
 Forum



Professor Dr. Volker Rieble, München

Barbara Emme: Ein Lehrstück über den Umgang mit der Justiz!*

I. Der klare Fall

Das LAG Berlin-Brandenburg¹ hat mit Urteil vom 24. 2. 2009 eine Verdachtskündigung wegen einer Vermögenstat in Höhe von 1,30 Euro bestätigt und wird hierfür gescholten. Das Gericht steht nicht im Verdacht, besonders konservativ oder wirtschaftsfreundlich zu sein. Seine Rechtsprechung wird in Unternehmerkreisen eher als Standortnachteil gewertet, der bei Investitionsentscheidungen zu Lasten des Gerichtsbezirks zu berücksichtigen sei. Die Deindustrialisierung Berlins hat das Gericht indes nicht zu verantworten. Die gekündigte *Barbara Emme* ist eine inzwischen deutschlandbekannte Aktivistin und ver.di-Kampagnenzugpferd der Fachbereichsleiterin Handel im ver.di-Landesbezirk Berlin-Brandenburg *Erika Ritter*. Ihr Bild ist überall zu sehen; ihr Nachname wurde kampagnentauglich zu Emmely verzärtelt. Und doch haben wir es mit einer Straftäterin zu tun, wenn die vom ArbG Berlin und dem LAG Berlin-Brandenburg nach eingehender Beweiserhebung festgestellten Tatsachen stimmen:

1. Die Kassiererin *Emme* hat im Rahmen eines Personaleinkaufs zwei Pfandbons im Wert von 1,30 Euro eingelöst, die ihr nicht zustanden. Diesen Betrag hat sie für ihren Einkauf zuwenig bezahlt. Es handelte sich nach Überzeugung des Gerichts um eben jene zwei Bons über 48 und 82 Cent, die im Markt gefunden worden sind und vom Marktleiter Frau *Emme* ausgehändigt wurden – zur Aufbewahrung im Kassenraum. Dort hat Frau *Emme* die Bons weggenommen und sie sodann unberechtigt eingelöst.

Neben diesen eigentlichen Kündigungssachverhalt tritt ein weiteres, allerdings streitiges Fehlverhalten, das die Arbeitgeberin im Nachgang zur Kündigung erfahren hat: *Barbara Emme* habe einen so genannten Digitcoupon von 100 Punkten gleich dreimal hintereinander über die Kasse gezogen. Deren Einlösung sei angesichts des Einkaufswerts nicht zulässig gewesen. Schaden: 3 Euro.

2. Die wegen ständig wechselndem Tatsachenvortrag der Klägerin schwierige Tatsachenfeststellung ist in der Entscheidung sorgfältig und präzise dargestellt. Frau *Emme* ist eine notorische Lügnerin. Das Gericht drückt das unter 2.2.1.4 vornehmer dahin aus, „dass sich die Klägerin wechselhaft eingelassen hat“. In beiden Instanzen hat die Klägerin immer wieder anderes behauptet und hiervon erst abgesehen, als das Gegenteil bewiesen war. Das LAG Brandenburg-Berlin bleibt konstant vornehm und hält *Barbara Emme* nur vor, dass sie „ungeachtet ihrer prozessualen Pflichten nach § 138 ZPO diesen Sachverhalt solange bestritten hat, wie sie sich davon einen prozessualen Vorteil versprach.“ Verstoß gegen die Wahrheitspflicht nenne ich Lüge. Ob solche Lügen den Tatbestand des (versuchten) Prozessbetrugs erfüllen, kann mit Blick auf das erschlichene Arbeitsverhältnis zweifelhaft sein (kein Schaden, wenn die Arbeit ihr Geld wert ist) – nicht aber mit Blick auf die Prozesskosten der zweiten Instanz. Dem Rechtsanwalt von Frau *Emme* ist dasjenige recht, was den Arbeitnehmer zum Sieg bringt. Er meint: „Ein guter

Anwalt für Arbeitsrecht weiß, dass Rechtsfragen Machtfragen sind. Er sollte Karl Marx gelesen haben. ... Ich denke: Die Beschäftigten haben immer Recht, die Gegenseite nie.“² So sieht die Prozess-Strategie von *Barbara Emme* über zwei Instanzen auch aus.

3. Bei ihren Lügengeschichten hat *Barbara Emme* andere hineingelegt. Die Tochter habe ihr womöglich die Bons in die eigene Geldbörse gelegt; eine Mitarbeiterin oder Freunde hätten ebensolches tun können. Besonders hart ist die von Frau *Emme* geäußerte „Vermutung“, eine andere Mitarbeiterin (V) habe ihr die (entwendeten) Pfandbons in das Portemonnaie gelegt, ihr diese also untergeschoben. Das hat *Barbara Emme* zuerst gegenüber der Arbeitgeberin behauptet und damit der Kollegin eine (peinliche) Befragung eingebracht. Später hat *Barbara Emme* diesen Vortrag fallen gelassen – also offenbar eine Falschverdächtigung ausgesprochen. Hierzu meint das LAG „Zudem hat die Klägerin mehrfach versucht, den Verdacht auf andere Mitarbeiter abzuwälzen, ohne dass sich dies als auch nur annähernd haltbar erwiesen hätte.“ (zu 2.5 der Gründe). Und auch hinsichtlich der am Rande diskutierten Digitcoupons war ihre Beschuldigung der anderen Kassiererin in sich zusammengefallen: „In Bezug auf die 1. Kassiererin hat sie erhebliche kündigungsrelevante Manipulationen im Zusammenhang mit der Einlösung eines Sondercoupons der Klägerin in den Raum gestellt, die nach der Verlegung des Zeitpunktes, an dem dies vorgefallen sein soll, nicht mehr einlassungsfähig waren.“ (zu 2.5 der Gründe) Im Verfahren selbst hat Frau *Emme* der Hauptbelastungszeugin K, die die Einlösung der Bons durch Frau *Emme* bezeugte, während deren Aussage Lüge vorgeworfen – und wird durch den Scan dieser Bons im E-Journal widerlegt (2.2.1.2.4). Frau *Emme* hat also die Zeugin der Falschaussage bezichtigt, um ihren Hals zu retten.

