

Mario Wertz

**Die Verdachtskündigung unter
Berücksichtigung des „Vertrauenkapitals“**



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenkapitals“





Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Trier

vorgelegt von
Mario Wertz
aus Reutlingen

2015



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen: Cuvillier, 2016

Zugl.: Trier, Univ., Diss., 2015

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2016

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2016

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

ISBN 978-3-7369-9191-0

eISBN 978-3-7369-8191-1



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 12.01.2016 statt. Das Manuskript wurde Ende März 2015 fertiggestellt und Anfang April 2015 eingereicht. Schrifttum und Rechtsprechung sowie Änderungen in der Gesetzgebung wurden bis zur Einreichung der Arbeit berücksichtigt.

In der Zeit der Anfertigung meiner Doktorarbeit haben mich viele Menschen begleitet und unterstützt, denen ich an dieser Stelle herzlich danken möchte.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter, die mich bei der Entstehung der Arbeit stets voll unterstützte. Dabei ließ sie mir jede wissenschaftliche Freiheit, förderte mich uneingeschränkt und zeigte insbesondere großes Verständnis für die durch meine beruflichen Verpflichtungen teilweise bedingten Verzögerungen bei der Fertigstellung dieser Arbeit.

Herrn Prof. Dr. Thomas Raab danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Für das Korrekturlesen der Arbeit bedanke ich mich bei Dennis Lehnert und Elena Naumann.

Für den Freiraum zur Fertigstellung dieser Arbeit durch flexible Arbeitszeitmodelle bin ich meinen Arbeitgebern, Vorgesetzten und Kollegen zu Dank verpflichtet.

Meiner Familie und meinen Freunden danke ich dafür, dass sie mir jederzeit den Rücken gestärkt haben und während dieser mich in allen Belangen herausfordernden Zeit der Fertigstellung dieser Arbeit immer für mich da waren.

Die Arbeit widme ich in Liebe und tiefster Dankbarkeit meinen Eltern, Hilda Maria Guevara de Wertz und Dr. Nikolaus Wertz, die mich in meinem Leben stets vorbehaltlos in allem unterstützt haben. Muchas gracias, mis queridos padres!

Stuttgart, im Januar 2016

Mario Wertz





Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Einführung und Ziel der Untersuchung	13
II. Gang der Untersuchung	20
B. Entwicklung und Einordnung der Verdachtskündigung	23
I. Der Vertrauenswegfall und die Verdachtskündigung	24
1. Vertrauensverhältnis der Arbeitsvertragsparteien	25
2. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens - das zerstörte Vertrauen als Kündigungsgrund	29
3. Abmahnungserfordernis bei Störungen im Vertrauensbereich?	33
4. Die Anwendung der Grundsätze des Vertrauenswegfalls auf die Verdachtskündigung	38
II. Zulässigkeit der Verdachtskündigung	40
1. Rechtsprechung vor Einrichtung des BAG	41
2. Rechtsprechung des BAG	43
3. Das Meinungsspektrum in der Literatur	51
4. Gesetzentwürfe zur Einschränkung bzw. zum Verbot der Verdachtskündigung	54
a) Gesetzentwurf der SPD-Fraktion	56
b) Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE	57
c) Die parlamentarische Beratung und die Ablehnung der Gesetzentwürfe	59
5. Zur Kritik an der Zulässigkeit der Verdachtskündigung	62
a) Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung als unzulässige Rechtsfortbildung?	62
b) Verstoß gegen die Unschuldsvermutung?	68
c) Unzulässige Verlagerung der Beweislast?	80
d) Verstoß gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG?	81
e) Zwischenergebnis	85
6. Zulässigkeit der Verdachtskündigung in einem Berufsausbildungsverhältnis?	85
7. Ergebnis	90
III. Die Rechtsnatur der Verdachtskündigung	90
IV. Verhältnis und Abgrenzung von Verdachts- und Tat Kündigung	93
1. Übergang von der Verdachtskündigung zur Tat Kündigung	95
2. Übergang von der Tat Kündigung zur Verdachtskündigung	97



V. Verhältnis zwischen außerordentlicher und ordentlicher Verdachtskündigung	98
VI. Ergebnis	101
C. Voraussetzungen der Verdachtskündigung	103
I. Dringender Verdacht einer erheblichen Pflichtverletzung	103
1. Objektive Tatsachen	104
2. Dringender Tatverdacht	106
3. Erhebliche Pflichtverletzung	110
II. Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers	113
1. Zumutbare Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts	114
2. Mittel zur Sachverhaltsaufklärung	117
a) Befragungen von Dritten	118
b) Tor-, Taschen- bzw. Spindkontrollen	119
c) Kontrolle von Arbeitsunterlagen	120
d) Auswertung von Internetnutzungsdaten, Chatprotokollen und E-Mails	120
e) Videoüberwachung	123
f) Einsatz von Detektiven/Ermittlern	126
g) Weitere Mittel zu Sachverhaltsaufklärung	127
3. Beweisverwertungsverbot bei Überschreitung der rechtlichen Grenzen	128
III. Die Arbeitnehmeranhörung	133
1. Anhörungspflicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung	133
2. Formelle Anforderungen an die Anhörung (Zeitpunkt, Ort, Einladung, etc.)	136
a) Form der Anhörung	136
b) Einladung zur Anhörung	139
c) Zeitpunkt der Anhörung - Regelfrist	146
d) Ort der Anhörung	148
e) Dokumentation der Anhörung	149
3. Beteiligung / Teilnahme Dritter bei der Arbeitnehmeranhörung	150
a) Beteiligung und Teilnahme Dritter bei Personalgesprächen	150
b) Sonderfall einer Anhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung	153
4. Inhalt der Anhörung	161
5. Reaktionsmöglichkeit des Arbeitnehmers	163
a) Der Arbeitnehmer erscheint ... und nimmt Stellung	164
b) Der Arbeitnehmer erscheint ... und schweigt	165



c) Der Arbeitnehmer will erscheinen, aber zu einem anderen Termin	166
d) Der Arbeitnehmer erscheint nicht bzw. meldet sich nicht	167
e) Der Arbeitnehmer will nicht erscheinen	168
f) Ergebnis	169
6. Verzögerungen bei der Anhörung	169
a) Arbeitsunfähigkeit	170
b) Urlaub	172
c) Untersuchungshaft	173
d) Kein Abschluss der Anhörung innerhalb der Regelfrist	175
e) Ergebnis	176
7. Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Anhörung	177
IV. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB	178
1. Fristbeginn	179
2. Hemmung der Frist	182
3. Parallel laufendes Ermittlungs- oder Strafverfahren	184
V. Besonderheiten bei der Betriebsratsanhörung	187
VI. Weitere Rahmenbedingungen bei der Verdachtskündigung	191
1. Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit der Verdachtskündigung	191
2. Aussetzung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bis zum Abschluss des Strafverfahrens bei Verdacht einer Straftat?	192
3. Wiedereinstellungsanspruch	193
VII. Ergebnis	194
D. Die Interessenabwägung bei der Verdachtskündigung	197
I. Die Interessenabwägung als Kündigungsvoraussetzung	198
1. Umstände des Einzelfalls	199
2. Abwägungsaspekte	201
II. Besonderheiten bei der Verdachtskündigung	205
1. Abmahnungserfordernis bei der Verdachtskündigung?	205
2. Abwägungsaspekte bei der Verdachtskündigung	206
III. „Vertrauenkapital“ langjähriger Beschäftigter	208
1. Die „Emmely“-Entscheidung des BAG	208
a) Rechtsprechung des BAG zu sog. Bagatellkündigungen	209
b) Grundsätze der „Emmely“-Entscheidung	212
c) Bewertung	215
2. Voraussetzungen für die Entstehung von „Vertrauenkapital“	219
a) „Langjähriges“ Beschäftigungsverhältnis	222
b) „Beanstandungsfreies“ Beschäftigungsverhältnis	223



c) Auswirkung aktiven Einbringens durch den Arbeitnehmer	225
d) Zwischenergebnis	226
3. Verhinderung der Entstehung von „Vertrauenkapital“?	227
4. Die Bedeutung des Vertrauens für die Abmahnung	228
a) Der Entfernungsanspruch wegen bloßen Zeitablaufs vor „Emmely“	229
b) Nach „Emmely“: „Vertrauensvorratsbestimmung“ als neue Funktion und Wegfall des zeitbedingten Entfernungsanspruchs?	231
c) Bewertung	235
5. Abbau von „Vertrauenkapital“	239
6. (Wieder-)Aufbau von „Vertrauenkapital“	239
7. Auswirkungen auf die Betriebsratsanhörung	240
8. Ergebnis	240
IV. Das „Vertrauenkapital“ als neues Element der Interessenabwägung bei der Verdachtskündigung	241
1. Übertragbarkeit der „Emmely“-Entscheidung auf Verdachtskündigungen	242
2. Vertrauenswegfall vs. „Vertrauenkapital“: Der „objektive Betrachter“ als Maßstab für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	243
3. Maßnahmen zur Aufweichung des Spannungsfeldes Vertrauenswegfall vs. „Vertrauenkapital“	246
4. Mildere Mittel anstelle einer Verdachtskündigung	247
a) „Verdachtsabmahnung“	247
b) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf anderem Arbeitsplatz	250
c) Aufhebungsvertrag	251
5. Anforderungen an einen juristisch-technischen Vertrauensbegriff	252
6. Einschränkungen bei der Verdachtskündigung geboten?	253
a) Verdachtskündigung bei Arbeitnehmern mit „Vertrauenkapital“	253
b) Verdachtskündigung bei Arbeitnehmern ohne „Vertrauenkapital“	255
V. Ergebnis	256

E. Endergebnis und Zusammenfassung **258**



Literaturverzeichnis	265
Abkürzungsverzeichnis	290





A. Einleitung

I. Einführung und Ziel der Untersuchung

„Die ewige Vertrauensfrage“¹ – „Diebstahl bleibt Diebstahl“² – „Abmahnungen werden zunehmen“³ – was haben diese Schlagzeilen gemeinsam? Allesamt sind es die Titel von Beiträgen verschiedener Autoren, die sich mit dem sog. „Emmely“-Urteil⁴ des BAG und insbesondere dessen Folgen auseinandersetzen. Bereits diesen Schlagzeilen lässt sich die große mediale Aufmerksamkeit entnehmen, die dieser Entscheidung zuteil wurde und die wohl kaum zuvor ein anderes Urteil des BAG erfahren hatte⁵. Es ging um die Kündigungsschutzklage einer als „Emmely“ bekannt gewordenen 49-jährigen Kassiererin einer Supermarktkette, der nach 31 Jahren Betriebszugehörigkeit fristlos gekündigt worden war. Sie hatte zwei Pfandbons im Wert von insgesamt 1,30 €, die im Supermarkt gefunden worden waren und die ihr der Marktleiter zur Aufbewahrung gegeben hatte, bei ihrem eigenen Einkauf als Ersatz für die Bezahlung abgegeben und verrechnen lassen⁶.

Mit dieser Entscheidung hat das BAG einige Grundsätze seiner Rechtsprechung zu den sog. Bagatellkündigungen bestätigt⁷. Demnach hält das BAG daran fest, dass Vermögens- und Eigentumsdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers auch im sog. Bagatellbereich grundsätzlich für eine Kündigung aus wichtigem Grund geeignet seien⁸. Dabei komme es nach dem BAG stets auf die Umstände des Einzelfalles an. Ferner müsse der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angewandt werden. Schließlich gebe es keine absoluten Kündigungsgründe. Vielmehr müsse stets konkret die Prüfung vorgenommen

¹ Fischer, SZ vom 21.6.2010, <http://www.sueddeutsche.de/karriere/emmely-und-die-folgen-die-ewige-vertrauensfrage-1.962778>.

² Bauer, SZ vom 22.6.2010, <http://www.sueddeutsche.de/karriere/2.220/emmely-und-die-folgen-diebstahl-bleibt-diebstahl-1.963129>.

³ Voß, Wirtschaftswoche vom 11.06.2010, <http://www.wiwo.de/erfolg/emmely-urteil-abmahnungen-werden-zunehmen/5652594.html>.

⁴ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227.

⁵ Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB; Stoffels, NJW 2011, 118.

⁶ Vgl. Grimm/Windeln, ArbRB 2009, 374, 376; Eckert, BC 2010, 26, 27.

⁷ Conze, öAT 2010, 153, sieht in der „Emmely“-Entscheidung ein deutliches Abrücken des BAG von seiner bisherigen Kündigungsrechtsprechung betreffend Bagatelldelikte; a. A. Brötzmann, LZ 2012, 22.

⁸ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227.



werden, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt sei, dass der Arbeitnehmer sich zukünftig – ggf. nach Ausspruch einer Abmahnung – wieder vertragsgetreu verhalten werde⁹. Für diese vorzunehmende Interessenabwägung und Zumutbarkeitsbeurteilung könne es von erheblicher Bedeutung sein, ob der betroffene Arbeitnehmer bereits seit geraumer Zeit bei diesem Arbeitgeber beschäftigt war, ohne dass es dabei zu ähnlichen oder vergleichbaren Pflichtverletzungen gekommen war¹⁰.

Diesen Aspekt wertete das BAG im Rahmen der „Emmely“-Entscheidung nun auf¹¹, indem es erstmals präzierte, dass bei der Interessenabwägung die Ansparung von sog. „Vertrauenskapital“¹² bei langjährigen Beschäftigten zu berücksichtigen sei. Denn nach Auffassung des BAG werde eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört¹³. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden habe, desto eher könne die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt werde¹⁴. Dabei komme es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an, sondern maßgeblich sei die Sicht eines objektiven Betrachters¹⁵. Angesichts dessen versagte das BAG der Kündigung von „Emmely“ die Wirksamkeit¹⁶.

Bei den diversen medienwirksamen Bagatellkündigungen jüngerer Vergangenheit – der Verzehr bzw. die Mitnahme von Maultaschen¹⁷, von Brotaufstrich¹⁸, die Mitnahme eines Kinderreisebetts¹⁹ sowie die unberechtigte Einlösung einer Essensmarke²⁰ seien

⁹ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 34 ff.

¹⁰ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47; BAG v. 13.12.1984 – 2 AZR 454/83, AP BGB § 626 Nr. 81 = NZA 1985, 1853.

¹¹ Stoffels, NJW 2011, 118, 121; Fischer, jurisPR-ArbR 48/2010 Anm. 1 spricht von „neuen Akzentsetzungen und Orientierungen“.

¹² Pressemitteilung Nr. 42/10 des BAG vom 10.6.2010; Kleinebrink, BB 2011, 2617.

¹³ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ Stoffels, NJW 2011, 118.

¹⁷ ArbG Lörrach v. 16.10.2009 – 4 Ca 248/09, BeckRS 2009, 73041, Rechtsstreit verglichen in der Berufungsinstanz LAG Baden-Württemberg am 30.3.2010 (9 Sa 75/09).

¹⁸ LAG Hamm v. 18.9.2009 – 13 Sa 640/09, BB 2009, 2141.

¹⁹ LAG Baden-Württemberg v. 10.2.2010 – 13 Sa 59/09, BeckRS 2010, 66411.

²⁰ ArbG Reutlingen v. 11.5.2010 – 2 Ca 601/09, AE 2011, 29.



hier neben „Emmely“ als weitere Schlagworte zu entsprechenden Kündigungsfällen genannt – wurde vor besagter Entscheidung des BAG von Seiten der Arbeitgeber durchweg die Ansicht vertreten, auch das Begehen eines geringfügigen Vermögensdelikts sei eine derart gravierende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, dass man das Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Redlichkeit des Arbeitnehmers vollständig verloren habe und eine weitere Zusammenarbeit daher nicht mehr zumutbar sei („*wer mich einmal bestohlen hat, dem kann ich auch in Zukunft nicht mehr vertrauen, dass er ehrlich ist*“²¹). Nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG muss die Beurteilung künftig der Prüfung standhalten, ob die Länge der beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers und das damit erarbeitete Guthaben an Vertrauen auf objektiverer Basis nicht zu einer anderen Bewertung des Sachverhalts führt.

Diese Folge aus dem „Emmely“-Urteil ist naheliegend und unmittelbar. Bezug nehmend auf die eingangs genannten Schlagzeilen stellt sich aber auch die Frage nach den weitergehenden Auswirkungen der Entscheidung. Insbesondere ist zu klären, inwieweit ein über Jahre aufgebautes „Vertrauenkapital“, unabhängig von Bagatellfällen, bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Kündigungen, die eine Störung im Vertrauensbereich zwischen den Arbeitsvertragsparteien zum Gegenstand haben, im Rahmen der Interessenabwägung künftig zu berücksichtigen ist. Dabei fällt das Augenmerk zwangsläufig schnell auch auf die sog. Verdachtskündigungen.

Von einer Verdachtskündigung spricht man, wenn eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zwar nicht nachweisbar ist, aber der dringende Tatverdacht einer solchen besteht und dem Arbeitgeber deshalb die weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar ist²². Die Verdachtskündigung beruht nämlich auf der im Gesetz nicht unmittelbar angelegten Vorstellung, dass bereits auf Grund von Verdachtsmomenten das für ein intaktes Arbeitsverhältnis unabdingbare Vertrauen des Arbeitgebers in die Zuverlässigkeit und Loyalität des Arbeitnehmers so sehr zerstört sein kann, dass die Basis für eine weitere vertragsgemäße Zusammenarbeit entfallen ist²³. Dies kann insbesondere dann

²¹ Eckert, BC 2010, 26.

²² BAG v. 12.3.2009 – 2 ABR 24/08, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 59 = NZA-RR 2010, 180, 183; ErfK/Müller-Glöße, § 626 BGB, Rn. 174; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 210.

²³ Belling, FS Kissel, S. 11 ff; Berkowsky, NZA-RR 2001, 449, 453.



der Fall sein, wenn der betroffene Arbeitnehmer dringend verdächtigt ist, Gesundheit, Eigentum, Besitz oder Vermögen des Arbeitgebers, von mit diesem in Geschäftsbeziehung stehenden Dritten (Kunden, Geschäftspartner, u. ä.) oder von Arbeitskollegen, aufs Spiel gesetzt oder geschädigt zu haben²⁴. Bei der Verdachtskündigung ist es also allein der Verdacht, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses führt²⁵. Grundlage für die Trennung ist auch hier die gravierende Störung oder gar der komplette Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer.

