer Verletzung dieser arbeitsvertraglichen Pflichten?

5. "Emmely's" Verhalten im Prozeß und gegenüber ihren Kolleginnen ist beanstandungsfrei

Das Bundesarbeitsgericht hat unmissverständlich festgestellt, dass dem Prozessverhalten, das das Landesarbeitsgericht als erschwerend für den aus seiner Sicht eingetretenen „Vertrauensverlust“ bei der Arbeitgeberin angesehen hatte, für die Beurteilung des Kündigungssachverhalts keine Bedeutung zukommt. Das Landesarbeitsgericht hatte sein Urteil nicht zuletzt damit begründet, dass Emmely nicht nur zwei Pfandbons eingelöst habe, sondern dies darüber hinaus auch noch „beharrlich geleugnet“ und Dritte als mögliche Quelle für die Leergutbons benannt habe. Sie sei ihrer Verpflichtung zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Erklärung nicht nachgekommen und habe zudem mehrfach versucht, „den Verdacht auf andere Mitarbeiter abzuwälzen, ohne dass sich dies als auch nur annähernd haltbar erwiesen hätte“. In seiner Pressemitteilung vom 24.02.2009 hatte das Landesarbeitsgericht diese Passage seiner Urteilsbegründung noch einmal deutlich verkürzt dahingehend zusammengefasst, dass der vermeintliche Vertrauensverlust „noch nachhaltiger“ gewesen sei, weil „Emmely“ im Rahmen der Befragungen durch den Arbeitgeber immer wieder falsche Angaben gemacht habe und beispielsweise ohne Grund und Rechtfertigung eine Kollegin belastet habe, die nicht mit der Sache zu tun gehabt hatte.

Diese Darstellung des Landesarbeitsgerichts bildete den Ausgangspunkt für eine in der Folge beispiellose Kampagne der Arbeitgeberseite, „Emmely“ als Person in der Öffentlichkeit zu diffamieren und diskreditieren. Die Richtung gab der Chef von Kaiser's-Tengelmann, Karl-Erivan Warder Haub in „Welt-Online“ (10. März 2009) höchstpersönlich vor, als er das unterstellte Fehlverhalten religiös auflud und feststellte, dass in diesem Fall „jemand gleich gegen zwei Gebote verstoßen“ habe, die ihm wichtig seien: „Du sollst nicht stehlen. Und: Du sollst nicht falsch Zeugnis ablegen“. Das Mitglied der pflichtschlagenden Verbindung „Corps Rhenania Freiburg“ und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) Prof. Dr. Volker Rieble verstieg sich in der Neuen

Juristischen Wochenzeitschrift (NJW 29/2009), der juristischen Fachzeitschrift schlechthin, die ihm ausschussreicher Weise ein „Forum“ hierfür bot, in einer wilden Tirade zu Behauptungen, wie Emmely sei eine „notorische Lügnerin“, eine „Straftäterin“, die sich zumindest am Rande des Straftatbestandes „Vortäuschens einer Straftat“ sowie der falschen Bezeichnung einer Kollegin und des Prozessbetruges bewege und rief die Berliner Staatsanwaltschaft zu Ermittlungen auf. Den Höhepunkt seines pflichtschlagenden verbalen Aus(t)ritts bildete die Behauptung, wer für „Emmely“ – wie etwa die Gewerkschaft ver.di – eintrete, setzte sich für eine „Straftäterin“ ein, deren Rechtsverfolgungsstrategie „auf Lug und Trug“ baue und „selbst vor dem vorsätzlichen Anschwärzen einer Kollegin“ nicht zurückschreke.

Hintergrund der Wortmeldung: Das ZAAR wird getragen von der Stiftung für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (StAR), dessen Gründungstifter wiederum der Verband der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie e.V., der Verband der Metallindustrie Baden-Württemberg e.V. und der Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V. sind. Noch nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts versuchte der Geschäftsführer Heribert Jöris vom Handelsverband Deutschland anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales im Deutschen Bundestag am 28.10.2010, den schon zuvor in der Öffentlichkeit nicht zu vermittelnden Kündigungsgrund dadurch ein zusätzliches Gewicht zu verleihen, indem er bar jeder Faktenlage behauptete, „Emmely“ habe nicht nur Pfandbons unterschlagen, sondern zudem „auch eine Kollegin fälschlich des Diebstahls beschuldigt“.