4. Die Arbeitgeberin hat sich, folgt man den Ausführungen des Gerichts unter 2.2.4, auf besondere Weise vorbildlich verhalten und der Klägerin immer wieder Gelegenheit zur Klärung des Sachverhalts und der von ihr vorgetragenen „Geschichten“ gegeben. Eben dies wollte die Klägerin dann gegen die Arbeitgeberin in Stellung bringen – Überschreitung der Ausschlussfrist des § 626 II BGB. Solcher Vortrag ist treuwidrig.

5. An den Haaren herbeigezogen ist der Anwurf, die Arbeitgeberin habe Frau *Emme* wegen ihrer Betätigung für ver.di, insbesondere ihrer Streikteilnahme gekündigt. Das Gericht hat hierauf unter 2.3 zu Recht kaum reagiert. Frau *Emme* hat keinen Vergleichsfall vorgetragen, in welchem der konkrete Arbeitgeber bei vergleichbaren Personalstraftaten nicht mit der Kündigung reagiert hätte. Auch konnte sie keine konkreten Umstände benennen, die eine entsprechende verhaltensleitende Motivation belegten und aus denen man hätte folgen können, dass *Barbara Emme* ohne die Streikbeteiligung bei gleicher arbeitgeberschädigender Straftat davongekommen wäre. Die schöne Geschichte von der Partyausladung war allenfalls dem damaligen Marktleiter zuzu-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht an der Ludwigs-Maximilians-Universität und Direktor des Zentrums für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in München.

1 NZA-RR 2009, 188. Der Sachverhalt ist bei Lektüre auch des erstinstanzlichen Tatbestands besonders gut begrifflich: ArbG Berlin, Urt. v. vom 21. 8. 2008 – 2 Ca 3632/08, BeckRS 2009, 64609.

2 http://publik.verdi.de/2009/ausgabe_01_02/leben/menschen/seite_23/A0; alle Netzquellen abgerufen am 7. 4. 2009.

rechnen, nicht aber der jetzt den Kündigungsentschluss fassenden Distriktmanagerin. Das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB – ein Sonderfall des Diskriminierungsschutzes – war nicht einschlägig. Die Darlegungs- und Beweislast für die maßregelnde Intention liegt beim Arbeitnehmer! Im konkreten Fall belegt das zurückhaltende und sorgfältige Vorgehen der Arbeitgeberin bei der Sachverhaltsermittlung eher das Gegenteil: Von feindseliger Motivation oder einem irrendgearteten Eifer hat sich die Arbeitgeberin gerade nicht leiten lassen. Worauf Frau *Emme* hinaus wollte, das ist – objektiv betrachtet – ein Sonderkündigungsschutz für streikende Straftäter: Jedem, der schwerste Pflichtverletzungen begangen hat oder plant, wäre dann zu raten, sich augenfällig gewerkschaftlich zu betätigen – um der erwarteten Kündigung eine gewerkschaftsfeindliche Motivation zu unterstellen. Diejenigen, die von ver.di in den Arbeitskampf geführt werden („Flash mob“³), könnten auf diese Weise für die Gewerkschaft begeistert werden. Ist das im Sinne der Koalitionsfreiheit, wenn sich Straftäter hinter dieser verschancen könnten?

Daraus leitet das Gericht ab: „Die Gesamtwürdigung der genannten Umstände hat die *Kammer* dabei zu der Überzeugung geführt, dass die Kündigung nicht lediglich auf einem bloßen Verdacht gründet, sondern dass sich dieser ‚Verdacht‘ nach Auffassung des Berufungsgerichts in seiner schärfsten Form präsentiert. Das Berufungsgericht ist von der Tatbegehung der Klägerin überzeugt.“ Dass *Barbara Emme* straffällig geworden ist, steht nach Überzeugung des Gerichts fest: „Auf die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens der Klägerin (Diebstahl, Unterschlagung und Betrug) kommt es für die kündigungrechtliche Bedeutung nicht entscheidend an“. In der Tat reicht die strafrechtliche Wertung von der Unterschlagung der ihr als Kassiererin vom Marktleiter zur Aufbewahrung anvertrauten Kundenkassensbons bis zum (Sicherungs-)Betrug beim Einlösen der Bons durch zumindest konkludente Täuschung über die Einlöseberechtigung. Das hat insbesondere die Erste Instanz klar gesehen⁴. Nur wird kein Staatsanwalt eine solche Tat mit dem Schädigungswert von 1,30 Euro verfolgen, § 248 a StGB.

Anderes gilt für die ersichtlich wahrheitswidrige Behauptung, die Mitarbeiterin *V* habe ihr die entwendeten Pfandbons untergeschoben: Zwar dürfte es an den Voraussetzungen der falschen Verdächtigung fehlen⁵, dann aber kommt das Vortäuschen einer Straftat in Betracht. Ähnliches gilt für die falsche Bezeichnung der ersten Kassiererin. Für diese Straftaten dürfte sich die Berliner Staatsanwaltschaft durchaus interessieren. Gerade wegen der von Frau *Emme* betriebenen Kampagne, die die Berliner Gerichtsbarkeit massiv angreift und den Rechtsstaat in Frage stellt, besteht ein erhebliches öffentliches Interesse, Straftaten im Rahmen dieser Prozessführung zu ahnden.