Im Fall „Emmely“ ist zwar die Kündigung ausdrücklich auf den Verdacht gestützt worden, die Arbeitnehmerin habe pflichtwidrig von Kunden zurückgelassene Pfandbons eingelöst, und dieser dringende Verdacht habe das Vertrauen des Arbeitgebers in die Arbeitnehmerin zerstört²⁶. Doch da das LAG Berlin-Brandenburg bei seiner Beurteilung im Rahmen der Berufungsentscheidung von einer erwiesenen Tat ausgegangen war²⁷, musste sich das BAG „lediglich“ mit der Frage auseinandersetzen, ob es diesen „Austausch“ der Kündigungsgründe billigt. Mit den besonderen Problemen der Verdachtskündigung musste sich das BAG nicht auseinandersetzen²⁸. Dabei war im Zuge der öffentlichen Diskussion um „Emmely“ die Zulässigkeit von Verdachtskündigungen (wieder einmal) generell in Frage gestellt worden, untermauert gar von einem von der Bundestagsfraktion DIE LINKE geforderten gesetzlichen Verbot der Verdachtskündigung²⁹.

Gleichwohl dürfte in Fällen, bei denen sich der Verdacht auf die Begehung eines geringwertigen Vermögensdelikts bezieht, die eben zitierte Entscheidung des BAG problemlos heranzuziehen sein, so dass im Rahmen der Interessenabwägung ein beanstandungsfreies langjähriges Arbeitsverhältnis für die Frage, ob das Vertrauensver-

²⁴ Berkowsky, NZA-RR 2001, 449, 453.

²⁵ BAG v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 42 = NZA-RR 2008, 344.

²⁶ Vgl. Keiser, JR 2010, 55.

²⁷ LAG Berlin-Brandenburg v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188.

²⁸ Stoffels, NJW 2011, 118, 123.

²⁹ Vgl. BT-Drucksache 17/649, Antrag der Fraktion DIE LINKE, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten.



hältnis derart zerstört ist, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar ist, an Bedeutung gewinnen wird³⁰. Fraglich ist jedoch, ob generell bei Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verdachtskündigungen eine lange, beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit im Rahmen der Interessenabwägung eine „neue“ zentrale Rolle spielt. Nämlich in der Weise, dass in diesen Fällen unter Anlegung des Maßstabs eines objektiven Betrachters die Prüfung zu erfolgen hat, ob das erworbene und aufgebaute Guthaben an Vertrauen einem durch den Verdacht einer Pflichtverletzung oder gar einer strafbaren Handlung begründeten kompletten Verbrauch bzw. dem Wegfall von Vertrauen entgegensteht.

Die Frage der Anwendbarkeit der Vertrauensabwägung seiner „Emmely“-Entscheidung auf Verdachtskündigungen generell hat das BAG bislang offen gelassen. Insoweit bleibt zu klären, inwieweit die Grundsätze des „Emmely“-Urteils auf die besondere Konstellation der Verdachtskündigung zu übertragen sind. Insbesondere muss hier das mögliche Spannungsverhältnis zwischen dem Wegfall des Vertrauens bzw. dem „Misstrauen“³¹ auf der einen Seite und ggf. entstandenem „Vertrauenkapital“ auf der anderen Seite vor dem Hintergrund der Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens untersucht werden. Denn für die Praxis ist die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses für die Beurteilung, ob künftig bei bloßem Verdacht einer Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer eine Kündigung ausgesprochen werden kann, von entscheidender Bedeutung.

Damit einhergehen zahlreiche ungeklärte Fragen in Bezug auf das „Vertrauenkapital“:

- Wie ist die Sicht eines „objektiven Betrachters“ für die Beurteilung des „Vertrauenkapitals“ zu definieren³²?
- Welche konkreten Voraussetzungen bzw. Anforderungen sind an die Annahme eines Aufbaus von „Vertrauenkapital“ zu stellen, sprich wann gelten Arbeitnehmer als „langjährig beschäftigt“ und was ist unter „beanstandungsfrei“ zu verstehen³³?

³⁰ Vgl. Stoffels, NJW 2011, 118, 123.

³¹ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 394.

³² Vgl. Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

³³ Vgl. Ebd.



- Kann ein Arbeitnehmer, der beispielsweise laufend Verbesserungsvorschläge einbringt oder sich ständig den betrieblichen Belangen fügsam unterwirft (Urlaubsplanung, Mehrarbeit etc.), schneller „Vertrauenkapital“ erwerben als ein Arbeitnehmer, der diesbezüglich unauffällig ist, sich aber gleichermaßen nichts zu Schulden kommen lässt?
- Kann ein Arbeitnehmer also aktiv den Aufbau seines „Vertrauenkapitals“ vorantreiben?
- Gleichermaßen muss aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht gefragt werden, was dem Aufbau eines „Vertrauenkapitals“ entgegenstehen oder ihn sogar verhindern kann bzw. wie der Abbau von „Vertrauenkapital“ vor sich gehen kann³⁴?

Weiter besteht für die Praxis zwingend Klärungsbedarf, ob Arbeitnehmer nach der „Emmely“-Entscheidung weiterhin die Entfernung einer sachlich zutreffenden Abmahnung aus der Personalakte allein wegen inzwischen verstrichener Zeit verlangen können³⁵ oder ob nicht vielmehr künftig bei formell rechtmäßiger und sachlich richtiger Abmahnung kein Entfernungsanspruch mehr bestehen kann³⁶?

Wie erwähnt, musste das BAG im Fall „Emmely“ nicht zu den Besonderheiten der Verdachtskündigung Stellung nehmen. So fehlt es nach wie vor an einer dogmatischen Einordnung der Verdachtskündigung in das System der Kündigungsgründe durch das BAG. In einer jüngeren Entscheidung³⁷ hat das BAG aber mit der beiläufigen Aussage, wonach es sich bei einer Verdachtskündigung weder um einen verhaltens- noch um einen personenbedingten Kündigungsgrund handle, diese Frage indirekt wieder aufgerufen, eine weitere Einordnung aber nicht vorgenommen.

³⁴ Vgl. Kleinebrink, BB 2011, 2617.

³⁵ Vgl. Fuhlrott, ArbRAktuell 2010, 541; Ritter DB 2011, 175.

³⁶ Vgl. Novara/Knierim, NJW 2011, 1175.

³⁷ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 34.



Im Verlauf seiner Rechtsprechung hat das BAG zwar die Voraussetzungen an die Wirksamkeit von Verdachtskündigungen immer wieder präzisiert³⁸, doch sind einige Fragen noch nicht höchstrichterlich geklärt. Insbesondere ist für die Praxis nicht zufriedenstellend klargestellt, wie weit die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers geht, welche konkreten Anforderungen an eine Anhörung des Arbeitnehmers zu stellen sind, in welchen Fällen auf eine Anhörung verzichtet bzw. wie reagiert werden kann, wenn es zu Verzögerungen bei der Arbeitnehmeranhörung kommt³⁹. Muss der Arbeitgeber beispielsweise dem Arbeitnehmer den Inhalt des bevorstehenden Anhörungsgesprächs im Vorhinein zwingend mitteilen? Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts bei der Anhörung⁴⁰? Besteht eine diesbezügliche Hinweispflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer?

Die Klärung der Frage, inwieweit Arbeitgeber künftig bei der Entscheidung, ob sie einem Arbeitnehmer wegen des Verdachts einer Pflichtverletzung kündigen, mittels einer „objektivierten“ Sicht zu prüfen haben, ob nicht eine beanstandungsfreie langjährige Betriebszugehörigkeit bei der Interessenabwägung ausschlaggebend für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist, wäre für die Praxis äußerst hilfreich. Denn die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen zeigen, dass zwischen dem Kernelement der Verdachtskündigung, dem Vertrauenswegfall in die ungestörte weitere Zusammenarbeit auf Grund des Verdachts einer Pflichtverletzung, und der möglicherweise aus dem „Emmely“-Urteil abgeleiteten Anforderung an eine zu beachtende Vertrauensabwägung ein Spannungsverhältnis besteht, das zu Rechtsunsicherheit führen kann.

Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung die Voraussetzungen der Verdachtskündigung im Laufe der Jahre zwar weiterentwickelt hat, dennoch zahlreichen Fragen hier aber - wie gesehen - noch unbeantwortet sind, soll diese Arbeit dazu beitragen, durch die Einordnungen und Folgerungen mehr Klarheit in das „verminte“ Feld der

³⁸ S. zuletzt BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136; BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809.

³⁹ Vgl. Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382; Langner/Witt, DStR 2008, 825.

⁴⁰ LAG Hessen v. 1.8.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781; Lange/Vogel, DB 2010, 1066.



Verdachtskündigung zu bringen und somit gerade für den Praktiker eine Hilfestellung für mehr Rechtssicherheit bieten.

II. Gang der Untersuchung

In Teil B. setzt sich die Arbeit, ausgehend von der Frage, ob und inwieweit dem Arbeitsverhältnis ein Vertrauensverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien zugrunde liegt, mit der Problematik auseinander, ob bei Zerstörung des Vertrauensverhältnisses grundsätzlich gekündigt werden kann und welche Rolle hierbei insbesondere die Rechtsfigur der Verdachtskündigung spielt.

Nach einer Skizzierung der historischen Entwicklung des Instituts der Verdachtskündigung durch die Rechtsprechung wird untersucht, wie es um ihre Zulässigkeit steht, ob und inwieweit die von den Kritikern gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung vorgebrachten Argumente zutreffend sind und die Verdachtskündigung tatsächlich vor dem „Aus“⁴¹ steht. Darauf aufbauend wird die Rechtsnatur der Verdachtskündigung beleuchtet und zunächst die Verdachtskündigung von der sog. Tatkündigung abgegrenzt, ehe eine Klärung des Verhältnisses zwischen außerordentlicher und ordentlicher Verdachtskündigung vorgenommen wird.

In Teil C. beschäftigt sich die Arbeit mit den Anforderungen an eine wirksame Verdachtskündigung. Dabei liegt der Fokus auf den zahlreichen Fragestellungen zum Vorliegen eines dringenden Tatverdachts einer schweren Pflichtverletzung und des sich daraus ergebenden Vertrauensverlusts sowie zur Erfüllung der den Arbeitgeber treffenden Aufklärungspflicht und der dazu erforderlichen Anhörung des Arbeitnehmers. Bei der Sachverhaltsaufklärung wird das Augenmerk insbesondere auf die datenschutz- und verfassungsrechtlichen Grenzen wie der Wahrung des Persönlichkeitsrechts, des Fernmeldegeheimnisses sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁴² gelegt. Es wird untersucht, ob und inwieweit ein Überschreiten dieser Grenzen zu einem

⁴¹ Vgl. Lunk, NJW 2010, 2753.

⁴² Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.



Beweisverwertungsverbot mit der möglichen Konsequenz der Unwirksamkeit der Kündigung führen kann.

Im Rahmen der Darstellung der Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Durchführung einer Arbeitnehmeranhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung wird erörtert, welche formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Einladung zu und an die Durchführung einer solchen Anhörung zu stellen sind. Insbesondere geht es hier um die Frage, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts oder einer sonstigen Vertrauensperson hat und ob es eine diesbezügliche Hinweispflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer gibt. Ausführlich wird auf mögliche Reaktionen des Arbeitnehmers in Bezug auf die Anhörung und mögliche Verzögerungen bei der Durchführung der Anhörung eingegangen, besonders wegen der bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung zu beachtenden zweiwöchigen Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB. Abschließend werden die Besonderheiten der Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung ebenso wie andere Rahmenbedingungen des Instituts beleuchtet (Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit der Kündigung etc.).

In Teil D. wird abschließend untersucht, inwieweit sich nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG der für die Verdachtskündigung bislang allein maßgebliche Vertrauenswegfall nun einer Interessenabwägung und einer „objektivierenden“ Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Grund eines vom Arbeitnehmer über Jahre hinweg erworbenen „Vertrauenskapitals“ unterziehen muss. Hierbei werden zunächst die allgemeinen Anforderungen an die umfassende Interessenabwägung erörtert. Anschließend wird ausgehend von der „Emmely“-Entscheidung beleuchtet, was unter dem Begriff „Vertrauenskapital“ zu verstehen ist, wie ein solches aufgebaut bzw. wie sein Entstehen möglicherweise verhindert werden kann. Des Weiteren wird untersucht, ob der Arbeitnehmer zukünftig noch einen zeitbedingten Anspruch auf Entfernung einer formell rechtmäßigen und sachlich richtigen Abmahnung aus der Personalakte hat. Anschließend werden die Auswirkungen der Entscheidung auf die Verdachtskündigung beleuchtet, wobei hier insbesondere erörtert wird, wie das Spannungsfeld „Vertrauenswegfall“ vs. „Vertrauenskapital“



aufgeweicht werden kann. Hierbei wird auch die Daseinsberechtigung einer „Verdachtsabmahnung“⁴³ untersucht.

⁴³ Vgl. Ritter, NZA 2012, 19.



B. Entwicklung und Einordnung der Verdachtskündigung

Im deutschen Arbeitsrecht unterliegt die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers zahlreichen Einschränkungen⁴⁴. Diese ergeben sich in erster Linie aus den zu Gunsten des Arbeitnehmers einseitig zwingend ausgestalteten gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen, insbesondere im KSchG, MuSchG, BBiG, BBEG, SGB IX, sowie den Befristungsvorschriften des TzBfG⁴⁵.

Das KSchG soll den Arbeitnehmer vor sozial nicht gerechtfertigten Kündigungen schützen. Findet es im jeweiligen Arbeitsverhältnis Anwendung, trägt der Arbeitgeber insofern gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, welche die ordentliche Kündigung des Arbeitgebers bedingen und sozial rechtfertigen⁴⁶. Bei der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB fehlt es zwar an einer dementsprechenden gesetzlichen Regelung, doch auch hier obliegt dem Arbeitgeber, sofern er der Kündigende ist, grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für alle Elemente des wichtigen Grundes⁴⁷.

Soweit der Arbeitgeber die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses damit begründet, der Arbeitnehmer habe eine schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung begangen, hat er also den Vollbeweis für eben jene Tat des Arbeitnehmers zu erbringen. Ob ihm dies im Streitfall im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens in allen Facetten zur vollen Überzeugung des Arbeitsgerichts gelingen wird, ist regelmäßig nicht vorhersehbar⁴⁸. Dieses Prozessrisiko lässt sich aus Sicht des Arbeitgebers entscheidend vermindern, wenn die ordentliche bzw. außerordentliche Kündigung als sog. Verdachtskündigung ausgesprochen wird⁴⁹.

⁴⁴ Vgl. Lembke, RdA 2013, 82.

⁴⁵ NomosKo ArbR/Boecken, § 105 GewO, Rn. 15.

⁴⁶ Lembke, RdA 2013, 82.

⁴⁷ HaKo/Gieseler, BGB § 626, Rn. 160.

⁴⁸ Lembke, RdA 2013, 82.

⁴⁹ Stoffels, S. 37, 39.



Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung hat im deutschen Arbeitsrecht eine lange Tradition. Sie gilt seit jeher als „nicht unproblematisch“⁵⁰. Ihre Brisanz erschließt sich rasch, sobald man sich die jeder Verdachtskündigung anhaftende „immanente Tragik“⁵¹ vergegenwärtigt: obwohl „lediglich“ der dringende Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren oder sonstigen⁵² arbeitsvertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers vorliegt, der Tatvorwurf also gerade nicht erwiesen ist, lässt die Rechtsordnung mittels dieses Instituts die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu. Denn mit dieser Rechtsfigur soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass jener Verdacht zu ernsten, nicht auszuräumenden Zweifeln des Arbeitgebers an der Rechtschaffenheit sowie Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers und damit zu einer so nachhaltigen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses geführt hat, dass dem Arbeitgeber eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar ist⁵³.

I. Der Vertrauenswegfall und die Verdachtskündigung

Für die Verdachtskündigung ist also entscheidend, dass es gerade der auf dem Arbeitnehmer lastende Verdacht ist, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des betroffenen Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung für das Vertragsverhältnis geführt

⁵⁰ BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Nr. 23 = NZA 1992, 1121, 1122; Hahn, S. 3; Ebeling, S. 15.

⁵¹ Kreft, NZA 2012, Beilage 2, 64.

⁵² Vgl. BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199, 200, wonach das Verhalten des Arbeitnehmers keinen Straftatbestand erfüllen muss, sondern lediglich entscheidend ist, dass sich der Verdacht auf eine Verletzung der vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten bezieht. Als derartige erhebliche Pflichtverletzungen hat die Rechtsprechung beispielsweise den Verdacht der sexuellen Belästigung (vgl. BAG v. 6.8.2000 – 2 ABR 1/00, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 48 = NZA 2001, 91; LAG Berlin-Brandenburg v. 16.10.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001), den Verdacht der unerlaubten privaten Nutzung von Mobiltelefonen (vgl. LAG Hessen v. 19.12.2011 – 17 Sa 857/11, BeckRS 2012, 68247), den Verdacht einer erheblichen Verletzung der dem Arbeitnehmer nach § 241 Abs. 2 BGB obliegenden Rücksichtnahmepflicht auf die Interessen des Arbeitgebers (vgl. BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199; ebenfalls LAG Rheinland-Pfalz v. 4.12.2012 – 3 Sa 316/11, NZA-RR 2013, 129; LAG Berlin-Brandenburg v. 8.2.2012 – 24 Sa 1800/11, BB 2012, 508; ArbG Hamburg v. 22.5.2013 – 26 BV 31/12, BeckRS 2013, 69013) oder auch den Verdacht der Manipulation bei der Zeiterfassung (BAG v. 9.8.1990 – 2 AZR 127/90, BeckRS 1990, 30919200) anerkannt.

