

## **Zulassung der Revision im Fall „Emmely“**

### **§§ 72 Abs. 2, 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ArbGG**

1. Die Rechtsfrage, ob das Gericht im Rahmen der Interessenabwägung bei einer verhaltensbedingten Kündigung das spätere Prozessverhalten des gekündigten Arbeitnehmers berücksichtigen darf, ist von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung.
2. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG sind Umstände, die nach Zugang der Kündigung eintreten, grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen für die Frage, ob die Kündigung wirksam ist. Dennoch können aber Dinge, die erst später passieren, insbesondere das prozessuale Verhalten, in Ausnahmefällen einfließen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

### **BAG, Beschluss vom 28. Juli 2009 –3 AZN 224/09**

#### **Problempunkt**

Diese Entscheidung des BAG hat große Aufmerksamkeit gefunden. Das Gericht ließ damit die Revision gegen das in der Presse und Öffentlichkeit viel diskutierte Urteil des LAG Berlin-Brandenburg im sog. Fall „Emmely“ zu (AuA 12/09, S. 727, siehe einen Kommentar vorher). Das LAG sah die Kündigung einer 50 Jahre alten Kassiererin nach 31-jähriger Betriebszugehörigkeit als wirksam an. Es hielt es für erwiesen, dass die Mitarbeiterin zwei Leergutbons im Gesamtwert von 1,30 Euro unterschlagen hatte. Die Richter berücksichtigten im Rahmen der Interessenabwägung, dass die Klägerin bei der Anhörung vor Anspruch der Kündigung und im Prozess mehrfach durch unwahre Angaben versucht hatte, den Verdacht von sich ab- und auf andere Kolleginnen zu lenken. Das LAG bestätigte deshalb das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts. Die Revision ließ es nicht zu.

Hiergegen wendete sich die Klägerin mit einer Nichtzulassungsbeschwerde. Zur Begründung führte sie aus, die Entscheidung des LAG weiche von der Rechtspre-

chung des BAG ab. In einem Urteil vom 23.6.2005 (2 AZR 256/04) hatte das BAG ausgeführt:

„Für die Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung ... ist entscheidend, ob Umstände vorliegen, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Kündigung als wirksam erscheinen lassen. Es ist eine rückschauende Bewertung dieser Gründe vorzunehmen, später eintretende Umstände sind grundsätzlich nicht mehr einzubeziehen.“

### **Entscheidung**

Das BAG gab der Nichtzulassungsbeschwerde statt. Zwar widerspricht die Entscheidung des LAG nicht der bisherigen Rechtsprechung des BAG. Mit dem Urteil vom 23.6.2005 hatte der für Kündigungsentscheidungen zuständige 2. Zivilsenat lediglich einen (ausnahmefähigen) Grundsatz aufgestellt. Dem lässt sich deshalb nicht entnehmen, dass Umstände, die erst nach der Kündigung eintreten, bei der Beurteilung generell außer Betracht bleiben müssen.

Der für die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde zuständige 3. Senat sah jedoch eine allgemeine Bedeutung für die Rechtsordnung in der Frage, ob es zulässig ist, ein späteres Prozessverhalten in die Interessenabwägung einzubeziehen und als mitentscheidend zu berücksichtigen. Deshalb bejahte er die grundsätzliche Bedeutung und ließ die Revision zu. Weitere Fragen, insbesondere ob die Kündigung im Fall „Emmely“ rechtmäßig war, musste er in diesem Verfahren nicht beantworten.

### **Konsequenzen**

Im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde hatte das BAG lediglich über die Frage zu prüfen,

- > ob eine für die Entscheidung wesentliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat oder
- > ob das Urteil des LAG im Widerspruch zu anderen obergerichtlichen Entscheidungen steht.

Es ist deshalb auf den ersten Blick überraschend, dass das Gericht die Revision zugelassen hat. Schließlich ist die Rechtsprechung des BAG und aller LAG zur

Kündigung bei Diebstahl geringwertiger Sachen eindeutig und das LAG Berlin-Brandenburg weicht hiervon nicht ab. Es hatte aber im Rahmen der Interessenabwägung auch das Verhalten der Klägerin nach Ausspruch der Kündigung berücksichtigt. Die Frage, ob das Gericht Vorgänge nach Ausspruch der Kündigung in die Abwägungsentscheidung einbeziehen darf, insbesondere das Verhalten des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess, ist bisher noch nicht entschieden. Da die Erfurter Richter diese Frage für grundsätzlich bedeutsam halten, ist es konsequent, die Revision zuzulassen.

Wie die Entscheidung des BAG ausfallen wird, lässt sich gegenwärtig nicht absehen. Es spricht viel dafür, das Verhalten von Arbeitnehmern im Prozess bei der Bewertung der Kündigung nicht zu berücksichtigen. Ob sie berechtigt ist oder nicht, beurteilt sich anhand der Tatsachen zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung. Anderenfalls wäre das Risiko für den Arbeitgeber unkalkulierbar. Aus Gründen der Chancengleichheit wird es auch nicht möglich sein, nur auf Prozessvorgänge zulasten des Mitarbeiters abzustellen.

Selbst wenn das BAG die Entscheidung des Berufungsgerichts aufhebt, steht damit noch nicht fest, ob die Kündigung wirksam ist. Das LAG hatte das klageabweisende Urteil mit ausführlichen und differenzierten Argumenten begründet und die Verstöße der Klägerin gegen die prozessuale Wahrheitspflicht nur ganz nebenbei erwähnt. Selbst wenn das BAG die Revision also für begründet halten sollte, bedeutet dies noch nicht zwingend eine abschließende Entscheidung. Es kann das Verfahren auch an das LAG zurückverweisen.

### **Praxistipp**

Arbeitgeber müssen nicht damit rechnen, dass das BAG die Frage, ob eine Kündigung wegen Diebstahls geringwertiger Sachen wirksam ist, zukünftig anders beurteilt als in seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung (Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03, AuA 8/04, S. 48 f.). Seine Entscheidung wird lediglich eine Detailfrage im Rahmen der Interessenabwägung klären. Wer sich für das Ergebnis interessiert, muss nur die Tagespresse verfolgen. Sicher wird auch das Revisionsurteil ein großes Medienecho finden.

RA und FA für Arbeitsrecht Dr. Reinhard Möller,  
Rechtsanwälte Bartsch und Partner, Karlsruhe