II. Nicht einmal eine kleine Rechtsfrage

Rechtlich und tatsächlich ist der Fall *Barbara Emme* sonnenklar und von beiden Instanzen in ebendieser Klarheit entschieden worden. Richtig ist auch die Revision nicht zugelassen, weil es in der Tat keine offene Rechtsfrage in Sicht ist, mit der das *BAG* zu befassen wäre. Das *BAG* entscheidet am 28. 7. 2009 über die Nichtzulassungsbeschwerde (3 AZN 224/09). Dessen Rechtsprechung zu Tat- und Verdachtskündigung ist überaus konstant und eindeutig: Straftaten gegen den Arbeitgeber – auch wenn der Schaden nur gering ausfällt – können die Kündigung rechtfertigen, insbesondere wenn dem Arbeitnehmer – wie Verkaufspersonal oder eben der Kassiererin – Waren- oder Geldbestände oder eben Pfand-

bons anvertraut sind⁶. Besonders schön hat das *LAG Brandenburg-Berlin* dies zusammengefasst:

„Von einer Kassiererin wird eine absolute Zuverlässigkeit und Korrektheit im Umgang mit der Kasse, bei den Buchungen, mit dem Geld, Leergutbons oder sonstiger Bons erwartet; diese Verhaltensnormen sind unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit einer Kassiererin. Auch die Beklagte muss sich darauf verlassen dürfen, dass sich die bei ihr beschäftigten Kassierer/innen, denen sie Geld und Ware anvertraut, diesbezüglich stets korrekt verhalten und auch nicht bei kleineren Beträgen es zu Unregelmäßigkeiten zu ihren Lasten kommen lassen. Gerade diesbezüglich zeigt sich, dass in diesem Pflichtenkreis der Wert des vom Vermögensdelikt betroffenen Artikels keine Rolle spielen kann. Die genannten Verhaltensnormen sind unabdingbar und gelten nicht etwa in gradueller Weise, je nach Wert des Gegenstandes. Infolgedessen ist es auch unzutreffend anzunehmen, Vermögensdelikte gegenüber dem Eigentum des Arbeitgebers, die nur geringwertige Sache betreffen, seien quasi tolerierbar.“⁷

Im Gegenteil: Wer wie *Barbara Emme* vorträgt (oder seinen Prozessbevollmächtigten vortragen lässt), das ihm vorgeworfene Verhalten sei ohnehin nicht gravierend und geringwertige Vermögensdelikte gegen den Arbeitgeber könnten nie eine Kündigung rechtfertigen, der verschärft noch den Vertrauensverlust, glaubt offenbar an eine Art Recht zu kleineren Vermögensstrafaten⁸. Vielleicht ist es auch sozialetisch gerechtfertigt, den Arbeitgeber zu beklauen, wenn die Löhne zu niedrig sind?

Zwar wird in der Literatur immer mal wieder die Unschuldsvermutung ins Feld geführt – zuletzt von *Deimert* in seiner Bremer Antrittsvorlesung⁹. Doch greift diese nur für den Strafprozess und vergleichbare Sanktionen des Staates gegen den Bürger. Und erst Recht ist die Unschuldsvermutung für das horizontale Verhältnis von Bürger zu Bürger unmaßgeblich. Wer vom Vertragspartner Schadensersatz oder eine Vertragsstrafe verlangt, wird durch keine Unschuldsvermutung gehindert – auch dann nicht, wenn die Pflichtverletzung zugleich eine Straftat ist. Insbesondere ist die Beweislastverteilung mit der Exkulpationslast des § 280 I 2 BGB eben kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung.

Selbst das *BVerfG* lässt es zu, dass Kostenfolgen eines Strafverfahrens auf einen Verdacht reagieren – eben weil die Kostenentscheidung keine strafrechtliche Schuldzuweisung bedeutet¹⁰. Und der *BGH* stellt lapidar fest, dass ein Zwangsverwalter selbstredend vom Vollstreckungsgericht entlassen werden kann, wenn gegen ihn Anklage wegen Untreue und Erpressung erhoben wurde, auch wenn die Tatvorwürfe nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Tätigkeit als Zwangsverwalter stehen. Die Unschuldsvermutung ist gar nicht betroffen¹¹.

3 Dazu *Rieble*, NZA 2008, 796, und *LAG Berlin-Brandenburg*, NZA-RR 2009, 149 (Revision beim *BAG* unter 1 AZR 972/08).

4 *ArbG Berlin*, Urt. v. 21. 8. 2008 – 2 Ca 3632/08, BeckRS 2009, 64609 Rdnr. 29.

5 Hierfür wäre erforderlich, dass Frau *Emme* zumindest sicher davon ausging, gegen die bezichtigte Kollegin würde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet; *Zopfs*, in: MünchKomm-StGB, Bd. 2/2, 2005, § 164 Rdnr. 42.

6 Statt vieler *Müller-Glöge*, 9. Aufl. (2009), § 626 BGB Rdnrn. 94 f.; eingehende Nachw. d. Rspr. finden sich in den auch insofern mutergültigen Entscheidungen des *ArbG Berlin*, Urt. v. 21. 8. 2008 – 2 Ca 3632/08, BeckRS 2009, 64609, und des *LAG Berlin-Brandenburg*, NZA-RR 2009, 188.

7 *LAG Brandenburg-Berlin*, NZA-RR 2009, 188.

8 Auf diese penetrante Haltung hat das *ArbG Berlin*, Urt. v. 21. 8. 2008 – 2 Ca 3632/08, BeckRS 2009, 64609 Rdnr. 47 hingewiesen und eben diesen Schluss gezogen; anders aber *Klueß*, NZA 2009, 337.