⁵³ Vgl. BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.



hat⁵⁴. Der Verdacht ist also der Ausgangspunkt einer jeden Verdachtskündigung, der eigentliche Kündigungsgrund ist jedoch der durch den Verdacht eingetretene Vertrauensverlust. Insofern war schon vorgeschlagen worden, statt von einer Verdachtskündigung vielmehr von einer Vertrauenskündigung zu sprechen⁵⁵. Letztlich ist aber nicht die Bezeichnung, sondern der Inhalt entscheidend.

Die Verdachtskündigung ermöglicht es einem Arbeitgeber, sich von einem Arbeitnehmer zu trennen, auf dem der Verdacht einer Straftat oder sonstigen schwerwiegenden arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung lastet mit der Folge, dass das dadurch entstandene „Misstrauen“⁵⁶ zu einer „Zerstörung der persönlichen Vertrauensgrundlage der Vertragsparteien“⁵⁷ geführt hat. Insoweit baut die Verdachtskündigung auf einem offensichtlich zwischen den Arbeitsvertragsparteien bestehendem „Vertrauen“ auf. Die Frage, ob und inwieweit das Arbeitsverhältnis aber überhaupt ein Vertrauensverhältnis darstellt, gilt es im Folgenden zu beantworten.

1. Vertrauensverhältnis der Arbeitsvertragsparteien

„Pacta sunt servanda“ – Verträge sind einzuhalten! Dieser Grundsatz der Vertragstreue ist die Basis für den Vertrauensschutz im Zivilrecht⁵⁸. Dabei setzt jedes Vertragsverhältnis ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen voraus, dass die Gegenseite die geschuldete Leistung auch tatsächlich erbringen und nicht einseitig ihre Interessen durchsetzen wird⁵⁹. Insbesondere kommt es auf „Vertrauen“ an, wenn die geschuldete Leistung die Wahrnehmung von Interessen für den Vertragspartner darstellt und damit „fremdnützig“ ist⁶⁰. Ausgangspunkt für das Vertrauen ist folglich die Erwartungshal-

⁵⁴ BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Nr. 23 = NZA 1992, 1121; BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604.

⁵⁵ Gilberg, DB 2006, 1555.

⁵⁶ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 394.

⁵⁷ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, Rn. 18.

⁵⁸ Vgl. Oetker, zitiert in Kriebitzsch, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010.

⁵⁹ Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67.

⁶⁰ Oetker, zitiert in Kriebitzsch, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010.



tung des „Vertrauensgebers“, dass der „Vertrauensnehmer“ sich nicht opportunistisch verhalten wird⁶¹. Sofern einer Person vertraut wird, wird diesem „Vertrauensnehmer“ zunächst ein Vertrauensvorschuss eingeräumt, was damit einhergeht, dass der „Vertrauensgeber“ einen Kontrollverlust akzeptiert und das Risiko eingeht, dass sein Vertrauen enttäuscht werden könnte und er dann die Konsequenzen zu tragen habe⁶².

Auch beim Arbeitsverhältnis kommt es auf ein derartiges „Vertrauen“ besonders an⁶³, denn das Arbeitsverhältnis stellt ein von wechselseitiger Abhängigkeit und gegenseitiger Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) geprägtes, auf längere Zeit angelegtes Austauschverhältnis dar⁶⁴. Die Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners ist beim Arbeitsverhältnis Bedingung für die Durchsetzung der eigenen Interessen⁶⁵. Schließlich kann der Arbeitgeber seine eigenen Interessen wie den unternehmerischen Erfolg im Hinblick auf Wirtschaftlichkeit, Wettbewerbsfähigkeit etc. nur mit der Unterstützung des Arbeitnehmers erreichen⁶⁶. Insofern muss der Arbeitgeber dessen Interessen berücksichtigen, damit dieser wiederum seine fachlichen und kooperativen Fähigkeiten zum Wohle des Arbeitgebers einsetzt⁶⁷. Gleichermaßen kann der Arbeitnehmer sein Interesse einer dauerhaften Daseinsvorsorge mittels gesicherter Beschäftigung nur durch Unterstützung des Arbeitgeberinteresses an Fortbestand und Weiterentwicklung des Unternehmens umsetzen⁶⁸.

Im Rahmen dieses personenbezogenen Dauerschuldverhältnisses „Arbeitsleistung gegen Arbeitsentgelt“ übertragen sich die Vertragsparteien wechselseitig Rechte und Pflichten. Insbesondere vertrauen sie sich wechselseitig Güter an, die für sie jeweils von existentieller Bedeutung sind. Sie erwarten, dass das Gegenüber die ihm jeweils

⁶¹ Vgl. Rousseau/Sitkin/Burt/Camerer, S. 401.

⁶² Vgl. Zboralski, S. 89; Eylert, NZA-RR 2014, 393.

⁶³ Vgl. Seifert/Pawlowsky, MittAB 1998, 599, 606; Eylert, NZA-RR 2014, 393.

⁶⁴ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269, Rn. 6; Gilberg, DB 2006, 1555, 1558; Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁵ Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ Ebd.

⁶⁸ Ebd.



obliegenden Pflichten aus dem Arbeitsvertrag auch ordnungsgemäß erfüllt⁶⁹ und verantwortungs- und rücksichtsvoll mit den ihm anvertrauten Gütern umgeht⁷⁰.

So räumt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer regelmäßig eine Zugriffsmöglichkeit auf seine Rechtsgüter wie Betriebsmittel, Betriebsanlagen etc. ein⁷¹. Diese sind nicht nur von hohem geistigem und materiellem Wert, sondern bilden auch die Grundlage für die Erwerbstätigkeit des Arbeitgebers, sind also Mittel für die Berufsausübung. Oft erfolgt die Zugriffsmöglichkeit sogar in der Weise, dass der Arbeitnehmer unbeaufsichtigt und unkontrolliert bzw. ohne überwacht werden zu können mit erheblichen Vermögenswerten seines Arbeitgebers hantiert⁷². Je arbeitsteiliger das Unternehmen dabei angelegt ist, desto mehr Personen müssen zusammenwirken und sind dementsprechend im Erfolg ihrer Arbeit auf die Verlässlichkeit der anderen angewiesen.

Das Unternehmen wünscht beispielsweise eine hohe Flexibilität, um rascher auf die Bedürfnisse und Anforderungen der Kunden reagieren zu können. Damit gibt der Arbeitgeber zwangsläufig aber auch viele Möglichkeiten auf, Arbeitsschritte im Einzelnen anzuweisen und ihre Durchführung zu kontrollieren. Sowohl flexible Arbeitszeiten als auch flexible Tätigkeiten lassen dem Arbeitnehmer Entscheidungsspielräume und vergrößern damit grundsätzlich seine Möglichkeit, ein dem Betriebszweck nicht dienliches Verhalten unbemerkt zu praktizieren. Der Arbeitgeber schafft unter den gegenwärtigen Wirtschaftsbedingungen Einflussmöglichkeiten, die gebraucht oder missbraucht werden können. So wird dem Arbeitnehmer oft selbst die Erfassung seiner Arbeitszeiten überlassen⁷³.

Auf der anderen Seite lässt sich der Arbeitnehmer in die Organisation bzw. den Betrieb des Arbeitgebers eingliedern, setzt sich dabei möglichen Eingriffen in seine Persönlichkeit, Gesundheit etc. aus⁷⁴ und erwartet vom Arbeitgeber dementsprechend nicht nur die Zahlung der Vergütung, sondern auch ein angemessenes Arbeitsumfeld, den Schutz vor

⁶⁹ Müller, Teil B, Rn. 595.

⁷⁰ Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67, 68; Eckert, BC 2010, 26.

⁷¹ Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67; Oetker, zitiert in Kriebitzsch, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010; Eylert, NZA-RR 2014, 393; Otto, S. 97.

⁷² Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393; Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

⁷³ Vgl. Hunold, AuA 2013, 24, 25.

⁷⁴ Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67.



Arbeitsunfällen etc.⁷⁵. Dazu ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht auch gesetzlich verpflichtet (vgl. § 618 BGB)⁷⁶. Weiter ist eine ordnungsgemäße Durchführung des Arbeitsverhältnisses nur mittels einer vertrauensvollen Kommunikation innerhalb des Betriebs, sprich zwischen Arbeitgeber und seinen Mitarbeitern, aber auch unter diesen, möglich⁷⁷. Man muss sich sprichwörtlich „aufeinander verlassen können“, was in Kleinbetrieben noch durch den Umstand ergänzt wird, dass meist eine enge persönliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderlich ist⁷⁸.

Letztlich spiegelt sich nämlich die im Wörterbuch Duden angegebene Bedeutung, wonach „Vertrauen ein festes Überzeugtsein von der Verlässlichkeit, Zuverlässigkeit einer Person, Sache“⁷⁹ ist, im Arbeitsverhältnis wider⁸⁰. Insoweit setzt das Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen der Vertragspartner voraus⁸¹. Das gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber eine juristische Person ist⁸². Denn letztlich werden auch hier die Entscheidungen, ob und inwieweit Vertrauen gebildet, zerstört oder wiederhergestellt werden kann, durch die natürlichen Personen getroffen, die durch die Organe der juristischen Person dazu bestimmt worden sind, also etwa durch den Personalleiter oder auch den Vorgesetzten⁸³.

Die Bedeutsamkeit des Vertrauens im einzelnen Arbeitsverhältnis variiert aber letztlich und hängt insbesondere von der konkreten Tätigkeit und Stellung des Arbeitnehmers, dem Grad der persönlichen Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber sowie von der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab⁸⁴.

⁷⁵ Eckert, BC 2010, 26.

⁷⁶ Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

⁷⁷ Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67.

⁷⁸ Vgl. Oetker, zitiert in Kriebitzsch, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010.

⁷⁹ Vgl. <http://www.duden.de/rechtschreibung/Vertrauen> (Abruf 20.8.2014).

⁸⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393.

⁸¹ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269, Rn. 6.

⁸² Schmitz-Scholemann, NZA 2012, 1001 stellt die Frage, wie man sich wechselseitiges Vertrauen vorstellen kann, wenn der Arbeitgeber eine juristische Person ist.

⁸³ Bengelsdorf, FA 2013, 66, 68.

⁸⁴ Vgl. Oetker, zitiert in Kriebitzsch, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010; Otto, S. 233 und 234.



Bestehendes Vertrauen kann enttäuscht werden. Wo heute noch Vertrauen ist, kann morgen schon Misstrauen sein, ausgelöst durch ein bestimmtes Verhalten eines Vertragspartners. Wenn Misstrauen vorhanden ist, geht das zwangsläufig früher oder später einher mit einer Erschütterung oder gar dem Verlust des für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauens⁸⁵. Hier stellt sich dann die Frage, ob und inwieweit die Störung des Vertrauensverhältnisses als Kündigungsgrund herangezogen werden kann.

2. Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens - das zerstörte Vertrauen als Kündigungsgrund

Mit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber beiden Vertragsparteien das Recht eingeräumt, sich bei auf Tatsachen beruhender unzumutbarer Belastung vom Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis sofort zu lösen⁸⁶. Ein Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis soll demzufolge aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden können, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Endtermin nicht zugemutet werden kann⁸⁷. Die Prüfung, ob dies der Fall ist, hat dabei zweistufig zu erfolgen. So ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt – für sich gesehen – ohne besondere Umstände an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen. Sodann ist in die Prüfung einzutreten, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann⁸⁸.

⁸⁵ Eylert, NZA-RR 2014, 393.

⁸⁶ ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 1.

⁸⁷ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; LAG Rheinland-Pfalz v. 6.5.2013 – 5 Sa 339/12, BeckRS 2013, 73086; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 1.

⁸⁸ BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, AP BGB § 626 Nr. 234 = NJW 2011, 2905 = NZA 2011, 1027.



Anlehnend an die von der Rechtsprechung und der Literatur vorgenommenen Kategorisierung von Gründen, die an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB zu bilden, bietet sich eine grobe Untergliederung der Kündigungen in solche im Leistungs- und im Vertrauensbereich an⁸⁹. Mit dem Leistungsbereich sind dabei alle Störungen in Bezug auf die Erfüllung der gegenseitigen Hauptpflichten gemeint⁹⁰. Mit dem Vertrauensbereich hingegen ist nicht das „Vertrauen“ in die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers oder dessen Willen zur korrekten Ausführung seiner geschuldeten Arbeitstätigkeit gemeint, sondern vielmehr die seitens des Arbeitgebers vom Arbeitnehmer erwartete Integrität und Korrektheit, also das „Überzeugtsein“ des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer sich loyal und redlich verhält und sich nicht in einer falschen, unaufrichtigen, illoyalen oder gar hinterhältigen Weise gegen die Interessen des Arbeitgebers stellen wird⁹¹. Schließlich hat der Arbeitnehmer auf Grund der durch den Arbeitsvertrag begründeten Nebenpflicht zur Loyalität auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen⁹². Diese Verpflichtung beinhaltet zugleich das Verbot, den Arbeitgeber rechtswidrig und vorsätzlich zu schädigen⁹³. Zu denken ist hier an Sachverhalte wie etwa Anzeigen, Beleidigungen, Umgehen von Kontrolleinrichtungen, Verletzung von Mitteilungspflichten, Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen, Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot oder strafbare Handlungen⁹⁴. Der wichtige Grund liegt dabei in der zu Tage getretenen Einstellung des Arbeitnehmers, bei der Erfüllung von arbeitsvertraglich geschuldeten Aufgaben und Pflichten unberechtigt eigene Vorteile wahrnehmen zu wollen⁹⁵. Durch ein derartiges Verhalten zerstört der Arbeitnehmer regelmäßig das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit⁹⁶.

⁸⁹ Vgl. Belling, RdA 1996, 223, 229; Otto, S. 43.

⁹⁰ Falkenberg, NZA 1988, 489, 490.

⁹¹ LAG Köln v. 18.5.2011 – 8 Sa 364/11, BeckRS 2011, 74555, Rn. 75; Hunold, NZA-RR 2003, 57; Hunold, DB 2009, 2658.

⁹² BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421.

⁹³ Vgl. ebd.

⁹⁴ Otto, S. 43.

⁹⁵ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991.

⁹⁶ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137.



Insbesondere zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers kommen dabei typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht⁹⁷. Das gilt unabhängig von der Höhe eines dem Arbeitgeber durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens⁹⁸. Maßgebend ist vielmehr der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch⁹⁹. Denn auch wenn der § 626 BGB selbst weder von einem zerstörten Vertrauensverhältnis oder dem Wegfall des Vertrauens spricht, spielt das wechselseitige Vertrauen im Arbeitsverhältnis – wie gesehen – eine entscheidende Rolle. Das Vertrauen ist ein „Wesenselement“ des Arbeitsverhältnisses, das notwendigerweise impliziert ist, auch wenn es nicht ausdrücklich benannt wird.

Die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses bzw. ein beim Arbeitgeber entstandenes Misstrauen berechtigt den Arbeitgeber jedoch nicht zwangsläufig zur Kündigung. Schließlich steht bei der Kündigung der Sanktionscharakter nicht im Vordergrund. Vielmehr besagt das im geltenden Kündigungsrecht zur Anwendung kommende Prognoseprinzip, dass eine Kündigung nur dann gerechtfertigt ist, wenn sonst bei Weiterführung des Arbeitsverhältnisses künftig mit einer weiteren Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen zu rechnen ist¹⁰⁰. Objektive Tatsachen müssen demzufolge eine hinreichende Gefahr künftiger Pflichtverletzungen oder sonstiger Belastungen begründen, die über den subjektiv empfundenen Vertrauensverlust hinausgehen¹⁰¹.

Denn allein das Empfinden des Arbeitgebers spricht dessen „Überzeugtsein“ vom Vertrauenswegfall reicht nicht aus, um ein Arbeitsverhältnis wirksam beenden zu können. Schließlich ist die subjektive Befindlichkeit nicht nachweisbar, sondern könnte jederzeit behauptet werden und hängt zudem von der Person des Vertrauenden stark ab („ein zutiefst misstrauischer Mensch“). Insofern kann es im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens nicht auf das subjektive Empfinden des Arbeitgebers ankommen,

⁹⁷ BAG v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, AP BGB § 626 Nr. 232 = NZA 2011, 571.

⁹⁸ Tschöpe, NZA 1985, 588, 589; BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421.

⁹⁹ BAG v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, AP BGB § 626 Nr. 232 = NZA 2011, 571.

¹⁰⁰ Raab, S. 704, 706.

¹⁰¹ Enderlein, RdA 2000, 325, 330; vgl. auch Eylert, NZA-RR 2014, 393, 394.



wenn Tatbestandsvoraussetzungen zur Ausübung eines Gestaltungsrechts wie der Kündigung geprüft werden.

Für die objektive Begründung der Gefahr weiterer zukünftiger Pflichtverletzungen muss folglich ein aus objektiver Sicht anzunehmender Vertrauensverlust vorhanden sein. Dafür muss der Arbeitnehmer als „Schuldner“ des Vertrauenstatbestands jedoch nur dann einstehen, wenn die Vertrauensinvestition des Arbeitgebers schutzwürdig erfolgt ist und er insoweit damit rechnen durfte, dass der Arbeitnehmer diese auch übernimmt¹⁰² bzw. diese zum Inhalt der vertraglich geschuldeten Nebenpflicht geworden ist. Es geht dabei immer um die Frage, ob berechnete Belange des Arbeitgebers berührt sind.

Insoweit kommen für den Vertrauensverlust grundsätzlich nur betriebliche bzw. vertragsbezogene Verhaltensweisen des Gegenübers in Betracht¹⁰³. Beispielsweise kann das heimliche Aufzeichnen von vertraulichen Gesprächen mit Hilfe eines Aufzeichnungsgeräts einen so erheblichen, das Vertrauen in die Redlichkeit des Arbeitnehmers störenden arbeitsvertraglichen Pflichtenverstoß darstellen, dass eine Abmahnung vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung entbehrlich ist, da eine Hinnahme des Verstoßes durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausscheidet¹⁰⁴. Gleichmaßen kann das Vertrauen in die Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers erschüttert und eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein, wenn der als Restaurantleiter beschäftigte Arbeitnehmer der ihm gegebenen Anweisung, die Tageseinnahmen zeitnah – hier alle zwei Tage – zur Bank zu bringen, nicht nachkommt und die Einnahmen nicht sorgsam und ausreichend vor dem Zugriff Dritter schützt¹⁰⁵.