Demgegenüber hat das Bundesarbeitsgericht nun in seiner Urteilsbegründung ausdrücklich festgehalten, dass „Emmely’s“ Verteidigungsvorbringen „erkennbar nicht darauf“ zielte, „Dritte eine konkreten Pflichtverletzung zu bezichtigen“ (Rn. 55). Auch hat sie nicht gelogen und ist schon gleich keine notorische Lügnerin. Generell kann, so das Bundesarbeitsgericht, nicht jeder Parteivortrag, der sich nach der Überzeugungsbildung eines Gerichts im Nachhinein aus dessen Sicht als unzutreffend darstellen mag, als „Lüge“ bezeichnet werden. Denn eine „frühere, möglicherweise abweichende Darstellung einer Partei“ ist „nicht zugleich als gezielte Irreführung des Gerichts oder der Gegenpartei ausgewiesen“. Gerade in

einem von „starker Polarität“ geprägten Verhältnis, wie es zwischen Prozessparteien während eines Gerichtsprozesses besteht, ist die Wahrnehmung eines Geschehens generell nicht unbeeinflusst vom äußeren und inneren Standpunkt des Wahrnehmenden. Gleiches gelte auch für Erinnerung und Wiedergabe (Rn. 57).

Das Prozessverhalten von „Emmely“ bot so, anders als dies das Landesarbeitsgericht und die hierauf aufbauende Kampagne der Arbeitgeberseite behauptet hatten, überhaupt keinen Anlass für eine weitere negative Beurteilung des eigentlichen Kündigungssachverhaltes.

Die Wirksamkeit einer Kündigung ist – von wenigen eng gefassten Ausnahmen abgesehen - weiterhin nach den objektiven Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs zu beurteilen. Der Versuch des Landesarbeitsgerichts und der Arbeitgeberseite, die die ‚Steilvorlage‘ des Landesarbeitsgerichts gerne aufgriff, im Fall von „Emmely“ eine Art ‚Dambruch‘ zu provozieren und den an sich in der Öffentlichen nicht vermittelbaren Kündigungsgrund im Nachhinein dadurch Akzeptanz zu verleihen, dass zusätzlich die Person der zu Kündigenden diskreditiert wird, ist gescheitert.

6. Verfassungswidrige Ungleichbehandlung

Die „Emmely“-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist zwar ein Fortschritt über den Einzelfall hinaus: Es macht die Entscheidung, ob die Kündigung wirksam ist, von einer Interessenabwägung abhängig macht und eröffnet damit die Möglichkeit, über eine angemessene Gewichtung der Interessen des Gekündigten den Ausgang des Verfahrens zu Gunsten des Gekündigten zu entscheiden. Das Bundesarbeitsgericht geht allerdings nicht so weit, dass es in jedem Fall eine Kündigung ausschließt, wenn der wirtschaftliche Schaden geringfügig ist und vorher wegen eines gleichartigen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtetes Verhalten noch keine Abmahnung ausgesprochen wurde.

Das Bundesarbeitsgericht wendet sich in seiner Begründung zum Emmely-Urteil ganz ausdrücklich gegen eine Geringfügigkeitsgrenze bei Vermögens- oder Eigentumsdelikten². Die Folgeprobleme, die das Bundesarbeitsgericht anspricht, (Problem der exakten Wertberechnung, die Folgen mehrfacher, für sich betrachtet irrelevanter Verstöße sowie das Problem der Behandlung nur marginaler Grenzüberschreitungen) sind lösbar, weil die Bagatellgrenze einen Ermessensspielraum enthalten kann, so dass eine Gericht etwa bei einer marginalen Grenzüberschreitung selbst entscheiden kann, ob es die Bagatellgrenze schon überschritten sieht oder nicht. Kein Gesetzesentwurf sieht als Bagatellgrenze einen konkreten im Gesetz festgelegten Geldbetrag vor. Die Grenze muss durch die Rechtsprechung entwickelt werden und kann sich auch ändern. Die Festlegung einer Bagatellgrenze bedeutet im Übrigen nicht, dass deren Überschreiten automatisch die Kündigung auslöst - ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und ohne Interessenabwägung. Im Übrigen werden die Strafgerichte, die Bagatellgrenzen kennen, mit den Problemen doch auch fertig. Warum soll ein Arbeitgericht nicht können, was jedes Strafgericht kann?

In Bagatellfällen eine Kündigung selbst dann zuzulassen, wenn deswegen vorher noch keine Abmahnung ausgesprochen wurde, ist eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Geschäftsführern und Arbeitern bei Vermögensdelikten. Bei Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern, bei denen bei einer fristlosen Kündigung ihres Dienstverhältnisses dieselbe gesetzliche Grundlage (§ 626 BGB), wie bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, Anwendung findet, entscheiden die ordentlichen Gerichte, also insbesondere die Landesgerichte, Oberlandesgerichte und der Bundesgerichtshof ganz anders als die Arbeitsgerichte. Im Rahmen der Revisionsbegründung hatten wir eine Übersicht dieser Rechtsprechung mit Anspruch auf Vollständigkeit angefertigt. Das Ergebnis: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte weißt keinen einzigen Fall auf, indem die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung nach § 626 BGB wegen eines Eigentums- oder Vermögensdelikts mit geringfügigem Sach- bzw. Vermögensschadens bestätigt wird³ (Übersicht als