9 Etwa *Schütte*, NZA Beil. 2/1991 (zu Heft 13/1991), S. 17, 22; *Naujok*, AuR 1998, 398 (401), und *Deimert*, AuR 2005, 285 (291). Insofern abl. *Dörner*, NZA 1992, 865 (866 und dort Fußn. 18).

10 *BVerfGE* 82, 106 = NJW 1990, 2741; weiter *EGMR*, EuGRZ 1987, 399.

11 *BGH*, KTS 1998, 622 = BeckRS 2008, 51136.

Dementsprechend weisen schärfer denkende Juristen darauf hin, dass die Verdachtskündigung gerade nicht Reaktion auf die Straftat ist, sondern auf die von diesem Verdacht ausgehenden Wirkungen auf das Schuldverhältnis, zentral den Vertrauensentfall. Er und nicht die eher belanglose Straftat rechtfertigt die Tat Kündigung bei kleinen Vermögensdelikten¹². Und eben deswegen kann eine Abmahnung nicht helfen: Wer sich selbst durch Strafnormen nicht von vorsätzlichen (kleineren) Delikten abhalten lässt, ja sich offenbar für befügt hält, sich auf Kosten des Arbeitgebers zu bereichern, dem kann man nicht vertrauen. Und selbst wenn es ausnahmsweise ein Abmahnungserfordernis gäbe¹³, dann keinesfalls in diesem Fall: weil Frau *Emme* bis zum Schluss ohne jede Einsicht gewesen ist.

Das BAG hat nämlich in seiner zentralen Entscheidung vom 14. 9. 1994 und seither ständig die Angriffe gegen die Verdachtskündigung zurückgewiesen¹⁴. Das *BVerfG* hat gerade die Verdachtskündigung mit ihren „strengen Voraussetzungen“ gebilligt: „Jedenfalls bei Beachtung dieser Grenzen ist eine Verdachtskündigung nicht unverhältnismäßig und verletzt den betroffenen Arbeitnehmer nicht in seinem Grundrecht aus Art. 12 I GG.“ Deswegen hat es sogar die richterliche Verdachtsauflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG gutgeheißen¹⁵.

Im Übrigen: Wer die Verdachtskündigung als solche nicht will, diese insbesondere für unverhältnismäßig hält, müsste stattdessen die Suspendierung gewähren (Unzumutbarkeit der Beschäftigung gem. § 275 III BGB, damit zugleich Entfall der Gegenleistung, § 326 I 1 BGB). Wie soll der Arbeitgeber in der Suspendierungsphase den Verdacht ausermitteln? Ermittlungsbefugnisse nach dem Vorbild des beamtenrechtlichen Disziplinarverfahrens stehen ihm nicht zur Verfügung. Wer will das ändern? Der in letzter Zeit gegen obskures Arbeitgeber-Ermittlungsverhalten vielbemühte Datenschutz müsste zurücktreten! So gesehen ist die Verdachtskündigung nachgerade Kompensation für den Arbeitgeber, der kaum Möglichkeiten hat, Straftaten und schwere Pflichtverletzungen im Betrieb aufzuklären. Eben deswegen ist die Fortführung des Arbeitsverhältnisses schon bei Verdacht unzumutbar.

Hier kam es auf all dies gar nicht an: *Barbara Emme* ist nach Auffassung des *LAG Brandenburg-Berlin* nicht nur hinreichend verdächtig, sondern überführte Täterin!

III. Die Kampagne

1. „Klassenjustiz und Thierse“

Eingehende Lektüre von Gerichtsentscheidungen und sorgfältige rechtliche Analyse darf man von empörungswilligen „Sozialromantikern“ nicht verlangen. Dabei hatte das *LAG Brandenburg-Berlin* offenbar in Erwartung dessen, was kommt, eine sehr sorgfältige Pressemitteilung „komponiert“, in der auf nur einer Seite die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen festgehalten sind. Besonders klar: „Der Vertrauensverlust sei im zu entscheidenden Fall noch nachhaltiger gewesen, weil die Klägerin im Rahmen der Befragungen durch den Arbeitgeber immer wieder falsche Angaben gemacht habe, die sie dann, als sie vom Arbeitgeber widerlegt waren, einfach fallengelassen hat. So habe sie beispielsweise ohne Grund und Rechtfertigung eine Kollegin belastet, die nichts mit der Sache zu tun gehabt hatte.“¹⁶

Aber Argumente und Sachaussagen helfen nicht¹⁷; es wird grob geschlitzelt: Der Vorwurf gegen die Entscheidung lautet im Kern: „Klassenjustiz“¹⁸ – weil *Zumwinkel* folgenlos da-

von gekommen sei. Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen. Ja und dann auch noch die schweren Missetaten der Finanzkrise. Es könne doch nicht sein, dass Spekulanten die „Welt an den Abgrund“ geführt haben, dafür auch noch Boni ausgezahlt erhalten und die arme Emme(ly) wegen nur 1,30 Euro ihren Arbeitsplatz verliert. Dass Autoren der *World Socialist Web Site* oder der *taz* solches äußern, kann man verstehen. Nichtstaatliche Stellen dürfen im Rahmen ihrer Meinungsfreiheit Gerichte und Gerichtsentscheidungen unsachlich und emotional angreifen. Einen Sonder-Ehrenschutz für Richter und Gerichte gibt es in Deutschland nicht.