Sofern der Arbeitgeber dagegen auf bestimmte private Verhaltensweisen des Arbeitnehmers vertraut und in diesem Vertrauen enttäuscht wird, z. B. dass der Arbeitnehmer bisher Fan einer bestimmten Fußballmannschaft ist, der Arbeitnehmer

¹⁰² Ebeling, S. 134.

¹⁰³ Enderlein, RdA 2000, 325, 326.

¹⁰⁴ LAG Köln v. 18.5.2011 – 8 Sa 364/11, BeckRS 2011, 74555.

¹⁰⁵ LAG Rheinland-Pfalz v. 15.9.2009 – 3 Sa 287/09, JurionRS 2009, 32669.



über Nacht aber plötzlich zum Rivalen umschwenkt, so darf das für das Arbeitsverhältnis keine Rolle spielen, da es hier um eine private Verhaltensweise des Arbeitnehmers geht, die er arbeitsvertraglich nicht schuldet¹⁰⁶.

Geschützt werden muss jedoch das Vertrauen des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer durch sein Verhalten nicht in irgendeiner Weise das Betriebsvermögen beeinträchtigt, indem er es verletzt oder einer Gefährdung aussetzt¹⁰⁷. Das gilt auch für das Vertrauen darauf, dass sich der Arbeitnehmer in den Betrieb integriert, den Betriebsfrieden wahrt, Loyalität zeigt und damit seiner Treuepflicht nachkommt¹⁰⁸. Letztlich ist ein Vertrauen des Arbeitgebers gerade dann besonders schutzwürdig, wenn die Wahrung des Vertrauensverhältnisses zu den originären Vertragspflichten gehört und dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit anvertraut worden ist, bei der eine Kontrolle nur schwer möglich ist¹⁰⁹.

3. Abmahnungserfordernis bei Störungen im Vertrauensbereich?

Sofern es zu einer Störung des dem Arbeitnehmer entgegen gebrachten Vertrauens kommt und der Arbeitgeber eine Kündigung erwägt, stellt sich in der Praxis zwangsläufig die Frage, ob eine Abmahnung erforderlich ist.

Das Abmahnungserfordernis ist materiell-rechtlich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückzuführen¹¹⁰ und in § 314 Abs. 2 BGB positiviert. Denn nach diesem Grundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen¹¹¹. Weiter ist die Abmahnung auch Ausdruck des im Kündigungsrecht anzuwendenden Prognoseprinzips¹¹²: Soweit die Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers auf steuerbarem Verhalten beruht, ist nämlich

¹⁰⁶ Vgl. Enderlein, RdA 2000, 325, 326.

¹⁰⁷ Otto, S. 103.

¹⁰⁸ Otto, S. 107 ff. .

¹⁰⁹ Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB; Preis, AuR 2010, 242, 245.

¹¹⁰ Schlachter, NZA 2005, 433, 436.

¹¹¹ BAG v. 18.9.2008 – 2 AZR 827/06, NRA-RR 2009, 393, Rn. 33; LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353, 354.

¹¹² Vgl. Raab, S. 704, 706; Ausführlich zur Abmahnung: Wetzling/Habel, BB 2011, 1077.



grundsätzlich zu erwarten, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann¹¹³, es dadurch idealtypisch zu einer Veränderung des beanstandeten Verhaltens kommt¹¹⁴. Dann ist das Gläubigerinteresse befriedigt und eine Kündigung zur Sicherung dieses Interesses nicht mehr erforderlich. Begeht der abgemahnte Arbeitnehmer aber dann erneut eine gleichartige Pflichtverletzung, ist die Prognose zukünftiger Pflichtverletzungen als (verhaltensbedingter) Kündigungsgrund eröffnet¹¹⁵.

Aus ihrer Eigenschaft als einer Vorstufe zur Kündigung ergeben sich die inhaltlichen Anforderungen an eine Abmahnung¹¹⁶, aus denen sich drei Funktionen der Abmahnung erschließen lassen¹¹⁷: erstens hält der Arbeitgeber mit der Abmahnung den beanstandeten Vorfall fest und dokumentiert diesen regelmäßig durch Aufnahme einer Mehrfertigung der schriftlichen Abmahnung in die Personalakte (sog. Dokumentationsfunktion), zweitens macht er damit den Arbeitnehmer auf die Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten aufmerksam (sog. Rügefunktion)¹¹⁸ und drittens wird der Arbeitnehmer mit der Abmahnung aufgefordert, sich zukünftig vertragsgetreu zu verhalten, und es wird ihm für den Fall einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung der unmissverständliche Hinweis erteilt, dass im Wiederholungsfall der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (sog. Warnfunktion)¹¹⁹.

Eine Abmahnung stellt dann ein milderes Mittel zur Kündigung dar, wenn sie geeignet erscheint, den Arbeitnehmer künftig zu einem vertragsgemäßen Verhalten zu veranlassen. Wann dies der Fall ist, hängt von den Umständen des konkreten Falles ab und wurde von der Rechtsprechung konkretisiert.

¹¹³ BAG v. 11.7.2013 – 2 AZR 994/12, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 69 = NZA 2014, 250, Rn. 21.

¹¹⁴ Schlachter, NZA 2005, 433, 435.

¹¹⁵ Ebd.

¹¹⁶ Raab, S. 704, 707.

¹¹⁷ BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33 = NZA 2009, 842; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 29.

¹¹⁸ BAG v. 13.3.1987 – 7 AZR 601/85, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 18; APS/Vossen/Dörner, § 1 KSchG, Rn. 348.

¹¹⁹ Vgl. BAG v. 17.2.1994 – 2 AZR 616/93, AP BGB 626 Nr. 116; BAG v. 11.12.2001 – 9 AZR 464/00, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 8 = NZA 2002, 965; Müller, Teil B, Rn. 732.



Nach der früheren Rechtsprechung bestimmte sich die Antwort auf die Frage der Erforderlichkeit einer Abmahnung nach der sog. Sphärentheorie. Dabei wurde darauf abgestellt, welchem Bereich die jeweilige im Raum stehende Pflichtverletzung zuzuordnen ist¹²⁰. Es wurde eben jene oben dargestellte Differenzierung in Störungen im sog. „Vertrauensbereich“ und Störungen im sog. „Leistungsbereich“ vorgenommen¹²¹.

Während nach der früheren Rechtsprechung eine Abmahnung grundsätzlich erforderlich war, wenn das beanstandete Verhalten den Leistungsbereich betraf – es sei denn die Pflichtverletzung war besonders schwer oder es lag ein erkennbar fehlender Wille des Arbeitnehmers zu vertragstreuem Verhalten vor¹²² –, war eine Abmahnung im Vertrauensbereich dagegen regelmäßig entbehrlich, da eine Abmahnung zerstörtes Vertrauen nicht wieder herstellen könne¹²³. Außerdem könne von vornherein kein Arbeitnehmer damit rechnen, dass ein Verhalten gebilligt werde, das eine Verletzung oder gar Zerstörung des Vertrauensverhältnisses darstellt¹²⁴. Nur ausnahmsweise bedurfte es auch bei Vertrauensverletzungen einer Abmahnung, nämlich dann, wenn der Arbeitnehmer aus vertretbaren Gründen annehmen durfte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebliches, die Fortführung des Arbeitsverhältnisses gefährdendes (Fehl-) Verhalten angesehen¹²⁵.

Die Unterscheidung in Leistungsbereich und Vertrauensbereich wurde kritisiert, da eine derartige Differenzierung weder dazu diene, mehr Rechtssicherheit zu schaffen, noch sachgerecht¹²⁶ bzw. praktikabel¹²⁷ sei. Schließlich gebe es zum einen für die vorgenommene Unterscheidung keine gesetzlichen Anhaltspunkte und zum anderen sei eine Zuordnung im Einzelfall nicht zuletzt bei Anerkennung von Ausnahmetatbeständen

¹²⁰ Müller, Teil B, Rn. 713.

¹²¹ BAG v. 4.4.1974 – 2 AZR 452/73, AP BGB § 626 Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1; BAG v. 30.11.1978 – 2 AZR 145/77, AP SeemG § 64 Nr. 1 = NJW 1980, 255.

¹²² Zuber, NZA 1999, 1142.

¹²³ BAG v. 4.4.1974 – 2 AZR 452/73, AP BGB § 626 Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Nr. 1.

¹²⁴ Schlachter, NZA 2005, 433, 435.

¹²⁵ BAG v. 30.6.1983 – 2 AZR 524/81, AP GG Art. 140 Nr. 15 = NJA 1984, 1917; BAG v. 5.11.1992 – 2 AZR 147/92, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 4 = NZA 1993, 308; APS/Dörner/Vossen, § 1 KSchG, Rn. 367.

¹²⁶ Walker, NZA 1995, 601, 604; Pauly, NZA 1995, 449, 450.

¹²⁷ Schlachter, NZA 2005, 433, 436 mit weiteren Nachweisen.



schwer möglich, zumal auch wiederholte Störungen im Leistungsbereich geeignet seien, das Vertrauensverhältnis zu beeinträchtigen¹²⁸.

Auch das BAG nahm von seiner früherer Rechtsprechung und der darin vorgenommenen Unterscheidung zwischen Störungen im Leistungs- und im Vertrauensbereich für das Abmahnungserfordernis schließlich Abstand¹²⁹: Auch bei Pflichtverletzungen im Vertrauensbereich wird nun eine Abmahnung grundsätzlich für erforderlich gehalten¹³⁰. Denn maßgebend für das Abmahnungserfordernis sei, dass die Kündigung wegen eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers ausgesprochen würde oder aus einem in seiner Person liegenden Grund, der durch sein steuerbares Verhalten beseitigt und so eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden könnte¹³¹. Damit geht das BAG davon aus, dass das „enttäuschte Vertrauen“ durch zukünftige Vertragstreue wiederhergestellt werden kann und insofern die Abmahnung ein milderes Mittel zur Kündigung darstellt¹³².

Grundsätzlich gilt, dass in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine außerordentliche Kündigung nur dann in Betracht kommt, wenn mildere Mittel wie eine ordentliche Kündigung oder eine Abmahnung als Reaktion auf die aufgetretene Vertragsstörung und den eingetretenen Vertrauensverlust ausscheiden¹³³. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Störung im Leistungs- oder im Vertrauensbereich handelt¹³⁴. Schließlich ist die für das Abmahnungserfordernis zunächst vorgenommene Unterscheidung in Leistungs- und Vertrauensbereich zum einen nicht sachgerecht, zum anderen durch die im Rahmen der Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 eingetretene Verschärfung des § 314 Abs. 2 BGB nicht mehr haltbar¹³⁵. Denn nach § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB ist die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund nur dann zulässig, wenn im Falle des Bestehens des wichtigen Grundes in der Verletzung

¹²⁸ Walker, NZA 1995, 601, 604; BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 251.

¹²⁹ BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP BGB § 626 Nr. 137 = NZA 1997, 1281.

¹³⁰ Ebd.

¹³¹ BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP BGB § 626 Nr. 137 = NZA 1997, 1281, 1283; BAG v. 21.6.2001 – 2 AZR 30/00, NZA 2002, 232 = BeckRS 2001, 41724; LAG Schleswig-Holstein v. 10.1.2006 – 5 Sa 306/05, BeckRS 2006, 40827.

¹³² Vgl. Oetker, zitiert in Kriebitzsch, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010; Vgl. auch Eylert, zitiert in Rinck/Kaufmann, RdA 2012, 187.

¹³³ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 404.

¹³⁴ Vgl. Müller, Teil B, Rn. 714.

¹³⁵ Schlachter, NZA 2005, 433, 437.



einer Pflicht aus dem Vertrag, eine zur Abhilfe bestimmte Frist erfolglos abgelaufen oder zuvor eine Abmahnung erteilt worden war. Mangels einer eigenständigen Regelung eines Abmahnungserfordernisses speziell für Dienst- und Arbeitsverhältnisse kommt diese für alle Dauerschuldverhältnisse allgemein geltende Norm des § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB also auch im Arbeitsverhältnis zur Anwendung¹³⁶.

Dieses in § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB konkretisierte Erfordernis einer Abmahnung stellt eine gesetzgeberische Bestätigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar¹³⁷. Es ist folglich auch bei Störungen im Vertrauensbereich zu beachten¹³⁸. Sofern die Störung auf steuerbarem Verhalten beruht, gilt nämlich auch hier die gesetzliche Erwartung, dass zukünftiges Verhalten des Arbeitnehmers schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sprich durch Erteilung einer Abmahnung, positiv beeinflusst werden kann¹³⁹.

Allerdings hat der Gesetzgeber auch Ausnahmen des Abmahnungserfordernisses verankert¹⁴⁰. Während bislang in § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. darauf verwiesen worden war, dass unter den Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 BGB Fristsetzung und Abmahnung entbehrlich waren, ist nun durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013 der bisherige § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. mit Wirkung zum 13.6.2014 neu gefasst worden. Danach findet nun für die Entbehrlichkeit der Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung der § 323 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB entsprechende Anwendung. Der bisherige Verweis auf den kompletten § 323 Abs. 2 BGB ist demzufolge abgeändert worden. Das ist insoweit von Bedeutung, als dass bei Störungen im Vertrauensbereich der Auffangtatbestand des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Betracht gekommen war¹⁴¹.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Schmitt-Rolfes, AuA 2011, 684.

¹³⁸ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 404; Lembke, RdA 2013, 82, 90.

¹³⁹ Schlachter, NZA 2005, 433, 436; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 404; Krefit, S. 225, 233.

¹⁴⁰ Vgl. Schlachter, NZA 2005, 433, 437.

¹⁴¹ Vgl. ebd.



Der Gesetzgeber war sich aber offensichtlich dieser Konsequenz bewusst und füllte mit einem neuen § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB diese Lücke wieder auf. Gemäß eben jenem § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB, der mit dem § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB inhaltsgleich ist, ist die Abmahnung entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen. In Ansehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedarf es demzufolge dann keiner Abmahnung, wenn eine Verhaltensänderung zukünftig trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann¹⁴² oder es um schwere Pflichtverletzungen geht, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar und bei denen für den Arbeitnehmer eine Hinnahme seines Verhaltens durch den Arbeitgeber erkennbar ausgeschlossen war¹⁴³. In diesen Fällen ist eine Abmahnung entbehrlich, da hier die für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht mehr wiederherstellbar ist¹⁴⁴.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch bei Störungen im Vertrauensbereich vor dem Ausspruch einer (fristlosen) Kündigung in der Regel eine Abmahnung vorausgehen muss, ehe im Wiederholungsfall das Arbeitsverhältnis wirksam durch Kündigung beendet werden kann¹⁴⁵.

4. Die Anwendung der Grundsätze des Vertrauenswegfalls auf die Verdachtskündigung

Auch das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung knüpft an das dem Arbeitsverhältnis zu Grunde liegende Vertrauensverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien an. Schließlich kommt die Rechtsfigur zur Anwendung, wenn der im Raum stehende dringende Tatverdacht einer schweren Pflichtverletzung oder gar Straftat zu einem

¹⁴² BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 532/08, NZA-RR 2009, 622.

¹⁴³ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 283/08, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 5; LAG Rheinland-Pfalz v. 28.10.2011 – 9 Sa 56/11, BeckRS 2012, 65658, Rn.22; LAG Rheinland-Pfalz v. 8.7.2009 – 8 Sa 203/09, BeckRS 2010, 66420.

¹⁴⁴ BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, AP BGB § 626 Nr. 234 = NJW 2011, 2905 = NZA 2011, 1027, Rn. 20.

¹⁴⁵ BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP BGB § 626 Nr. 137 = NZA 1997, 1281, 1283; BAG v. 21.6.2001 – 2 AZR 30/00, NZA 2002, 232 = BeckRS 2001, 41724; LAG Schleswig-Holstein v. 10.1.2006 – 5 Sa 306/05, BeckRS 2006, 40827; LAG Saarland v. 12.9.2012 - 2 Sa 7/12, BeckRS 2013, 67834; ErfK/Müller-Glöße, § 626 BGB, Rn. 27.



Vertrauensverlust führt, der dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar macht. Die Störung liegt hier folglich auch im Vertrauensbereich.

Gleichwohl ist lediglich jener Verdacht und eben nicht das Vorliegen eines Tatnachweises erster Anknüpfungspunkt für diese Rechtsfigur. Bei Anwendung des Instituts der Verdachtskündigung ist eine Trennung auch von einem Arbeitnehmer möglich, dessen Fehlverhalten (noch) gar nicht mit Sicherheit feststeht¹⁴⁶. Der Tatnachweis stellt insoweit keine unabdingbare Voraussetzung für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar¹⁴⁷.

Da der betroffene Arbeitnehmer also lediglich einer Straftat bzw. Pflichtverletzung „verdächtig“ ist und eben nicht als „Täter“ feststeht, besteht bei dem Gebrauch des Instituts der Verdachtskündigung zwangsläufig die Gefahr, dem „Falschen“ zu kündigen und somit eine Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer auszusprechen, der sich nichts hat zu Schulden kommen lassen und sehr wohl seinen arbeitsvertraglichen Pflichten treu nachgekommen ist¹⁴⁸. Teilweise wird hierin ein Verstoß gegen den in Art. 6 Abs. 2 EMRK festgelegten Grundsatz der Unschuldsvermutung gesehen, da man die Kündigung eines „Unschuldigen“ in Kauf nehme¹⁴⁹.

Insofern stellt sich die Frage, ob und unter welchen Grenzen Verdachtskündigungen überhaupt zulässig sein können. Gleichermäßen bedarf es nicht zuletzt auf Grund der jüngsten Rechtsprechung des BAG¹⁵⁰, wonach bei einer Verdachtskündigung weder ein verhaltens- noch ein personenbedingter Kündigungsgrund vorliege, einer Klärung der

¹⁴⁶ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553.

¹⁴⁷ Ebd.

¹⁴⁸ Vgl. BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; zuletzt BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; Weißleder, SchlHA 12/2003, 288, 289.