² BAG a.a.O., Rn. 27

³ Diese Liste ist im labournet veröffentlicht. Wir haben uns dabei neben eigenen Recherchen auch auf Achim Klueß gestützt, NZA 7/2009, 337 ff (a.A. Rieble a.a.O., Wolf J. Reuter NZA 11/2009 S. 594f.);

Anlage beigelegt). Das spricht dafür, ein erstmaliges Bagatelldelikt nie als schwere Pflichtverletzung zu werten und damit immer in diesen Fällen eine außerordentliche und eine ordentliche Kündigung auszuschließen.

Für Beamte hat das Bundesverwaltungsgericht schon seit einigen Jahren eine Bagatellgrenze als Milderungsgrund eingeführt⁴. Das Bundesverwaltungsgericht hat auf den deutlich geringeren Unrechtsgehalt eines solchen Verstoßes wegen des bei geringwertigen Sachen geminderten Unrechtsbewusstseins hingewiesen, der eine Entfernung aus dem Dienst und damit Verlust seiner beruflichen Existenz unverhältnismäßig macht⁵. Es sind also nur die Arbeiter und Angestellten, die einer derart rigiden Rechtsprechung unterliegen.

Das Bundesarbeitsgericht meint, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht mit der des Bundesarbeitsgerichts vergleichbar sei. Denn das Disziplinarrecht, auf dessen Grundlage das Bundesverwaltungsgericht entscheide, kenne eine Reihe von abgestuften disziplinarischen Reaktionsmöglichkeiten, die im Arbeitsrecht unbekannt seien. Wertungen, wie sie für das in der Regel auf Lebenszeit angelegte Dienstverhältnis von Beamten und Soldaten getroffen werden, ließen sich regelmäßig auf eine privatrechtliche Leistungsbeziehung nicht übertragen⁶. Diese Einwände übersehen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesarbeitsgericht - ungeachtet der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen - dieselbe Frage stellen: Rechtfertigt ein erstmaliges Vermögens- oder Eigentumsdelikt mit geringfügigem wirtschaftlichen Schaden das Vertrauen in die Erfüllung der Pflichten als unheilbar zerstört anzusehen? Oder unter Vermeidung des Vertrauensbegriffs auf die Pflichten eines Postboten - sei er nun Beamter oder Arbeiter - angewendet: Ist nicht mehr mit der Erfüllung der Pflichten zu rechnen, die Post ordnungsgemäß auszutragen? Anders als das BAG meint, sind auch die Folgen dann, wenn man die Frage mit ‚Nein‘ beantwortet, durchaus vergleichbar: Sowohl der Postbote als Beamter als auch der Postbote als Arbeiter verlieren ihre Arbeit und damit ihre Existenzgrundlage.

⁴ analog § 248a StGB (Diebstahl geringwertiger Sachen); Achim Klueß, NZA 7/2009, 337 ff.: Es kann doch nicht sein, dass bei einem Paketzusteller der privatisierten Post deswegen unterschiedlich entschieden wird, weil er einmal Beamter, das andere mal Arbeitnehmer ist.

⁵ BVerwG, NJW 94, 210; NVwZ 03, 108; 06, 469

⁶ a.a.O. Rn. 29

In der Öffentlichkeit war das Bewusstsein sehr stark, dass mit zweierlei Maß gemessen wird. So wurde „Emmely“ mit Managern verglichen wie z.B. mit dem Ex-Post-Chef Zumwinkel, der sich trotz der Steuerhinterziehung seine 20-Millionen-Pension auszahlen lassen konnte. Hier soll ein anderer Vergleich gezogen werden: Welche Rechte hat eigentlich ein Arbeitnehmer im umgekehrten Fall? Ein Beispiel: Die Staatsanwaltschaft erhob gegen mehrere Manager des Baukonzerns Hochtief Anklage⁷. 37 Arbeiter wurden mit 2,50 bis 3,00 € netto/Std. abgespeist, obwohl der gesetzliche Mindestlohn gut 8,00 € netto /Std. beträgt. Das erfüllt den Straftatbestand § 291 StGB (Lohnwucher). Wenn auf einen Arbeitnehmer nur der Verdacht fällt, sich strafbar gemacht zu haben, kann der Arbeitgeber ihm fristlos kündigen. Wenn sich aber der Arbeitgeber gegen über dem Arbeitnehmer strafbar macht, und zwar nicht nur im Bagatellbereich, was kann dann der Arbeitnehmer tun? Da versagt das Arbeitsrecht völlig. Eine dünne Antwort die Empfehlung an den Arbeitnehmer, selbst zu kündigen, sich selbst in die Arbeitslosigkeit zu schicken und damit sich selbst zu bestrafen.