Dass aber der Vizepräsident des Deutschen Bundestags, *Wolfgang Thierse*, zum Urteil des *LAG Berlin-Brandenburg* meint „Das ist ein barbarisches Urteil von asozialer Qualität“¹⁹ – das geht eindeutig zu weit. Als Staatsrepräsentant hat *Thierse* die Gewaltenteilung und damit die Unabhängigkeit der Gerichte zu achten. Oder sollen Richter künftig öffentlich vergleichbar emotional sagen, was sie vom Gesetzgeber und seinen „Produkten“ halten²⁰? Oder gar in der Urteilsverkündung unterlegenen Parteien raten, sich beim Bundestagspräsidium zu beschweren, weil die Entscheidung vor allem der schlechten Qualität der Gesetzgebung zu verdanken ist?

Richtig stellt sich deswegen die Präsidentin des *LAG Berlin-Brandenburg* vor ihre *Kammer* und wehrt diese Äußerung als diffamierende Entgleisung ab²¹. „Barbarisch“ sind die Äußerungen *Thierse*s, weil er mit ausschließlich emotionalen Adjektiven (barbarisch, asozial) dem Gericht und seinen Richtern letztlich die Funktionsberechtigung abgesprochen hat²². Will er etwa die Volksgerichte – in Wiederbelebung der Konfliktkommissionen aus der guten alten DDR – reaktivieren?²³ Dort würde Recht dann so gesprochen, wie es dem Rechtsempfinden entspricht – also emotional und nicht rational (vulgo: kleinkariert). Wer 30 Jahre lang gearbeitet hat, der darf dann etwas Kleines mitgehen lassen! Freilich hat Deutschland mit solchen Volksgerichten nicht die allerbesten Erfahrungen gemacht – emotionale Rechtsfindung bietet keine Garantie für gute Ergebnisse.

Thierse hält offenbar alle Richter der Landesarbeitsgerichte wie des *BAG* und alle Rechtswissenschaftler, die auf der Basis gesicherten Richterrechts ganz überwiegend ebenso

12 Dazu *Schlachter*, NZA 2005, 434.

13 Vgl. *Schlachter*, NZA 2005, 436.

14 *BAG*, NJW 1995, 1110; zuletzt *BAG*, EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 5 = BeckRS 2008, 51136. Sehr klar auch *Fischermeier*, in: Festschr. f. ARGE ArbR im DAV, 2006, S. 275.

15 *BVerfG*, Beschl. v. 15. 12. 2008 – 1 BvR 347/08; *BVerfG*, NJW 2009, 572.

16 Pressemitl. 07/09, www.berlin.de/sen/arbeit/gerichte/presse/07_09.html; abgerufen am 7. 4. 2009.

17 Wohltuend dagegen *Jahn*, Kündigung für „Emmely“, FAZ <http://faz-fanzonionline.faz.net/blogs/wort/archive/2009/02/24/k-252-ndigung-f-252-r-quot-emmely-quot.aspx>.

18 *Nees*, Ein Fall von Klassenjustiz, www.wsws.org/de/2009/mar2009/emme-m21.shtml. Dort wird der Name der Täterin zu Emmely anonymisiert; hingegen die Vorsitzende Richterin des *LAG Berlin-Brandenburg* namentlich genannt. Schön ist auch: www.taz.de/1/debatte/kommentar/artikel/1/das-urteil-ist-eine-farce/.

19 Interview mit der Berliner Zeitung, www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2009/0226/berlin/0091/index.html; www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,609982,00.html.

20 Harmlos etwa *Jutta Limbach*s Verdikt, die Neufassung des AsylG 1993 sei „mit heißer Nadel gestrickt“.

21 Presseerklärung vom 26. 2. 2009, www.berlin.de/sen/arbeit/gerichte/presse/presseerklaerung_2009.html.

22 S. auch die Reaktionen von Anwaltverein und Richterbund, www.berlinonline.de/berliner-zeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2009/0227/berlin/0022/index.html; weiter *Vetter*, DRiZ 2009, 114; *Lamprecht*, DRiZ 2009, 145.

23 Eingehend: *Autorenkollektiv* unter der Leitung von *Kunz/Thiel*, *ArbeitsR*, 2. Aufl. (1984), S. 424 ff.

entscheiden würden, ja selbst die Verfassungsrichter, die die Verdachtskündigung erst Ende 2008 bestätigt haben, für unkultivierte Barbaren. Jenes für unqualifizierte, ja im Einzelfall grob rechtsstaatswidrige Urteilskritik einschlägig bekannte²⁴ so genannte „Ostsandmännchen“ hat später die Wortwahl zurückgenommen, indes in der Sache sein Unrechtsurteil aufrechterhalten: „Es ärgert mich, dass die Kleinen brutal bestraft, die Großen hingegen für ihre Fehler sogar noch belohnt werden.“ Dass der bayerische Ministerpräsident dieser Populismusfalle nicht entgehen konnte²⁵, versteht sich von selbst. Nicht berichtet wurde, dass *Thierse* und *Seehofer* ihrerseits *Barbara Emme* Stellenangebote unterbreitet hätten, etwa im Kassenbereich der SPD oder der Finanzverwaltung des Freistaats.

2. Gleichheitsversagen der Justiz?

Nun kann man solche Empörung rational aufklären und entkräften: Der Vorwurf der Ungleichbehandlung von Bürgern vor Gericht infolge ihrer „Klassenherkunft“ setzt vergleichbare Verfahren und Sachverhalte voraus. Strafrechtliche Ahndung und arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz sind grundverschieden. Die Kündigung ist keine Strafe für vergangenes Tun, sondern löst das Arbeitsverhältnis für die Zukunft auf, weil für die künftige Zusammenarbeit keine positive Prognose abgegeben werden kann²⁶. Anders gewendet: Frau *Emme* wurde nicht gekündigt, weil sie gestohlen und betrogen hat, sondern weil man künftig kein Vertrauen mehr in den ordnungsgemäßen Umgang mit dem ihr anvertrauten Geld hat.