¹⁴⁹ Vgl. Joachim, AuR 1964, 33; Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17 ff.; Dörner, NZA 1992, 865, 866; Kittner, Anm. zu BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, EzA Nr. 4 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; Naujok, AuR 1998, 398; Deinert, AuR 2005, 285, 291; Kittner/Zwanziger/Deinert/Appel § 77 Rn. 31; wohl auch Buschmann, Anm. zu LAG Berlin-Brandenburg v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08 – AuR 2009, 220. Ebenso kritisiert Wedde/Schnependahl, § 626 BGB, Rn. 57, das Risiko, dass „unschuldigen“ Arbeitnehmern auf Grund von Indizien gekündigt werde.

¹⁵⁰ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 34.



Rechtsnatur der Verdachtskündigung. Auch ihr Verhältnis bzw. ihre Abgrenzung zur Tatkündigung muss geklärt werden genauso wie die Frage, ob und wie zwischen außerordentlicher und ordentlicher Verdachtskündigung unterschieden werden kann.

II. Zulässigkeit der Verdachtskündigung¹⁵¹

Darf bei einem gravierenden Zweifel an der Redlichkeit des Arbeitnehmers und der daraus folgenden nachhaltigen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses das Arbeitsverhältnis grundsätzlich gekündigt werden, auch wenn nicht auszuschließen ist, dass der betroffene Arbeitnehmer die Tat gar nicht begangen hat? Oder ist auf Grund des fehlenden Tatnachweises eine Kündigung ausgeschlossen und das mit einem Tatverdacht belastete Arbeitsverhältnis fortzuführen frei nach dem Motto „es ist nichts bewiesen, daher ist auch nichts gewesen“?

Innerhalb dieses Spannungsverhältnisses¹⁵² ist die Frage der generellen Zulässigkeit von Verdachtskündigungen zu klären. Der Streit hierüber hat dabei im Laufe der Zeit keineswegs an „Zündstoff“ verloren – im Gegenteil: Mit den zuletzt in den Deutschen Bundestag unabhängig voneinander eingebrachten Gesetzentwürfen zur Verdachtskündigung, die eine Einschränkung ihres Anwendungsbereiches¹⁵³ bzw. ihr generelles Verbot¹⁵⁴ vorsahen, dürften die Diskussionen über die Zulässigkeit von Verdachtskündigungen eine neue Dimension erreicht haben. Denn erstmals hatte der Gesetzgeber darüber zu beraten und zu entscheiden, ob er die durch die Rechtsprechung entwickelte und geprägte Rechtsfigur der Verdachtskündigung einschränken oder gar verbieten sollte. Insofern ist befürchtet worden, dass die Verdachtskündigung nun vor dem „Aus“ stehen könnte¹⁵⁵.

¹⁵¹ S. ausführlich hierzu: Hahn, S. 7 ff.; Hoefs, S. 31 ff.; Schlegeit, S. 3 ff., Strobel, S. 6 ff.

¹⁵² Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 394.

¹⁵³ Vgl. BT-Drucksache 17/648, Gesetzentwurf der Fraktion der SPD vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Schutz vor Kündigungen wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens).

¹⁵⁴ Vgl. BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten.

¹⁵⁵ Vgl. Lunk, NJW 2010, 2753.



Zwar sind beide Gesetzesinitiativen im Bundestag abgelehnt worden¹⁵⁶, so dass die Verdachtskündigung auch diesen „Angriff“¹⁵⁷ auf ihre Existenz und ihren Fortbestand überstand und abermals „davon gekommen“ zu sein scheint¹⁵⁸. Doch hat nicht zuletzt die Beratung der Gesetzentwürfe gezeigt, dass nach wie vor massive Einwände gegen die generelle Zulässigkeit der Verdachtskündigung erhoben werden. Ob und inwieweit diese berechtigt sind, soll anhand der Rechtsprechungsentwicklung zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Verdachtskündigung nachfolgend geklärt werden.

1. Rechtsprechung vor Einrichtung des BAG

Nicht erst das BAG hatte sich der Problematik der Zulässigkeit von Verdachtskündigungen zu stellen. Auch schon vor Einrichtung des BAG sahen sich die Gerichte¹⁵⁹ mit der Frage konfrontiert, ob und inwieweit der Verdacht, der Vertragspartner könne eine strafbare Handlung oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen haben, einen Kündigungsgrund darstellen kann.

Als Ursprung der Rechtsprechung zum Rechtsinstitut der Verdachtskündigung¹⁶⁰ gilt eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts aus dem Jahre 1871, mit der erstmals ein Gericht ausführte, dass der bestehende Verdacht einer Straftat die fristlose Kündigung eines Dienstverhältnisses rechtfertigen könne¹⁶¹. In der Folge hatten auch einige Oberlandes- und Kaufmannsgerichte darüber zu entscheiden, ob der dringende Verdacht einer groben Pflichtverletzung oder gar einer Straftat die Fortsetzung eines Dienstverhältnisses für den Dienstherrn unzumutbar machen kann. Während

¹⁵⁶ Vgl. Stenografischer Bericht, 99. Sitzung des Deutschen Bundestages, 24.3.2011, S. 11397.

¹⁵⁷ Fischermeier, FS AG Arbeitsrecht, S. 275, 276 sah in der massiven Kritik von Schütte (NZA 1991, Beilage 2, 17 ff.) und Dörner (NZA 1992, 865 ff.) Anfang der neunziger Jahre bereits einen „Angriff“ auf die Verdachtskündigung.

¹⁵⁸ Fenn, Anm. zu BAG v. 27.1.1972 – 2 AZR 157/71, SAE 1972, 237, wählte bereits in einer Kommentierung zu einer Entscheidung des BAG zur Verdachtskündigung diese Formulierung.

¹⁵⁹ Ausführliche Darstellung zur historischen Entwicklung der Verdachtskündigung bei Strobel, S. 6 ff., Hoefs, S. 31.

¹⁶⁰ Hoefs, S. 31.

¹⁶¹ Vgl. ROHG v. 29.11.1871 in ROHGE 4, 398 (402); Strobel, S. 6 und Hoefs, S. 31 weisen bereits darauf hin, dass im konkreten Fall die Ausführungen des Gerichts zur Verdachtskündigung eigentlich überflüssig waren, da sich die fristlose Kündigung bereits mit einer nachweisbaren Pflichtverletzung begründen ließ.



mehrheitlich Kündigungen auf Grund des Verdachts einer Straftat für möglich gehalten wurden¹⁶², gab es vereinzelt gegenläufige Entscheidungen¹⁶³, denen zufolge trotz des durch den Verdacht hervorgerufenen Vertrauensschwunds eine Verdachtskündigung ungerecht und damit unzulässig sei, da schließlich jedermann unschuldig in Verdacht geraten könne.

Das Reichsgericht¹⁶⁴ bejahte ab 1912 mehrfach die Zulässigkeit einer Verdachtskündigung. Bei Vorliegen des Verdachts einer Straftat könne nämlich das Vertrauen des Dienstberechtigten in die Zuverlässigkeit eines Dienstverpflichteten derart erschüttert sein, dass jede weitere Zusammenarbeit für den Dienstberechtigten unzumutbar sei. Insofern liege ein „wichtiger Grund“ im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor. Erforderlich sei aber, dass der Dienstberechtigte den Sachverhalt überprüft habe und er dem verdächtigten Dienstverpflichteten die Möglichkeit gegeben habe, Stellung zu nehmen¹⁶⁵.

In einem obiter dictum¹⁶⁶ führte das Reichsarbeitsgericht¹⁶⁷ im Jahre 1931 zunächst aus, dass in dem zu entscheidenden Fall der Verdacht allein die Entlassung nicht habe rechtfertigen können und sie nicht auf diesen gestützt werden könne, nachdem das Ermittlungsverfahren mangels Beweises eingestellt worden war. In einer weiteren Entscheidung nahm das Gericht darauf Bezug und stellte den Grundsatz auf, dass im Allgemeinen ein „bloßer und nicht etwa schuldhaft herbeigeführter Verdacht“ zur fristlosen Entlassung nicht genüge¹⁶⁸. Später wich es dann selbst von diesem Grundsatz ab und führte ohne nähere dogmatische Begründung aus, dass ein Verdacht durchaus so schwerwiegend sein könne, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhält-

¹⁶² z. B. Hanseatisches OLG v. 15.6.1895, HansGZ 1895, S. 239 f.; Kaufmannsgericht Köln v. 4.4.1905, Das Gewerbegericht 10, 1904/1905, S. 205; weitere Nachweise bei Strobel, S. 6 und Hoefs, S. 31.

¹⁶³ z. B. OLG Zweibrücken v. 26.3.1902 in Holdheim 1903, S. 210, zitiert nach Strobel, S.6.

¹⁶⁴ Vgl. RG v. 4.6.1912 in Recht 1912 – 442/11, Nr. 2874; RG v. 4.10.1929 – 92/29 II., JW 1930, 2701; RG v. 20.11.1936 – II 110/36, JW 1937, 1146ff. (mit Anm. Oppermann).

¹⁶⁵ RG v. 4.10.1929 – 92/29 II., JW 1930, 2701.

¹⁶⁶ RAG v. 14.11.1931 – RAG 237/31, ARS 13, 487, 489.

¹⁶⁷ Vgl. hierzu auch Zusammenfassung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts zur Verdachtskündigung bei Lembke, RdA 2013, 82.

¹⁶⁸ RAG v. 10.8.1932 – RAG 145/32, ARS 15, 570.



nisses wegen der durch den Verdacht entstandenen Vertrauenszerstörung nicht zuzumuten sei¹⁶⁹. In diesen Fällen solle dann eine fristlose Kündigung zulässig sein¹⁷⁰.

Auch wenn bei der älteren Rechtsprechung bzw. speziell bei den Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts zu berücksichtigen ist, dass hier die Begrifflichkeit der Verdachtskündigung verwendet worden war, obwohl sich die Sachverhalte eigentlich auf feststehende bzw. nachweisbare Pflichtverletzungen bezogen hatten¹⁷¹, so wird dennoch deutlich, dass schon vor der Einrichtung des BAG das Institut der Verdachtskündigung in seinen Anfängen entwickelt worden war. Es wurde maßgeblich mit der durch den Verdacht entstandenen Vertrauenszerstörung und der damit einhergehenden Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses begründet. Eine dogmatische Begründung der Rechtsfigur kam seinerzeit zu kurz, ein dogmatisches Fundament fehlte.

2. Rechtsprechung des BAG¹⁷²

Die Tradition der die grundsätzliche Zulässigkeit der Verdachtskündigung bejahenden deutschen Rechtsprechung führte das BAG schon früh nach Aufnahme seiner Rechtsprechungstätigkeit im Jahr 1954 fort. Bereits mit seiner Entscheidung vom 12.5.1955 stellte das BAG nämlich unter Verweis auf die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts fest, dass „der Verdacht einer strafbaren Handlung einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden kann“¹⁷³, womit die Rechtsfigur der Verdachtskündigung für zulässig erachtet wurde.

¹⁶⁹ RAG v. 23.6.1934 – RAG 318/33, ARS 21, 145.

¹⁷⁰ RAG v. 23.6.1934 – RAG 318/33, ARS 21, 145; später auch RAG v. 6.5.1939 – RAG 221/38, ARS 36, 260.

¹⁷¹ Vgl. Hoefs, S.33; Schütte, NZA 1991, Beilage 2, S. 17; Joachim, AuR 1964, 33.

¹⁷² Ausführliche Darstellung der BAG-Rechtsprechung zur Verdachtskündigung bei Schlegeit, S. 3ff.

¹⁷³ BAG v. 12.5.1955 – 2 AZR 77/53, BAGE 2, 1 = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 1 (mit Anm. Hueck) = RdA 1955, 318.



Nachdem der BGH mit Urteil vom 13.7.1956 ebenfalls die Zulässigkeit der Verdachtskündigung bei freien Dienstverträgen bejaht¹⁷⁴, gleichzeitig in dieser Entscheidung aber auch erstmals die Möglichkeit eines Wiedereinstellungsanspruches des Dienstverpflichteten für den Fall der späteren Ausräumung des Verdachts nach den Grundsätzen von Treu und Glauben angenommen hatte¹⁷⁵, sprach sich auch das BAG mit Urteil vom 14.12.1956 für einen derartigen Wiedereinstellungsanspruch im Falle später erwiesener Unschuld des Arbeitnehmers aus und begründete dies mit den gegenseitigen Treuepflichten sowie der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers¹⁷⁶.

In Fortführung seiner Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Verdachtskündigung erkannte das BAG sodann mit Urteilen vom 4.11.1957 und 24.3.1958 den Verdacht einer strafbaren Handlung als Rechtfertigungsgrund sowohl für eine ordentliche¹⁷⁷ als auch für eine außerordentliche¹⁷⁸ Kündigung explizit an. Da das Arbeitsverhältnis die beiden Vertragspartner in besonderer Weise eng aneinander binde und hauptsächlich auf einem gegenseitigen Vertrauen aufgebaut sei, könne die Kündigung insbesondere dann berechtigt sein, wenn das Vertrauen in den Vertragspartner erschüttert sei.

Hierfür reiche aber eine bloße, unbestimmte Vermutung bzw. die rein subjektive Beurteilung des betroffenen Arbeitgebers jedoch keinesfalls aus¹⁷⁹. Stattdessen müsse ein auf Tatsachen begründeter und seinem Grad nach unter Berücksichtigung des Einzelfalls erheblicher und gewichtiger Verdacht gegeben sein, wobei ein schuldhaftes Hervorrufen des Verdachts durch den Arbeitnehmer nicht Voraussetzung für die

¹⁷⁴ Der BGH führte aus, dass der Verdacht einer strafbaren Handlung des Dienstverpflichteten die Kündigung des Dienstvertrages aus einem wichtigen Grunde rechtfertigen könne, sofern der Verdacht auf Tatsachen gegründet sei und derart schwer wiege, dass ein vernünftiger Dienstherr daraus Misstrauen gegen die Zuverlässigkeit des Dienstverpflichteten schöpfen könne und ihm insofern auf Grund des durch den Verdacht erschütterten Vertrauensverhältnisses die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zuzumuten sei; vgl. BGH v. 13.7.1956 – VI ZR 88/55, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 2 = NJW 1956, 1513.

¹⁷⁵ BGH v. 13.7.1956 – VI ZR 88/55, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 2 = NJW 1956, 1513.

¹⁷⁶ BAG v. 14.12.1956 – 1 AZR 29/55, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 3 = BAGE 3, 332 = NJW 1957, 764.

¹⁷⁷ BAG v. 4.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39 (mit Anm. Herschel) = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7.

¹⁷⁸ BAG v. 24.3.1958 – 2 AZR 587/55, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 5 (mit Anm. Hueck) = BB 1958, 595.

¹⁷⁹ BAG v. 4.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39 (mit Anm. Herschel) = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7.



Wirksamkeit der Verdachtskündigung sei¹⁸⁰. Die Verdachtsmomente müssten aus Sicht vernünftig und gerecht denkender Menschen derart belastend für das Arbeitsverhältnis erscheinen, dass das notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers zerstört sei.

Insofern war das Bestreben des BAG deutlich zu erkennen, bei den Voraussetzungen der Verdachtskündigung zusehends auf „sachlich objektivierbare innere Vorgänge“¹⁸¹ abzustellen, d. h. auf das Vorhandensein von Indizien, die nicht nur subjektiv für den Erklärenden, sondern in gewisser Weise „standardisierbar“ und damit inter-subjektiv vermittelbar von Bedeutung sind. Im Übrigen stellte das BAG klar, dass die Verdachtskündigung auch als fristgerechte Kündigung möglich sein müsse. Würde man nämlich nur eine außerordentliche fristlose Kündigung zulassen, wäre dies eine „Bestrafung“ für den Arbeitgeber, der gerade mit Rücksicht auf Arbeitnehmerinteressen eine Auslaufzeit gewähren wolle¹⁸².

Mit einer weiteren Entscheidung vom 23.2.1961 konkretisierte das BAG seine Rechtsprechung dahingehend, dass nicht nur der Grad des Verdachts schwer wiegen müsse, sondern auch die Straftat oder Pflichtverletzung selbst, derer der Arbeitnehmer verdächtigt sei¹⁸³. Die Straftat oder schwere Pflichtverletzung, auf die sich der Verdacht bezieht, müsse folglich im Falle ihres Nachweises die Kündigung rechtfertigen¹⁸⁴.

In seiner Entscheidung vom 4.6.1964 setzte sich das BAG erstmals grundlegend dogmatisch mit der Rechtsfigur der Verdachtskündigung auseinander¹⁸⁵. Demnach sei eine Verdachtskündigung nur dann rechtmäßig, wenn es gerade der Verdacht eines strafbaren oder vertragswidrigen Verhaltens sei, der das notwendige Vertrauen in den Arbeitnehmer zerstört habe und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem

¹⁸⁰ Ebd.

¹⁸¹ Hahn, S. 12.

¹⁸² BAG v. 4.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39 (mit Anm. Herschel) = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7.

¹⁸³ BAG v. 23.2.1961 – 2 AZR 187/59, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 9 (mit Anm. Hueck) = NJW 1961, 1133 = MDR 1961, 540.

¹⁸⁴ Vgl. Hoefs, S. 37.

¹⁸⁵ BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65.