III. Gesetzliche Änderungen sind notwendig.

Am 9. Februar 2010 brachten die Fraktionen der Linken und der SPD jeweils einen eigenen Antrag zur Bagatell- und Verdachtskündigung in den Bundestag ein. Inzwischen haben auch Die Grünen einen eigenen Gesetzesentwurf eingebracht. Die Entwürfe der SPD und der Grünen enthalten die Klausel „in der Regel“: In der Regel soll bei geringwertigen Vermögens- und Eigentumsdelikten zunächst mit einer Abmahnung reagiert werden. Aber in welchen Ausnahmefällen soll ohne Abmahnung gekündigt werden können, wenn es sich um ein erstmaliges und geringwertiges Vermögens- oder Eigentumsdelikt handelt? Außerdem weist das BAG zu Recht darauf hin, daß es bereits eine Vorschrift (§ 314 Abs. 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB) gibt, wonach bei einer fristlosen Kündigung nach Paragraph 626 BGB in der Regel zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden muß. Der Entwurf der Grünen ist darüber hinaus ärgerlich, weil er im selben Atemzug auch Fehlverhalten gegenüber den Kollegen erfaßt und damit Kollegen und Arbeitgeber in einen Sack steckt; dabei geht es fast immer um den

⁷ Süddeutsche Zeitung vom 20.21.05.2009, Seite 21;

Vorwurf Eigentum und Vermögen des Arbeitgebers geschädigt zu haben. Der Entwurf der Fraktion Die Linke ist der einzige, der nicht als Luftnummer bezeichnet werden kann, sondern eine substantielle Änderung verlangt, weil er keine Klausel „in der Regel“ kennt. Er ist außerdem der einzige, der Verdachtskündigungen ausschließt.

Gesetzesinitiativen im Bundestag zum Verbot von Verdachts- und Bagatellkündigungen sind durch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts nicht überflüssig geworden. Gerade weil das BAG so sehr auf den Einzelfall abstellt, ist die allgemeine Frage noch nicht entschieden, ob eine vorsätzliche unmittelbare Verletzung von Eigentum oder Vermögen des Arbeitgebers bei sehr geringfügigem wirtschaftlichen Schaden eine Kündigung selbst dann rechtfertigt, wenn wegen eines Fehlverhaltens gleicher Art bisher noch keine Abmahnung ausgesprochen wurde. Dazu ist ein gesetzliches Verbot notwendig. Ein solches Verbot ist implizit selbst eine Interessenabwägung: Gewichtiger ist im erstmaligen Bagatellfall, dass der Gekündigte seine Lebensgrundlage verliert.

Die gesetzliche Unterbindung der Verdachtskündigung ist erst recht notwendig. Das BAG geht - mit Rückendeckung des Bundesverfassungsgerichts - ganz selbstverständlich von der Rechtmäßigkeit von Verdachtskündigungen aus, so daß diejenigen, die verhindern wollen, daß weiterhin Verdachtskündigungen ausgesprochen werden, deren Unterbindung auf gesetzlichem Wege durchsetzen müssen. Wenn der Arbeitgeber kündigt, dann soll er die Gründe dafür in vollem Umfang nennen, dann soll er schon beweisen, was er dem Arbeitnehmer vorwirft.

„Emmely“ war die letzte in ihrem Markt, die in der dritten Streikwelle Ende 2007 noch streikte. Es ging um einen neuen Tarifvertrag im Einzelhandel. Ohne Menschen wie „Emmely“ können die Rechte, die sich die abhängig Beschäftigten in der Vergangenheit erkämpft haben, nicht verteidigt werden. Ohne Menschen wie „Emmely“ können schon gar nicht die Arbeitsbedingungen, die sich in den vergangenen Jahren nur verschlechtert haben, verbessert werden. Es kann auf niemanden verzichtet werden. „Emmely“ kämpft nur um ihre Rechte – zunächst für einen neuen Tarifvertrag, dann gegen ihre Kündigung. „Verbunden sind auch die Schwachen mächtig“ (Friedrich Schiller).

Bei diesem Text handelt es sich um eine Langfassung der am 22.10.2010 in junge Welt veröffentlichten Stellungnahme.

Anlage: Rechtsprechungsübersicht

„Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte weist soweit ersichtlich keinen einzigen Fall auf, indem die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB wegen eines Eigentums- oder Vermögensdelikts mit geringfügigem Sach- bzw. Vermögensschaden bestätigt wird.“ Eine Rechtsprechungsübersicht als Ergänzung der Stellungnahme von RA Benedikt Hopmann und RA Reinhold Niemerg

http://www.labournet.de/branchen/dienstleistung/eh/emmely_urteile.pdf