Dass Herr *Zumwinkel*, wenn er seine Reisekostenabrechnung vorsätzlich um einen kleineren Betrag „frisiert“ hätte und deswegen vom Aufsichtsrat fristlos gekündigt worden wäre, vor einem deutschen Gericht davon käme, das behauptet nun ernstlich ein Berliner LAG-Kollege²⁷. Nun mag man darüber streiten, ob es stilischer ist, der angegriffenen Richterkollegin zur Unzeit in den Rücken zu fallen. Argumentativ sorgfaltswidrig zitiert *Klueß* ein obiter dictum des *OLG Celle*, wonach der Kreditkartenmissbrauch von 160 DM (zu) geringfügig sei, verschweigt indes den tragenden Grund, dass es sich insoweit um ein Versehen gehandelt haben könnte und der Vortrag der Beklagten schlicht unzureichend gewesen ist. Vereinzelt *OLG*-Entscheidungen bereiten keinen argumentativen Sommer. Auch eine juristische Person muss darauf vertrauen können, dass ein vertretungsberechtigter Geschäftsführer seine Vermögensverfügungsbefugnis nicht zu eigenem Vorteil missbraucht – und zwar auch nicht zu kleineren Beträgen. Wir dürfen gewiss sein, dass der *BGH* gewohnt strenge Maßstäbe heranzieht und das zerstörte Vertrauensverhältnis nicht anders wertet als das *BAG*²⁸ – zumal nach der harschen strafrechtlichen Mannesmann-Entscheidung. Sehr klar sagt der *BGH* 1967: Nutzt ein GmbH-Geschäftsführer seine Stellung dazu aus, ein vorteilhaftes Geschäft für eigene Rechnung abzuschließen, so rechtfertigt dieser schwere Vertrauensbruch die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags auch dann, wenn das Geschäft selbst die Interessen der Gesellschaft nicht beeinträchtigt²⁹ hat.

Dass es zu Prozessen nicht kommt, liegt entgegen der Vermutung von *Klueß* daran, dass diebische, betrügerische und untreue Geschäftsführer auch bei kleineren Beträgen in der Regel nicht klagen, sondern leise das Unternehmen verlassen – einerseits, weil sie keinen Kündigungsschutz genießen, andererseits, weil jedes Gerichtsverfahren für sie schädliche Publizität schafft.

Im Übrigen gibt es obergerichtliche Entscheidungen zu vertrauenszerstörenden Pflichtverletzungen³⁰; so meint das

OLG Hamm, dass die Fälschung von Abrechnungsbelegen durch einen Gesellschafter-Geschäftsführer wichtiger Grund für seine Abberufung selbst dann ist, wenn ein konkreter Vermögensschaden nicht nachzuweisen ist³¹, und das *KG* äußert 2000 sehr klar: Unberechtigte Spesenabrechnungen (hier: private Tankfüllungen) sind „jeder für sich, vor allem aber in einer Gesamtschau derart gravierend, dass sie die fristlose Kündigung des Klägers aus wichtigem Grunde mit sofortiger Wirkung rechtfertigen. Denn der Kläger hat mit seinen unberechtigten Spesenabrechnungen seine Stellung als Geschäftsführer der Beklagten dazu ausgenutzt, sich zu ihren Lasten private wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. ... Dies offenbart ein derart grobes Missverständnis seiner Pflichten als Geschäftsführer, die ihm eine strikte Trennung beruflicher und privater Interessen auferlegen, dass seine weitere Beschäftigung für die Beklagten nicht zumutbar ist.“ Mit „jeder für sich“ erklärt das *KG* (obiter), dass selbst eine einmalige Tat in Höhe von 43,30 Euro genügt, weil der Dienstvertrag eben dieses eindeutig verbietet³².

Wer wie *Klueß* hier einen Widerspruch behauptet, sollte sorgfältig arbeiten; eine Datenbankabfrage genügt nicht – es darf auch ein Blick ins Buch folgen.

Herr *Zumwinkel* hat „nur“ Steuern hinterzogen. Außerhalb des öffentlichen Dienstes begründet das keine Verdachts- und auch keine Tätigung – fehlt doch der entscheidende Bezug zum Arbeitsverhältnis³³. Gleichwohl hat Herr *Zumwinkel* seinen Anstellungsvertrag durch öffentlichen Druck aufgegeben – nachdem am 14. 2. 2008 Funk und Fernsehen der Durchsuchung seines Anwesens beiwohnen durften. Selbst Untersuchungshaft und erst Recht bloße Durchsuchungen tragen keine Verdachtskündigung. Ob Herr *Zumwinkel* angemessen (vor allem: hinreichend „hart“) bestraft worden ist, ob womöglich die Verfolgungsverjährung zu spät aufgehalten worden ist³⁴, spielt für das Arbeitsrecht keine Rolle.

Ebenso haltlos ist der Empörungszugriff auf die aktuelle Finanz- und Wirtschaftskrise und ihre „Schuldigen“. Ob dort Straftaten begangen worden sind – vor allem in den Staatsbanken, aber auch in der HRE; ob sich etwa *Oskar Lafontaine* als Verwaltungsratsmitglied der KfW der Untreue strafbar gemacht hat, weil er seiner Aufsichtspflicht nicht nachgekommen ist – das kann derzeit niemand beurteilen. Lustigerweise spricht hier keiner von Unschuldsumvermutung, obwohl sie zum Schutz der „Banker“ und ihrer Aufseher unmittelbar greift. Hier darf und muss ermittelt werden, aber bitteschön rechtsstaatlich sauber und ohne Vorverurteilung durch eine sachkenntnisfreie Öffentlichkeit. Konkrete Pflichtverletzungen führen zu Schadensersatzansprüchen.