Arbeitgeber auch nur für eine vorübergehende Zeit unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers nicht mehr zuzumuten sei. Des Weiteren stellte das Gericht zum ersten Mal ausführlich dar, welche Anforderungen an die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung zu stellen seien, und gab damit eine wichtige Hilfestellung für die Praxis¹⁸⁶. Da die Schädigung eines Unschuldigen nach Möglichkeit verhindert werden solle, seien strenge Anforderungen zu stellen¹⁸⁷. So müsse sich der im Raum stehende Verdacht auf objektive Tatsachen stützen und geeignet sein, einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zur Kündigung zu veranlassen. Auf die subjektive Beurteilung des betroffenen Arbeitgebers komme es nicht an. Der Tatverdacht müsse zudem dringend sein. Diese Voraussetzung sei erfüllt, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Täterschaft des verdächtigten Arbeitnehmers spreche¹⁸⁸. Dabei sei bedeutend, ob der verdächtige Arbeitnehmer durch schuldhaftes Verhalten erhebliche Gründe für den Verdacht geschaffen und sich nicht um Aufklärung der ihm zur Last gelegten schwerwiegenden Tat bemüht habe. Der Arbeitgeber habe in jedem Fall alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts zu unternehmen. Dazu gehöre insbesondere auch, dem betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, sich im Rahmen einer Anhörung zu den Vorwürfen ausführlich zu äußern und die Verdachtsgründe so entkräften zu können¹⁸⁹. Sofern nach Aufklärung weiterhin ein auf objektive Tatsachen gestützter dringender Tatverdacht einer Straftat oder schwerwiegenden Verfehlungen gegeben sei, so müsse auch bei der Verdachtskündigung geprüft werden, ob dem Arbeitgeber unter Würdigung aller Umstände die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden könne oder nicht¹⁹⁰.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Verdachtskündigung bejahte das BAG auch in den Folgejahren ausnahmslos. In Bezug auf das Verhältnis der Verdachtskündigung zur Tat Kündigung stellte das BAG klar, dass der Verdacht einer strafbaren Handlung einen gegenüber dem Tatvorwurf eigenständigen Kündigungsgrund darstelle, zu dem entsprechend auch separat der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG angehört werden

¹⁸⁶ Vgl. Anm. Hueck zu BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13, Bl. 950.

¹⁸⁷ BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65.

¹⁸⁸ Ebd.

¹⁸⁹ Ebd.

¹⁹⁰ Ebd.



müsse¹⁹¹. Zudem unterstrich das BAG die Bedeutung der Anhörung des verdächtigten Arbeitnehmers vor Ausspruch der Kündigung. Der Arbeitnehmer müsse zwingend die Möglichkeit erhalten, die Verdachtsgründe zu beseitigen, und es sei ihm dabei auch die Gelegenheit zu geben, Entlastungstatsachen vorzubringen¹⁹². Die Anhörungspflicht wurde zur besonderen Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung erhoben, d. h. im Falle einer schuldhaften Verletzung dieser Anhörungspflicht durch den Arbeitgeber sei die Verdachtskündigung von vorneherein unwirksam¹⁹³.

Auch die weitere, darauf folgende Rechtsprechung des BAG ist geprägt von einer Bestätigung der Zulässigkeit der Verdachtskündigung einerseits, andererseits aber auch einer fortwährenden Weiterentwicklung der an die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung gestellten Anforderungen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann nicht nur eine erhebliche Vertragsverletzung, sondern grundsätzlich auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung einen Kündigungsgrund darstellen¹⁹⁴.

¹⁹¹ BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = NZA 1986, 677.

¹⁹² BAG v. 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 17 = NJW 1986, 3159 = NZA 1986, 674.

¹⁹³ BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 283/86, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 19 = NZA 1987, 699ff.

¹⁹⁴ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 32 = NZA 2000, 418; BAG v. 5.4.2001 – 2 AZR 217/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 34 = NZA 2001, 837; BAG v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 42 = NZA-RR 2008, 344; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.



Aus der sich mittlerweile über mehrere Jahrzehnte erstreckenden Judikatur des BAG zur Zulässigkeit der Verdachtskündigung und deren Wirksamkeitsvoraussetzungen¹⁹⁵ ergibt

¹⁹⁵ Vgl.

- zum dringenden Verdacht einer Pflichtverletzung: BAG v. 26.8.1976 – 2 AZR 377/75, AP BGB § 626 Nr. 68 (mit Anm. Löwisch/Röder) = DB 1977, 544; BAG v. 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 17 = NJW 1986, 3159 = NZA 1986, 674; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137; BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199, 200.
- zur Aufklärungspflicht des Arbeitgebers: BAG v. 8.8.1968 – 2 AZR 348/67, AP BGB § 626 Nr. 57 (mit Anm. Herschel), BAG v. 10.2.1977 – 2 ABR 80/76, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 9 = NJW 1977, 1413; BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = NZA 1986, 677; BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98, AP BGB § 626 BAG Verdacht strafbarer Handlung Nr. 32 = NZA 2000, 418; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; BAG v. 27.3.2003 – 2 AZR 51/02, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 = NZA 2003, 1193; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316.
- zur Anhörungspflicht als formelle Wirksamkeitsanforderung bzw. zu deren Anforderungen und Grenzen: BAG v. 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 17 = NJW 1986, 3159 = NZA 1986, 674; BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 283/86, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 19 = NZA 1987, 699; BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25 = NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540; BAG v. 18.9.1997 – 2 AZR 36/97, AP BGB § 626 Nr. 138 = NJW 1998, 1508 = NZA 1998, 95; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015.
- zur Form der Anhörung: BAG v. 18.9.1997 – 2 AZR 36/97, AP BGB § 626 Nr. 138 = NJW 1998, 1508 = NZA 1998, 95; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809;
- zum Beginn und zur Präklusionswirkung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei der Verdachtskündigung: BAG v. 27.1.1972 – 2 AZR 157/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 2 = NJW 1972, 1486 = MDR 1972, 809; BAG v. 11.3.1976 – 2 AZR 29/75, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 9 (mit Anm. Herschel) = NJW 1976, 1766; BAG v. 12.12.1984 – 7 AZR 575/83, NJW 1985, 3094; BAG v. 10.6.1988 – 2 AZR 25/88, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 20 = NJW 1989, 733 = NZA 1989, 105; BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 31 = NZA 1994, 171 = NJW 1994, 1675; BAG v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 46 = NZA 2006, 101; BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 25/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 45 = DB 2008, 2312; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231;
- zum Verhältnis Verdachtskündigung zur Tatündigung: BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/84, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 41 = NZA 1986, 677; BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Nr. 23 = NZA 1992, 1121; BAG v. 6.12.2001 – 2 AZR 496/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 36 = NZA 2002, 847; BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR



sich weiter, dass eine Verdachtskündigung nur dann vorliegen kann, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung gerade darauf stützt, dass auf Grund des Verdachts eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört sei¹⁹⁶. Der Verdacht muss daher ein schweres, für das Arbeitsverhältnis erhebliches Fehlverhalten betreffen, d. h. der Verdacht muss auf eine Handlung gerichtet sein, die eine Kündigung rechtfertigte, wenn diese denn erwiesen wäre¹⁹⁷. Des Weiteren muss der Verdacht objektiv durch bestimmte, im Zeitpunkt der Kündigung vorliegende Tatsachen begründet sein, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können¹⁹⁸. Die Tatsachen müssen geeignet sein, das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Rechtschaffenheit des Arbeitnehmers zu erschüttern oder zu zerstören, oder auf andere Weise eine unzumutbare Belastung des Arbeitsverhältnisses darstellen¹⁹⁹.

Die subjektive Wertung des Arbeitgebers ist folglich irrelevant, bloß auf Vermutungen gestützte Verdächtigungen genügen keinesfalls²⁰⁰. Weiter muss der Verdacht dringend sein, d. h. es muss eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der gekündigte Arbeitnehmer die Straftat oder die schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat²⁰¹.

474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

Ausführlich zu den einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Verdachtskündigung s. Teil C.

¹⁹⁶ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.

¹⁹⁷ BAG v. 23.2.1961 – 2 AZR 187/59, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 9 (mit Anm. Hueck) = NJW 1961, 1133 = MDR 1961, 540.

¹⁹⁸ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056; BAG v. 12.5.2010 – 2 AZR 587/08, AP KSchG § 15 Nr. 67 = NZA-RR 2011, 15 = Lingemann, ArbRAktuell 2010, 628.

¹⁹⁹ BAG v. 5.4.2001 – 2 AZR 217/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 34 = NZA 2001, 837.

²⁰⁰ BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782.

²⁰¹ BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr.



Außerdem muss der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen haben, insbesondere dem Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben²⁰². Die vorherige Anhörung des verdächtigten Arbeitnehmers ist dabei formelle Wirksamkeitsvoraussetzung einer jeden Verdachtskündigung²⁰³.

Der Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer schwerwiegenden Pflichtverletzung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Vertragspartner habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Bei der Tatkündigung ist nämlich für den Kündigungsentschluss ausschlaggebend, dass der Arbeitnehmer die Straftat oder Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat, der Vertrauensverlust also eine nachweisbare, nachvollziehbare Grundlage hat und aus diesem Grunde die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist²⁰⁴.

Unter diesen engen Anforderungen²⁰⁵, die der Gefahr, dass ein Unschuldiger von der Kündigung betroffen wird²⁰⁶, entgegenwirken sollen²⁰⁷, bejaht das BAG die Zulässigkeit und die Wirksamkeit der Verdachtskündigung sowohl als außerordentliche wie

40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; BAG v. 12.5.2010 – 2 AZR 587/08, AP KSchG § 15 Nr. 67 = NZA-RR 2011, 15 = Lingemann, ArbRAktuell 2010, 628; BAG v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA-RR 2012, 222 = ArbRB 2011, 167 = PR 2011, 268 = Straube, ArbRAktuell 2011, 220.

²⁰² BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/08, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.

²⁰³ BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25 = NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.

²⁰⁴ Vgl. BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Nr. 23 = NZA 1992, 1121; BAG v. 6.12.2001 – 2 AZR 496/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 36 = NZA 2002, 847; BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

²⁰⁵ Vgl. Teil C.

²⁰⁶ Vgl. BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; zuletzt BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.

²⁰⁷ Ob die Rspr. bei der Bejahung der Zulässigkeit der Verdachtskündigung ein „schlechtes Gewissen“ hat, so Preis, AuR 2010, 186, sei dahin gestellt.



auch als ordentliche²⁰⁸ Kündigung. Zuletzt präzisierte das BAG die Anforderungen an eine ordentliche Verdachtskündigung in der Weise, dass eine Verdachtskündigung als ordentliche Kündigung nur sozial gerechtfertigt sei, wenn Tatsachen angenommen werden, die bei ihrem Vorliegen eine außerordentliche fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten²⁰⁹. An die ordentliche Verdachtskündigung sind folglich keine geringeren Voraussetzungen zu stellen²¹⁰.

Auch das BVerfG erkennt die Rechtsfigur der Verdachtskündigung an und hat offenbar keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Anwendung dieses Instituts. Denn mit seinen Entscheidungen vom 4.11.2008²¹¹ und vom 15.12.2008²¹² hat das BVerfG die Rechtsprechung des BAG zur Verdachtskündigung zumindest mittelbar gebilligt²¹³ bzw. dieser nicht widersprochen²¹⁴.

3. Das Meinungsspektrum in der Literatur

Seit Beginn ihrer Anwendung ist das Institut der Verdachtskündigung und insbesondere die Frage nach ihrer Zulässigkeit Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Arbeiten²¹⁵. Während die herrschende Meinung in der Literatur²¹⁶ sich der Auffassung des BAG angeschlossen hat und unter den aufgestellten strengen Voraussetzungen die Verdachtskündigung sowohl als außerordentliche fristlose als auch als ordentliche

²⁰⁸ Vgl. bspw. BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604; BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056; BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307.

²⁰⁹ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243; BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307; vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 470.

²¹⁰ Gatz, GWR 2014, 112.

²¹¹ Unausgesprochen unterstellt in: BVerfG v. 4.11.2008 – 1 BvR 2587/06, NZA 2009, 53.

²¹² BVerfG v. 15.12.2008 – 1 BvR 374/09 Rn. 12, BVerfGK 14, 507 = BeckRS 2011, 87024.

²¹³ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 394.

²¹⁴ Kreft, NZA 2012, Beilage 2, 64, 65.

²¹⁵ S. hierzu z. B. die Dissertationen von Strobel, vom Stein, Egli, Hoefs, Hahn, Ebeling, Schlegel und Raif.

²¹⁶ Vgl. KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 221 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; daneben noch Preis, AuR 2010, 242 ff.; Lunk, NJW 2010, 2753; Walker NZA 2011, 1.



Kündigung für zulässig erachtet, gab und gibt es durchaus Stimmen, die dem Rechtsinstitut der Verdachtskündigung sehr kritisch gegenüber stehen²¹⁷.

Nach den ersten Entscheidungen des BAG, den Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schweren Verfehlung arbeitsvertraglicher Pflichten als Kündigungsgrund zuzulassen, folgten sogleich die ersten Bedenken in der Literatur²¹⁸ dahingehend, dass nicht jeder Verdacht eine Kündigung rechtfertigen könne, sondern es auf die Intensität und die Herkunft des Verdachts ankommen müsse²¹⁹. Mit Blick auf die Anforderungen im Strafverfahren könne es in nicht seltenen Fällen dazu kommen, dass das Arbeitsgericht einen schweren Tatverdacht noch bejahen müsse, nachdem die Staatsanwaltschaft das Verfahren aber bereits mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt habe²²⁰. Diese Spaltung lasse Zweifel an der Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze aufkommen, da jeder solange als unschuldig gelten müsse, bis er durch ein rechtskräftiges Urteil eines ordentlichen Gerichts für schuldig befunden worden sei²²¹. Es müsse vielmehr regelmäßig dem Arbeitgeber zuzumuten sein, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer fortzuführen, der sich nichts Beweisbares hat zuschulden kommen lassen²²². Der Verdacht als solcher könne kein materiell-rechtlicher Kündigungsgrund sein, denn Kündigungsgründe könnten nur erwiesene Tatsachen sein²²³. Vertreten wurde auch, dass der Anwendungsbereich der Verdachtskündigung auf die Fälle beschränkt sein müsse, in denen der Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensstellung einnehme, sei es dass sich diese aus der Eigenart des Betriebs oder aus der hervorgehobenen Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb ergebe²²⁴.

²¹⁷ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17 ff.; Kittner, Anm. zu BAG 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, EzA § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung Nr. 4; Dörner, NZA 1992, 865 ff.; Dörner AiB 1993, 147; Dörner, NZA 1993, 873 ff.; Naujok, AuR 1998, 398 ff.; Deinert, AuR 2005, 285 ff.; Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 1609 ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 152; Kittner/Zwanziger/Deinert/Appel, § 77 Rn. 31; APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 374 ff.

²¹⁸ Übersicht über Stand der Meinungen zur Verdachtskündigungen bis 1964 bei Heilmann, S. 17 ff.

²¹⁹ Vgl. Monjau, DB 1960, 1067, 1068f.

²²⁰ Joachim, AuR 1964, 33, 38.

²²¹ Ebd.

²²² Joachim, AuR 1964, 33, 38, der abschließend vorschlägt „Werfen wir lieber das Scheusal Verdachtskündigung in die Wolfsschlucht“.

²²³ Vgl. Grunsky, ZfA 1977, 167, 186, der daher nur die Tatündigung zulassen will. Allerdings trage nicht stets der Arbeitgeber die Beweislast für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes. Vielmehr genüge im Ausnahmefall nach Billigkeitsgesichtspunkten ein „non liquet“, so dass das Risiko der Unaufklärbarkeit der Tat im Einzelfall beim Arbeitnehmer liege.

²²⁴ Moritz, NJW 1978, 402.



Nachdem die Kritiker zunächst nicht durchgedrungen waren und die Verdachtskündigung in ihrem Kern weitgehend unangefochten blieb, flammte die Diskussion über die Zulässigkeit des Rechtsinstituts in den neunziger Jahren erneut auf. In mehreren Beiträgen²²⁵ wurde vehement vertreten, dass die Rechtsfigur der Verdachtskündigung sowohl aus rechtsstaatlichen bzw. verfassungsrechtlichen als auch aus dogmatischen Gründen abzulehnen sei. Bei der Verdachtskündigung handle es sich nämlich um eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung, die entgegen dem gesetzgeberischen Willen die Darlegungs- und Beweislast vom Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer verlagere²²⁶. Eine Regelungslücke sei nicht gegeben, da der Gesetzgeber mit dem Stufengefüge in den §§ 626 BGB, 1 KSchG und 9 KSchG den Bestandsschutzkonflikt zwischen den Arbeitsvertragsparteien in Bezug auf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen umfassend und abschließend geregelt habe²²⁷. Darüber hinausgehend werde der Grundsatz der Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK missachtet, wenn allein ein Verdacht genüge, um eine Kündigung zu rechtfertigen²²⁸. Die Abschaffung der Verdachtskündigung sei demzufolge „ein Gewinn für Recht und Gesetz“²²⁹. Insofern produziere die Rechtsfigur der Verdachtskündigung ein unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unhaltbares Ergebnis²³⁰.

Mit dieser im Folgenden noch ausführlich zu beleuchtenden Kritik an der Verdachtskündigung hält eine Mindermeinung in der Literatur die Rechtsfigur nach wie vor für unzulässig. Bedeutende, wohl unerwartete Unterstützung haben die Kritiker kürzlich durch die Politik erhalten.

²²⁵ Vgl. Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17 ff.; Dörner, NZA 1992, 865 ff.; Dörner, NZA 1993, 873 ff.; Naujok, AuR 1998, 398 ff.

²²⁶ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 21; zuvor schon Grunsky, ZfA 1977, 167 ff.

²²⁷ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 21; Dörner, NZA 1993, 873, 877; auch APS/ Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 374a.

²²⁸ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 21; Dörner, NZA 1992, 865, 866; so später auch Deinert, AuR 2005, 285, 291; Kittner/Zwanziger/Deinert/Appel § 77 Rn. 31; APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 374 ff.; wohl auch Buschmann, Anm. zu LAG Berlin-Brandenburg v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08 – AuR 2009, 220.

²²⁹ Naujok, AuR 1998, 398, 402.

²³⁰ Dörner, NZA 1993, 873, 875.



4. Gesetzentwürfe zur Einschränkung bzw. zum Verbot der Verdachtskündigung²³¹

Im Zuge der durch den Fall „Emmely“²³² sowie durch andere Fälle der jüngeren Vergangenheit²³³ ausgelösten Debatte über die Zulässigkeit von sog. Bagatellkündigungen, denen zufolge Vermögens- und Eigentumsdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers auch bei geringwertigem Schaden grundsätzlich für eine Kündigung aus wichtigem Grund geeignet sein sollen, ist die Diskussion über die Zulässigkeit der Verdachtskündigung neu entfacht worden²³⁴. Schließlich ist im Fall „Emmely“ die Kündigung ausdrücklich auf den Verdacht gestützt worden, die Arbeitnehmerin habe pflichtwidrig von Kunden zurückgelassene Pfandbons eingelöst. Dieser dringende Verdacht habe das Vertrauen in die Arbeitnehmerin zerstört²³⁵.

Unmittelbar nachdem das LAG Berlin-Brandenburg²³⁶ im Fall „Emmely“ die erstinstanzliche, die Kündigungsschutzklage abweisende Entscheidung des ArbG Berlin²³⁷ bestätigt hatte und diese Entscheidung nicht zuletzt von der Politik breit und heftig in der medialen Öffentlichkeit diskutiert wurde, forderte die Bundestagsfraktion DIE LINKE mittels eines in den Deutschen Bundestag eingebrachten Antrags einen gesetzlichen Ausschluss der Verdachtskündigung²³⁸. Mit der Verdachtskündigung sei durch richterliche Rechtsfortbildung eine Kündigungsart geschaffen worden, die eine einseitige Risikoverlagerung zu Lasten der ohnehin schon benachteiligten Arbeitnehmer vornehme und ausschließlich Arbeitgeberinteressen schütze. Die Verdachtskündigung stehe im Widerspruch zur sozialen Schutzfunktion des Kündigungsschutzrechts und stelle einen unangemessenen sowie unzumutbaren Eingriff in die Rechtsstellung der

²³¹ S. zu den Gesetzentwürfen auch: Düwell, FA 2010, 108; Binkert, NZA 2010, 433; Lunk, NJW 2010, 2753.

²³² BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227.

²³³ z. B. Verzehr bzw. Mitnahme von Maultaschen (ArbG Lörrach v. 16.10.2009 – 4 Ca 248/09, BeckRS 2009, 73041, Rechtsstreit verglichen in der Berufungsinstanz am 30.3.2010, LAG Baden-Württemberg – 9 Sa 75/09), Brotaufstrich (LAG Hamm v. 18.9.2009 – 13 Sa 640/09, BB 2009, 2141), Mitnahme eines Kinderreisebetts (LAG Baden-Württemberg v. 10.2.2010 – 13 Sa 59/09, BeckRS 2010, 66411) sowie unberechtigte Einlösung einer Essensmarke (ArbG Reutlingen v. 11.5.2010 – 2 Ca 601/09, AE 2011, 29).

²³⁴ Rost, MLR 2011, 8.

²³⁵ Vgl. Keiser, JR 2010, 55.

²³⁶ LAG Berlin-Brandenburg v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188.

²³⁷ ArbG Berlin v. 21.8.2008 – 2 Ca 3632/08, BeckRS 2009, 64609.

²³⁸ Vgl. BT-Drucksache 16/13383, Antrag der Fraktion DIE LINKE vom 17.6.2009, Unschuldsvermutung muss auch im Arbeitsrecht gelten – Verdachtskündigung gesetzlich ausschließen.

Arbeitnehmer dar. Die Unschuldsvermutung müsse auch im Arbeitsrecht gelten. „Emmely“ sei das „jüngste Opfer“ dieser Rechtsprechung zur Verdachtskündigung²³⁹. Diese Schlussfolgerung ist besonders bemerkenswert, weil das LAG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung feststellte, dass „Emmely“ die ihr vorgeworfenen Handlungen tatsächlich begangen hatte. Insofern ging das LAG also von einer Tatündigung und eben nicht von einer Verdachtskündigung aus²⁴⁰. Gleichwohl blieb DIE LINKE bei ihrer Forderung und untermauerte diese mit einem in der nächsten Wahlperiode eingebrachten Gesetzentwurf zum Verbot der Verdachtskündigung²⁴¹.

In ihrem ebenfalls im Rahmen der Diskussion um „Emmely“ eingebrachten „Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Schutz vor Kündigungen wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens)“ setzte sich auch die SPD-Bundestagsfraktion mit der Verdachtskündigung auseinander²⁴². Im Gegensatz zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE sah der Gesetzentwurf der SPD aber kein gänzlich Verbot der Verdachtskündigung vor. Vielmehr sollte der Anwendungsbereich der Verdachtskündigung insoweit eingeschränkt werden, als dass die Verdachtskündigung im Bereich von Bagatelldelikten nicht mehr angewendet werden sollte²⁴³. Auch die Fraktion BÜNDNIS‘90/DIE GRÜNEN mahnte wegen „Emmely“ gesetzgeberischen Handlungsbedarf an. Ihr Antrag²⁴⁴ hatte aber nicht die Verdachtskündigung zum Gegenstand²⁴⁵.

²³⁹ Ebd., S. 1.

²⁴⁰ Vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 24.9.2009 – 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188; Alt, S. 108.

²⁴¹ Vgl. BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten.

²⁴² Vgl. BT-Drucksache 17/648, Gesetzentwurf der Fraktion der SPD vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Schutz vor Kündigungen wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens).

²⁴³ Ebd., S. 3.

²⁴⁴ Vgl. BT-Drucksache 17/1986, Antrag der Fraktion BÜNDNIS‘90/DIE GRÜNEN vom 9.6.2010, Ungerechtigkeiten bei Bagatellkündigungen korrigieren – Pflicht zur Abmahnung einführen.

²⁴⁵ Der Antrag sah vielmehr vor, den Schutz der Arbeitnehmer vor Kündigung wegen eines geringfügigen wirtschaftlichen Schadens durch Einführung einer Pflicht zur vorherigen Abmahnung auszuweiten.

a) *Gesetzentwurf der SPD-Fraktion*²⁴⁶

Dem Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion war eine Bezugnahme auf die Verdachtskündigung direkt nicht zu entnehmen. Allerdings wurde bereits beim Problemaufriss von der SPD klargestellt, dass die hier vorgeschlagene Neuregelung des § 1 Abs. 3 KSchG²⁴⁷, wonach vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung bei Delikten mit nur geringem wirtschaftlichem Schaden in der Regel eine vorherige Abmahnung erforderlich sei²⁴⁸, voraussetze, dass „das rechtlich umstrittene, gesetzlich nicht geregelte Institut der „Verdachtskündigung“ wegen seiner Systemwidrigkeit im Bereich von „Bagatelldelikten“ nicht angewendet“ werde²⁴⁹. Denn sofern eine Tat Kündigung ausgeschlossen werde, schließe dies erst recht die Verdachtskündigung aus. Wenn also ein Arbeitnehmer im Verdacht stehe, erstmalig eine Straftat oder eine andere Vertragsverletzung begangen zu haben, bei der ein nicht ins Gewicht fallender wirtschaftlicher Schaden entstanden ist, sollte es nach dem Willen der SPD regelmäßig keine Folgen für den Arbeitnehmer geben²⁵⁰. Sofern sich der Verdacht in einem Strafverfahren bestätige, könne immer noch eine Abmahnung ausgesprochen werden²⁵¹.

²⁴⁶ Vgl. BT-Drucksache 17/648, Gesetzentwurf der Fraktion der SPD vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Schutz vor Kündigungen wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens).

²⁴⁷ Der vorgeschlagene, „neue“ § 1 Abs. 3 KSchG lautet: „Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers ist in der Regel sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht mindestens einmal wegen einer vergleichbaren schuldhaften Pflichtverletzung darauf hingewiesen worden ist, dass im Wiederholungsfall der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (Abmahnung). Das gilt auch bei einer gegen das Eigentum oder Vermögen des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin gerichteten Handlung, wenn der wirtschaftliche Schaden nicht ins Gewicht fällt; auf die Strafbarkeit der Handlung kommt es nicht an.“ Weiter sah der Gesetzentwurf vor, in § 626 Abs.1 BGB und in § 22 Abs. 2 BBiG jeweils einen neuen Satz aufzunehmen, wonach der „neue“ § 1 Abs. 3 KSchG entsprechend gelte, vgl. BT-Drucksache 17/648, S. 4.

²⁴⁸ Dieses Abmahnungserfordernis würde nach Ansicht der SPD-Fraktion dem Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes besser Geltung verschaffen und Wertungswidersprüche zu anderen Rechtsgebieten beseitigen. Bei einer nur einmaligen Vertragsverletzung spreche nämlich eine Vermutung dafür, dass das gestörte Vertrauen wieder hergestellt werden könne, vgl. BT-Drucksache 17/648, S. 3. Diese Wertungswidersprüche zu anderen Rechtsgebieten sieht im Übrigen auch Düwell, FA 2010, 108, 109 als gegeben an und verweist dabei auf die ständige Rechtsprechung des BVerwG im Disziplinarrecht für Beamte und Beamtinnen, wonach bei Eigentums- und Vermögensdelikten eine „Bagatellgrenze“ angenommen werde.

²⁴⁹ BT-Drucksache 17/648, S. 3.

²⁵⁰ Ebd., S. 5.

²⁵¹ Ebd., S. 5.



Zusammenfassend sah der Gesetzentwurf direkt keine Regelung in Bezug auf die Verdachtskündigung vor. Allerdings hätte die Neuregelung des § 1 Abs. 3 KSchG und der damit verbundene Ausschluss einer Tat Kündigung zwangsläufig auch die Nichtanwendbarkeit des Instituts der Verdachtskündigung bei Straftaten und Pflichtverletzungen mit jeweils nur geringem wirtschaftlichem Schaden zur Folge gehabt²⁵².

b) *Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE*²⁵³

Der Titel des Gesetzentwurfes der Bundestagsfraktion DIE LINKE, „Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten“, lässt schon direkt die Kernpunkte des Entwurfs erkennen. Mit der Einführung der „neuen“ § 1 Abs. 3 KSchG²⁵⁴ und § 626 Abs. 3 BGB²⁵⁵ sollte für die Wirksamkeit einer Kündigung²⁵⁶, die darauf beruht, dass ein Arbeitnehmer oder ein zur Dienstleistung Verpflichteter²⁵⁷ auf geringwertige²⁵⁸ Gegenstände bezogene Eigentums- oder Vermögensdelikte begangen hat, erforderlich sein, dass zuvor eine Abmahnung erteilt worden war²⁵⁹. Zum anderen sollte die Rechtsunwirksamkeit einer Verdachtskündigung gesetzlich geregelt werden.

²⁵² Düwell, FA 2010, 108, 109.

²⁵³ Vgl. BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten. Kritisch hierzu Binkert, NZA 2010, 433, 436; Lunk, NJW 2010, 2753, 2758.

²⁵⁴ Der vorgeschlagene, „neue“ § 1 Abs. 3 KSchG lautet: „Eine Kündigung ist ohne vorherige Abmahnung nicht durch Gründe in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers bedingt, soweit der Arbeitnehmer Eigentums- oder Vermögensdelikte begangen hat und diese sich auf geringwertige Gegenstände bezogen haben.“, vgl. BT-Drucksache 17/649, S. 3.

²⁵⁵ Der vorgeschlagene, „neue“ § 626 Abs. 3 BGB lautet: „Die Fortsetzung des Dienstverhältnisses ist ohne vorherige Abmahnung zumutbar, soweit der zur Dienstleistung Verpflichtete Eigentums- oder Vermögensdelikte begangen hat und diese sich auf geringwertige Gegenstände bezogen haben.“, vgl. BT-Drucksache 17/649, S. 3.

²⁵⁶ Der Entwurf sah in Art. 3 auch eine Änderung des Berufsbildungsgesetzes dahingehend vor, dass in § 22 Abs. 2 Nr. 1 die Wörter „aus einem wichtigen Grund ohne Einhalten einer Kündigungsfrist“ durch die Wörter „entsprechend § 626 BGB“ ersetzt werden.

²⁵⁷ Im Gegensatz zum SPD-Entwurf wollte die Fraktion DIE LINKE das Abmahnungserfordernis folglich nicht nur für das Arbeitsverhältnis sondern auch für das Dienstverhältnis einführen

²⁵⁸ Was als „geringwertig“ zu verstehen ist, ist der Gesetzentwurfsbegründung zu entnehmen, wonach als Maßstab die Geringwertigkeit im Sinne des § 248a StGB herangezogen wird, vgl. BT-Drucksache 17/649, S. 6.

²⁵⁹ Die Einführung dieses Abmahnungserfordernisses sei nach Auffassung der Fraktion DIE LINKE erforderlich, da die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte gerade bei von Arbeitnehmern begangenen Eigentums- und Vermögensdelikten den Anforderungen einer Interessenabwägung nach verfassungs-



Während der Vorschlag der SPD – wie gesehen – keine direkte gesetzliche Regelung der Verdachtskündigung enthielt, wollte die Fraktion DIE LINKE mit ihrem Gesetzentwurf ein Verbot der Verdachtskündigung durchsetzen. Nach den vorgeschlagenen neuen § 1 Abs. 4 KSchG²⁶⁰ und § 626 Abs. 4 BGB²⁶¹ sollten demnach Kündigungen jeweils unwirksam sein, wenn die Gründe auf einem Verdacht beruhten. Auch bei der Verdachtskündigung sei nämlich zum einen zweifelhaft, ob das nur schwer fassbare „Vertrauen“ des Arbeitgebers in den Arbeitnehmer überhaupt Anknüpfungspunkt der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung sein könne²⁶². Zum anderen würden aber auch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, ob die Gerichte mit dem Institut der Verdachtskündigung nicht die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschritten hätten²⁶³. Zweifelhaft sei demnach schon, ob der „Verdacht einer Pflichtverletzung“ so einfach unter den Wortlaut der §§ 626 BGB, 1 KSchG subsumiert werden könne. Kritisiert wurde weiter, dass die Verdachtskündigung die Darlegungs- und Beweislast umkehre, da der Gekündigte die Nichtbegehung der ihm vorgeworfenen Pflichtverletzungen darzulegen und zu beweisen habe. Außerdem spreche auch die Systematik der Auflösungsregelungen der §§ 9, 13 KSchG gegen das Institut der Verdachtskündigung²⁶⁴.

rechtlichen Vorgaben sowie der Berücksichtigung des Ultima-ratio-Prinzips als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bis auf wenige Ausnahmen nicht mehr gerecht würde. Trotz vermeintlicher Abwägung der Einzelfallumstände sei als Ergebnis nämlich die irreparable Zerstörung des Vertrauens des Arbeitgebers und damit die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses festgestellt worden. Als „Ausnahmen“ werden im Entwurf das Urteil des ArbG Hamburg v. 25.9.2002 – 21 Ca 425/02, AuR 2002, 475 sowie der Beschluss des LAG Köln v. 16.12.2008 – 9 Ta 474/08, AuR 2009, 104 genannt, vgl. BT-Drucksache 17/649, S. 5.

²⁶⁰ Der vorgeschlagene, „neue“ § 1 Abs. 4 KSchG lautet: „Eine Kündigung ist rechtsunwirksam, wenn die Gründe in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers auf einem Verdacht beruhen.“, vgl. BT-Drucksache 17/649, S. 3.

²⁶¹ Der vorgeschlagene, „neue“ § 626 Abs. 4 BGB lautet: „Die Kündigung ist rechtsunwirksam, wenn der wichtige Grund auf einem Verdacht beruht.“, vgl. BT-Drucksache 17/649, S. 3.

²⁶² BT-Drucksache 17/649, S. 5.

²⁶³ Ebd.

²⁶⁴ Denn diese Normen würden zeigen, dass auch über die zulässigen Möglichkeiten der Kündigung hinaus Gründe vorliegen können, die eine Auflösung erforderlich machen würden. Dies erfordere eine weitere Abwägung und führe zu einem Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers. Entsprechend könne man die Konstellation der Verdachtskündigung zwanglos unter diese Normen subsumieren. Mit der Verdachtskündigung selbst erweitere man aber die Kündigungsmöglichkeiten entgegen bereits bestehender gesetzlicher Regelungen, vgl. BT-Drucksache 17/649, S. 6.

Aufbauend auf ihrem bereits in der 16. Wahlperiode eingebrachten Antrag zum gesetzlichen Ausschluss der Verdachtskündigung²⁶⁵ erneuerte die Bundestagsfraktion DIE LINKE mit dem nun in der 17. Wahlperiode vorgelegten Gesetzentwurf also ihre Forderung nach einer Abschaffung der Verdachtskündigung durch den Gesetzgeber.

c) Die parlamentarische Beratung und die Ablehnung der Gesetzentwürfe

Im Rahmen der anschließenden parlamentarischen Beratung der Gesetzentwürfe der SPD-Fraktion und der Fraktion DIE LINKE wurden nach Verweisung der Entwürfe in den zuständigen Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages dort zunächst schriftliche Stellungnahmen von Sachverständigen eingeholt²⁶⁶ und diese sodann öffentlich angehört²⁶⁷.

Dabei wies die Bundesrechtsanwaltskammer das von der Fraktion DIE LINKE geforderte Verbot der Verdachtskündigung zurück. Eine Abschaffung der Verdachtskündigung sei nicht geboten. Denn die bisherige „sehr, sehr strikte“ Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Verdachtskündigung schütze den Arbeitnehmer ausreichend²⁶⁸. So müsse der Verdacht einer schweren Pflichtverletzung oder Straftat auf objektiven Tatsachen und eben gerade nicht auf einseitiger und subjektiver Wertung des Arbeitgebers beruhen. Zudem habe der Arbeitnehmer im Rahmen der als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung erforderlichen Anhörung ausreichend Gelegenheit, den Verdacht zu entkräften²⁶⁹.

²⁶⁵ Vgl. BT-Drucksache 16/13383, Antrag der Fraktion DIE LINKE vom 17.6.2009, Unschuldsvermutung muss auch im Arbeitsrecht gelten – Verdachtskündigung gesetzlich ausschließen.

²⁶⁶ Ausschussdrucksache 17 (11) 211 vom 25.6.2010.

²⁶⁷ Vgl. Wortprotokoll des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 24. Sitzung vom 28.6.2010, Protokoll 17/24 (752 – 2401), S. 339 ff.

²⁶⁸ Boudon in Wortprotokoll des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 24. Sitzung vom 28.6.2010, Protokoll 17/24 (752 – 2401), S. 339, 342.