24 Etwa www.ksta.de/html/artikel/1112877722455.shtml oder www.welt.de/print-welt/article5051277Thierse_Justizschelte_empoert_Richter.html; weiter *Jost Müller-Neuhof*, Thierse bedauert seine Urteilsschelte, www.zeit.de/online/2009/10/thierse-rechtskritik.

25 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7915564.stm>.

26 *BAG*, AP Nr. 13 zu § 626 BGB; *BAG*, AP Nr. 7 zu § 103 BetrVG 1972. Ebenso *KR/Fischermeier*, 8. Aufl. (2007), § 626 BGB Rdnr. 114.

27 *Klueß*, *NZA* 2009, 337 (339); gegen diesen *Reuter*, *NZA* 2009, 594.

28 Etwa *BGHZ* 130, 108 = *NJW* 1995, 2559; *BGH*, *NJW-RR* 1998, 1409; *BGH*, *DStR* 2007, 1923. Für Spesenabrechnungen weist *BGH*, *NJW* 2003, 431 auf das (damals?) verkehrsbliche Recht zu Spesen auch im Privatbereich hin. Sehr klar: *Goette*, *Die GmbH*, 2. Aufl. (2002), § 8 Rdnrn. 31 ff., 36 für die Abberufung und Rdnrn. 162 ff., 165 für die außerordentliche Kündigung und Rdnrn. 167 f. zur Verdachtskündigung; weiter *Goette*, *Ann. zu BGH*, *DStR* 1997, 1339.

29 *BGH*, *GmBHR* 1968, 141.

30 Etwa *OLG Düsseldorf*, *AG* 2008, 166.

31 *OLG Hamm*, *GmBHR* 1985, 119.

32 *KG*, *NZG* 2001, 325; *Roth/Altmeppen*, *GmBHG*, 5. Aufl. (2005), § 6 Rdnr. 94.

33 Hierzu *BAG*, *NZA* 2000, 1282 = *AP* Nr. 163 zu § 626 BGB; *BAG*, *NZA* 2004, 919 = *AP* Nr. 39 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

34 Dazu *Friedrichsen*, *Bewährung für ein gescheitertes Vorbild*, www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,603265,00.html.

Welche Pflichten die Verantwortlichen verletzt haben können, das hat *Marcus Lutter* unter dem Titel „Bankenkrise und Organhaftung“ jüngst erhellend dargelegt³⁵.

Von „Klassenjustiz“ könnte mit Blick auf die Finanzkrise erst die Rede sein, wenn hier keine Rechtsverfolgung durch die Strafbehörden stattfände oder andere Haftungsmaßstäbe als sonst angewandt würden. Solche Gefahr besteht allenfalls hinsichtlich der Politiker, die in den Staatsbanken vergütete (!) Titularfunktionen innehatten, ohne die Aufsicht je auszuüben. Für die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten kommt es darauf an, ob sie dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend gleichrangig mit den Anteilseignervertretern zur Haftung herangezogen werden oder ob man ihnen ein Haftungsprivileg zuerkennt.

Aber auch das hat mit *Barbara Emme* und Kaisers/Tengelmann nichts zu tun. Erstens nicht, weil es um andere Sachverhalte und andere Rechtsfragen geht. Zweitens nicht, weil selbst bei vergleichbarer Situation der rechtsethische Fundamentalsatz „keine Gleichheit im Unrecht“³⁶ verbietet, *Barbara Emme* nur deswegen vor einer an sich gerechtfertigten Kündigung zu schützen, weil anderswo die Rechtsordnung nicht hinreichend durchgesetzt wird. Das eröffnete letztlich Richtern oder Behörden illegitimen Einfluss auf den Bestand der Rechtsordnung, ihrer Rechtsregeln und deren Durchsetzung. Einen Anspruch auf Fehlerwiederholung kann es nicht geben. Dann und nur dann, wenn Kaisers/Tengelmann selbst anderswo im Unternehmen Straftaten duldeten, dann könnte das Recht die Kündigung untersagen. Nur die Arbeitgeberin selbst kann sich durch eigenes Fehlverhalten gegebenenfalls nach § 242 BGB um das eigene Kündigungsrecht bringen. Und dann hätten die Berliner Richter – da bin ich mir sicher – auch so entschieden.

3. Keine Unverhältnismäßigkeit

Der gleichfalls erhobene Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit – hier ein Verlust von 1,30 Euro, dort der Verlust des Arbeitsplatzes – zeigt vor allem begrenzte Denkschärfe. In der Tat wäre der Arbeitsplatzverlust als Strafe oder Sanktion für eine Kleinststrafat unverhältnismäßig. Nur geht es eben hierum überhaupt nicht, wie sich jedem erschließt, der die Berliner Urteile oder doch wenigstens die Pressemitteilung des LAG gelesen hat. Es geht um das Vertrauen für die Zukunft; genauer: darum, ob man Kaisers/Tengelmann zumuten darf, *Barbara Emme* einen Kassenbestand anzuvertrauen. Wie würden all die mitleidigen oder empörten Menschen reagieren, wenn sie zu Hause um einen geringen Betrag bestohlen würden und einen durch Tatsachen belegten dringenden Verdacht hätten, dass es die Reinigungskraft oder der zur Untermiete wohnende Student gewesen sei. Würden diese sich der Gefahr weiterer Diebstähle aussetzen wollen? Völlig ausgeblendet wird auch das Prozessverhalten von Frau *Emme*, insbesondere die Anschwärzung von Kollegen. Man sieht: Von Unverhältnismäßigkeit kann keine Rede sein.

Auch hier irrt wieder *Klueß*³⁷, der mit einem Seitenblick auf die Disziplinarrechtsprechung der Verwaltungsgerichte gegenüber betrügenden und stehlenden Beamten eine Bagatellgrenze einziehen will und die Rechtsprechung des BAG als „prinzipiell unverhältnismäßig“ ansieht. Hier wird verglichen, was nicht vergleichbar ist (in der Diktion des BAG: Apfel mit Birnen): Dem Beamten drohen hoheitliche repressive Sanktionen für Dienstvergehen, die proportional zur Tat sein müssen. Diese sind auch unterhalb der Höchststrafe „Entlassung aus dem Dienst“ hinreichend abschreckend – vom Beförderungsverbot über die Degradierung bis zur Bezügekürzung. Dass das BVerwG bei solchen „Zugriffsdelikten“ (Unterschlagung aus öffentlichen Kassen) bis zur Bagatellgrenze von 50 Euro keinen schwerwiegenden Vertrauensbruch sieht – wohingegen auch eine ganz geringfügige Bestechungssumme die

Entfernung aus dem Dienst trägt³⁸ –, lässt Rückschlüsse allenfalls dahin zu, worin man beim Staat noch Vertrauen haben darf. Im Arbeitsverhältnis darf die Kündigung keine Sanktion sein; hier geht es ausschließlich um den Vertragsvollzug in der Zukunft. *Klueß* erkennt und ignoriert, dass das rechtliche Band zwischen Beamten und Dienstherr intensiver ist als die zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Er will auch keine Gleichstellung, sondern eine Besserstellung der Arbeitnehmer. Disziplinarische Sanktionen wie Lohnkürzung oder Degradierung muss kein Arbeitnehmer fürchten³⁹; so bewendet es bei der Abmahnung. Und damit schüfe *Klueß* für die laxen Rechtsgenossen, denen er zugetan ist, ein allgemeines Recht auf die „erste Tat“ – genauer: auf viele kleine Taten, bis man erstmals erwischt wird.

IV. „Und was wird aus mir?“

Die berühmte *Heide-Simonis-Frage* ist für *Barbara Emme* wie folgt zu beantworten: Einen Arbeitsplatz findet sie nicht mehr. Wer stellt solche Straftäter ein? Der Betriebsrat müsste nach § 99 II Nr. 6 BetrVG sogar der Einstellung widersprechen – weil Frau *Emme* mit ihrer vorsätzlichen Anschwärzung einer Kollegin hinreichend Anhaltspunkte für eine erwartbare Störung des Betriebsfriedens gibt. Aber: Wer solch eine Kampagne fährt, der will auch gar keinen regulären Arbeitsplatz mehr. Vielleicht ist ihr Kompensation schon anderweit versprochen – etwa durch Beschäftigung bei ver.di. Das wäre nur richtig: Hat sich Frau *Emme* doch für das Gewerkschaftsanliegen geopfert. Und jedenfalls ver.di hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass *Barbara Emme* wegen ihrer Gewerkschaftsaktivität gekündigt worden ist⁴⁰. Dann ist es nur gerecht, dass sie zweckentsprechend aus dem Streikfonds entschädigt wird.

V. Zusammenfassung und Ausblick

1. Der Fall *Barbara Emme* ist kein Fall von Klassenjustiz – sondern ein Beleg dafür, dass die Bürger ihre (!) Justiz nicht verstehen. Das liegt kaum an der Justiz und ihren eindringlichen Kommunikationsversuchen als vielmehr an der Bereitschaft des Bürgers, frei von Kenntnis oder Bemühen um dieselbe und kraft eigener Empörung zu urteilen. Dies wird in verantwortungsarmer Weise von gerade jenen Presseorganen befördert, die sonst Verantwortung (bei anderen) anmahnen. Selbstredend dürfen auch Politiker als Vertreter der Ersten Gewalt Gerichtsschelte üben – aber nicht ohne Sachkenntnis. Das ist verantwortungslos, insbesondere wenn der Richter gedroschen wird, um Publikumssympathie einzuheimsen und im Wahlkampf Punkte zu machen.

2. Gerichte sollen kühl und emotionslos entscheiden – eben rational. Argumentative Rationalität haben die Gerichte auch in der Diskussion ihrer Entscheidungen verdient. Wer das kraft Rechtsempfindens urteilende Volksgericht will, der sollte sich klar machen, was das heißt!

Barbara Emme und ihr fragwürdiger Rechtsanwalt sind so ziemlich der schlechteste Empörungsanknüpfungspunkt, den man sich vorstellen kann: Ihre Rechtsverfolgungsstrategie baut auf Lug und Trug; selbst vor dem vorsätzlichen Anschwärzen einer Kollegin schreckt die Straftäterin nicht zurück. Wer für diese Person eintritt, zeigt vor allem, dass es ihm nicht um die Sache, sondern um Kampagne geht. ■

35 ZIP 2009, 197.

36 Eingehend *Paul Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Hdb. des StaatsR V, 2. Aufl. (2000), § 125 Rdnrn. 65 ff.; *Ferdinand Kirchhof*, in: *Festschr. f. Merten*, 2007, S. 109 und *Sachs/Osterloh*, GG, 5. Aufl. (2009), Art. 3 Rdnrn. 46 ff.

37 NZA 2009, 337.

38 BVerfG, NVwZ 2003, 1504.

39 Anders war es nach §§ 254 ff. AGB-DDR 1977.

40 Vgl. *Haas*, Führe sie nicht in Versuchung, SZ vom 25. 2. 2009, im Netz: www.sueddeutsche.de/jobkarriere/886/459527/text/.