²⁶⁹ Bundesrechtsanwaltskammer in Ausschussdrucksache 17 (11) 181 vom 25.6.2010, S. 5.



Auch die Vertreter des Handelsverbands Deutschland²⁷⁰ und der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände²⁷¹ sprachen sich klar für den Erhalt der Verdachtskündigung aus. Die Verdachtskündigung sei keine Strafe, sondern basiere darauf, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch einen sehr dringenden Verdacht erheblich gestört bzw. gar zerstört sei. Hier müsse die Verdachtskündigung möglich bleiben²⁷². Entgegen der Auffassung der Fraktion DIE LINKE komme es auch nicht zu einer Beweislastumkehr, da der Arbeitgeber Erhebliches vorzutragen und glaubhaft zu machen sowie im Bestreitensfall auch zu beweisen habe, welche Umstände für die Täterschaft des Arbeitnehmers sprächen²⁷³.

Gleichermaßen lehnte der Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit in seiner Stellungnahme ein gesetzliches Verbot der Verdachtskündigung ab. Der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE verkenne die Systematik des Kündigungsrechts. Denn eine Kündigung erfolge niemals als Sanktion für ein vergangenes Verhalten des Arbeitnehmers. Vielmehr gehe es darum, ob in Zukunft Störungen im Arbeitsverhältnis zu erwarten seien, und solche Störungen seien auch dann möglich, wenn der dringende Verdacht bestehe, dass der Arbeitnehmer Straftaten begangen habe und wieder begehen werde²⁷⁴. Soweit der Entwurf der Fraktion DIE LINKE davon ausgehe, dass ein beliebiger Verdacht für den Ausspruch einer Kündigung genüge, so sei dem entgegen zu halten, dass dies gerade nicht der Fall sei. Erforderlich sei nämlich, dass der Verdacht „dringend“ sei, sprich dass für einen verständigen Arbeitgeber sich die Pflichtverletzung durch den gekündigten Arbeitnehmer geradezu aufdränge²⁷⁵. Zu einer Umkehr der Beweislast komme es außerdem nach der derzeitigen Systematik des Kündigungsrechts gerade nicht, da der Arbeitgeber im Prozess die den Verdacht

²⁷⁰ Vgl. Jöris in Wortprotokoll des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 24. Sitzung vom 28.6.2010, Protokoll 17/24 (752 – 2401), S. 339, 342.

²⁷¹ Vgl. Wolf in Wortprotokoll des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 24. Sitzung vom 28.6.2010, Protokoll 17/24 (752 – 2401), S. 339, 342.

²⁷² Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände in Ausschussdrucksache 17 (11) 214 vom 22.6.2010, S. 17.

²⁷³ Wolf in Wortprotokoll des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 24. Sitzung vom 28.6.2010, Protokoll 17/24 (752 – 2401), S. 339, 342.

²⁷⁴ Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit in Ausschussdrucksache 17 (11) 212 vom 25.6.2010, S. 13, d.

²⁷⁵ Ebd., S. 13, e.

begründenden Tatsachen im Einzelnen darzulegen und im Streitfall zu beweisen habe²⁷⁶.

Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) dagegen wiederholte in seiner Stellungnahme seine in den Medien bereits von führenden Funktionären²⁷⁷ vertretene Auffassung, wonach es rechtsdogmatisch falsch sei, den bloßen Verdacht einer Vertragsverletzung zur Begründung einer Kündigung ausreichen zu lassen. Denn damit werde das Prinzip des Kündigungsschutzrechts, wonach der Arbeitgeber die Kündigungsgründe darzulegen und zu beweisen habe, praktisch umgekehrt²⁷⁸. Insofern unterstütze man den Vorschlag der Fraktion DIE LINKE, die Verdachtskündigung grundsätzlich auszuschließen²⁷⁹.

Nach Auffassung des als Sachverständigen hinzugezogenen Vorsitzenden Richter am LAG Berlin-Brandenburg *Achim Klueß* dürfte die vorgeschlagene Abschaffung der Verdachtskündigung zu keinen großen Veränderungen führen, da schon jetzt die Gerichte überwiegend von einer Tat Kündigung ausgingen²⁸⁰.

Die Gesetzentwürfe wurden nach Anhörung der Sachverständigen in der Folge abschließend im Ausschuss für Arbeit und Soziales beraten. Während die SPD-Fraktion sowie die Fraktion DIE LINKE an ihren jeweiligen Entwürfen festhielten und den jeweils anderen Entwurf im Hinblick auf den Ausschluss der Verdachtskündigung als zu weitreichend bzw. gerade nicht weitreichend genug bezeichneten, sahen CDU/CSU und FDP überhaupt keinen Reformbedarf²⁸¹. Ein Verbot der Verdachtskündigung sei nicht überzeugend, da dieser Bereich bereits sinnvoll geregelt sei²⁸². Die Fraktion BÜNDNIS'90/DIE GRÜNEN sah für sich eine größere Übereinstimmung mit dem SPD-Entwurf, dem Entwurf der Fraktion DIE LINKE könne man wegen der zu

²⁷⁶ Ebd., S. 13, e.

²⁷⁷ Maier, FR vom 25.2.2009, <http://www.fr-online.de/wirtschaft/interview-mit-doro-zinke--eine-riesenschweine-1472780,3337468.html>; Vgl. auch Perreng, Einblick 14/09, S. 7.

²⁷⁸ So auch Hopmann in Wortprotokoll des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 24. Sitzung vom 28.6.2010, Protokoll 17/24 (752 – 2401), S. 339, 347.

²⁷⁹ Deutscher Gewerkschaftsbund in Ausschussdrucksache 17 (11) 210 vom 25.6.2010, S. 11, 12.

²⁸⁰ Klueß in Ausschussdrucksache 17 (11) 208 vom 22.6.2010, S. 20.

²⁸¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, Drucksache 17/4281 vom 17.12.2010, S. 7.

²⁸² Ebd., S. 7.



weitgehenden Regelung bezüglich der Verdachtskündigung nicht zustimmen²⁸³. Mit der Stimmenmehrheit der Regierungsfractionen CDU/CSU und FDP wurde schließlich beschlossen, dem Deutschen Bundestag zu empfehlen, die Gesetzentwürfe der SPD-Fraktion und der Fraktion DIE LINKE jeweils abzulehnen²⁸⁴, was dieser sodann, ebenfalls mit den Stimmenmehrheiten der Regierungsfractionen, auch tat²⁸⁵. Die Verdachtskündigung kann somit weiterhin angewandt werden.

5. Zur Kritik an der Zulässigkeit der Verdachtskündigung

Gegen die Zulässigkeit der Rechtsfigur der Verdachtskündigung, die sowohl vom BAG in gefestigter Rechtsprechung als auch von der herrschenden Lehre²⁸⁶ angenommen wird, werden Einwände erhoben, die aktuell im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens erneuert wurden.

a) Rechtsfigur der Verdachtskündigung als unzulässige Rechtsfortbildung?

Gegen die Zulässigkeit einer Verdachtskündigung wird zunächst eingewandt, dass es ihr an einer Rechtsgrundlage fehle²⁸⁷. Denn unter Heranziehung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze lasse sich die Rechtsfigur nicht aus § 626 BGB ableiten. Diese Vorschrift setze nämlich beweisbare Tatsachen voraus. Weder ein auch durch objektive Tatsachen begründeter Verdacht an sich noch ein vermeintlicher Vertrauensverlust seien aber Tatsachen. Der Verdacht an sich sei schließlich nur eine sich ergebende Schlussfolgerung und das vermeintlich gestörte Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Redlichkeit des Arbeitnehmers sei lediglich die Motivation für den Beendigungswillen, an der Tatsachenqualität fehle es aber beiden²⁸⁸. Zudem diene nach der gesetzlichen Lage der Tatverdacht in der Regel lediglich dazu, ein Verfahren zur Aufklärung von

²⁸³ Ebd., S. 8.

²⁸⁴ Ebd., S. 3.

²⁸⁵ Vgl. Stenografischer Bericht, 99. Sitzung des Deutschen Bundestages, 24.3.2011, S. 11397.

²⁸⁶ Vgl. KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 221 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; daneben noch Preis, AuR 2010, 242 ff.; Lunk, NJW 2010, 2753; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553.

²⁸⁷ Vgl. Adam, AuR 2013, 15, 17.

²⁸⁸ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 21.

Straftaten einzuleiten. Der Verdacht rechtfertige daher lediglich Maßnahmen zur weiteren Sachverhaltsaufklärung, sei aber für sich genommen nicht ausreichend, eine endgültige und abschließende Sanktion wie eine Kündigung herbeizuführen²⁸⁹.

Würde man den Verdacht als Kündigungsgrund ausreichen lassen, sei im Endeffekt die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers entscheidend²⁹⁰. Man würde für eine Verdachtskündigung gerade auch im Vergleich zur Tat Kündigung geringere Tatbestandsvoraussetzungen – dringender Tatverdacht statt Täterschaft – genügen lassen bzw. das Beweismaß für die Rechtfertigung der Kündigung reduzieren, indem statt voller Überzeugung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreiche²⁹¹. Für all dies biete § 626 BGB jedoch keine gesetzliche Grundlage.

Gleichermaßen lasse sich die ordentliche Verdachtskündigung ebenso wenig in die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorgesehene Dreiteilung in personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Kündigungsgründe einordnen²⁹² und stelle daher einen zusätzlich geschaffenen vierten Kündigungsgrund ohne gesetzliche Grundlage dar²⁹³.

Für eine zulässige richterliche Rechtsfortbildung fehle es an einer Regelungslücke, mittels derer die Rechtsfigur der Verdachtskündigung zu begründen wäre. Denn der Gesetzgeber habe mit dem Stufengefüge der §§ 626 BGB, 1 KSchG und 9 KSchG den Bestandsschutzkonflikt zwischen den Arbeitsvertragsparteien bezüglich der Beendigung von Arbeitsverhältnissen umfassend und abschließend geregelt²⁹⁴. Schließlich sei gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht und damit eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich, „*wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen*“. Insofern könne der Arbeitgeber im Falle eines begründeten Verdachts bereits in dieser Weise die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erreichen. Es sei also gar keine Regelungslücke

²⁸⁹ Dörner, NZA 1992, 865, 869.

²⁹⁰ APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 374a.

²⁹¹ Ebd.

²⁹² Vgl. Naujok, AuR 1998, 398, 399; so auch Adam, AuR 2013, 17.

²⁹³ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 21.

²⁹⁴ Dörner, NZA 1993, 873, 877; BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten, S. 6.



gegeben²⁹⁵. Mit der Verdachtskündigung selbst erweitere man daher die Kündigungsmöglichkeiten entgegen bereits bestehender gesetzlicher Regelungen²⁹⁶. Daher verstoße die richterliche Rechtsfortbildung der Verdachtskündigung gegen Art. 20 Abs. 3 GG²⁹⁷.

Die vorgenannten Einwände knüpfen an einer fehlenden expliziten Rechtsgrundlage an. Also ist zunächst zu fragen, ob das Institut der Verdachtskündigung im Wege bloßer Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung des § 626 BGB ableitbar ist.

Mit der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber beiden Vertragsparteien das Recht eingeräumt, sich bei auf Tatsachen beruhender unzumutbarer Belastung vom Dienst- bzw. Arbeitsverhältnis zu lösen²⁹⁸. Für die Annahme einer Unzumutbarkeit ist bei der Rechtsfigur der Verdachtskündigung aber keineswegs der bloße Verdacht einer Straftat oder schwerwiegenden Pflichtverletzung ausreichend. Vielmehr müssen die zu dem Verdacht führenden objektiven Tatsachen auch für den Verlust des für die Fortsetzung des Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauens beim Vertragspartner ursächlich sein²⁹⁹. Denn Kündigungsgrund ist bei der Verdachtskündigung eben nicht der Verdacht selbst, sondern der sich aus ihm ergebende Vertrauensverlust. Dass ein derartiger Vertrauensverlust an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darzustellen, ergibt sich – wie gesehen – aus dem Umstand, dass ein Dauerschuldverhältnis wie das Arbeitsverhältnis auf ein gegenseitiges Vertrauen in die Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Vertragspartners aufgebaut und darauf auch angewiesen ist³⁰⁰. Wenn hier nun durch objektive Umstände massive Zweifel an der Rechtschaffenheit des Vertragspartners entstanden sind, so ist das Arbeitsverhältnis für

²⁹⁵ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 21; Dörner, NZA 1992, 865, 868; Dörner NZA 1993, 873, 877; Dörner, AiB 1993, 147, 173; Naujok, AuR 1998, 398, 402; BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten, S. 6.

²⁹⁶ BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten, S. 6.

²⁹⁷ Dörner, NZA 1993, 873, 877.

²⁹⁸ ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 1.

²⁹⁹ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269.

³⁰⁰ Dies dürfte für jedes Arbeitsverhältnis gelten, vgl. auch LAG Schleswig-Holstein v. 31.1.1985 – 5 Sa 340/84, BeckRS 1985 30468217. Die von Moritz, NJW 1978, 402ff. vorgeschlagene Beschränkung der Verdachtskündigung auf besondere Vertrauenspositionen ist daher zu eng (so auch Raif, S 123).



die eine Seite in unerträglicher Weise belastet und die Fortsetzung dann auch unzumutbar³⁰¹. Insofern handelt es sich bei der Verdachtskündigung um einen eigenständigen, von der Tatündigung völlig unabhängigen Kündigungsgrund³⁰². Keineswegs soll mit der Verdachtskündigung eine Erleichterung für den Arbeitgeber geschaffen werden, der in Beweisnot geraten ist und daher dem Arbeitnehmer die Tat nicht (mehr) nachweisen kann.

Bei der Tatündigung ist für den Kündigungsentschluss entscheidend, dass der Arbeitnehmer die strafbare Handlung oder schwerwiegende Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber aus diesem Grunde die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist³⁰³. Das Instrument der Verdachtskündigung folgt mit der Begründung, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen sei durch den Tatverdacht weggefallen, wie gesehen einer anderen Betrachtungsweise und ist daher keine „kleine Tatündigung“³⁰⁴ bzw. keine „degenerierte Version der Tatündigung“³⁰⁵.

Indem auch bei der Verdachtskündigung auf objektive Umstände abgestellt wird – das subjektive Empfinden des Arbeitgebers also keine Rolle spielt – werden hier entgegen der Ansicht der Kritiker die Tatbestandsvoraussetzungen des § 626 BGB aber auch nicht abgestuft oder in irgendeiner Weise für den Arbeitgeber erleichtert. Will der Arbeitgeber sich auf eine außerordentliche Verdachtskündigung berufen, reicht der Vortrag, das zur Weiterbeschäftigung erforderliche Vertrauen in den Arbeitnehmer sei entfallen, nämlich nicht aus³⁰⁶. Vielmehr sind konkrete (Indiz-) Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich „objektiv“, sprich aus der Sicht eines verständigen Arbeitgebers, der Verdacht einer Straftat oder schwerwiegenden Pflichtverletzung und

³⁰¹ Vgl. Fischermeier, FS AG Arbeitsrecht, S. 275, 276.

³⁰² Zuletzt BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243; BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = NZA 1986, 677; s. hierzu ausführlich Teil B. IV.

³⁰³ BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056.

³⁰⁴ Lücke, BB 1997, 1842, 1845; Hahn, S. 48.

³⁰⁵ Weber, SAE 1996, 57, 61.

³⁰⁶ Otto, S. 140.



ein damit einhergehender Vertrauensverlust ergibt, welcher die weitere Zusammenarbeit fortan unzumutbar macht³⁰⁷.

Die Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers basiert dann auf der Zukunftsprognose, mit dem Arbeitnehmer wegen der durch objektive Umstände zu untermauernden Tatsache des Vertrauenswegfalls nicht mehr zusammenarbeiten zu können. Insofern geht auch der von den Kritikern gezogene Vergleich mit dem Strafrecht fehl. Zwar hat die Verdachtskündigung als Beendigungsmaßnahme eine endgültige und abschließende Wirkung, doch stellt sie eben keine Sanktion für die Vergangenheit dar, wie das typischerweise bei der Strafe der Fall ist. Die Verdachtskündigung ist nämlich gerade keine „Verdachtsstrafe“³⁰⁸, sondern mit ihr wird ein auf die Zukunft ausgerichtetes Gestaltungsrecht ausgeübt, das auf die im Grundgesetz geschützte Handlungs- und Vertragsfreiheit zurückzuführen ist³⁰⁹.

Der als typische Generalklausel³¹⁰ vom Gesetzgeber gestalteten Norm des § 626 Abs. 1 BGB lässt sich also durch bloße Auslegung und Anwendung das Instrument der Verdachtskündigung zuordnen, so dass es hier gar nicht zu einer richterlichen Rechtsfortbildung kommt³¹¹.

Soweit gegen die Zulässigkeit der ordentlichen Verdachtskündigung eingewandt wird, sie lasse sich nicht in die Systematik des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einfügen³¹², ist dem entgegen zu halten, dass eine ordentliche Kündigung dann möglich sein muss, wenn ein außerordentlicher Kündigungsgrund gegeben ist. Denn zwischen außerordentlicher und

³⁰⁷ Otto, S. 140.

³⁰⁸ Grunsky, ZfA 1977, 167, 179 f.; Belling, FS Kissel, S. 11, 14.

³⁰⁹ Appel/Gerken, AuR 1995, 201, 205.

³¹⁰ ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 2.

³¹¹ Ebenso BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; Hahn, S. 58; Fischermeier, FS AG Arbeitsrecht, S. 275, 276; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 221 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Demgegenüber ist nach Hoefs, S. 74 ff., 363 die Entwicklung der Verdachtskündigung nicht als Auslegung, sondern als richterliche Rechtsfortbildung anzusehen. Diese sei aber zulässig, da sie durch ein Bedürfnis nach vorbeugendem Selbstschutz legitimiert sei, wenn durch den Verdacht schutzwürdige Rechtsgüter oder Interessen beeinträchtigt seien oder eine künftige Beeinträchtigung drohe.

³¹² So insbesondere Adam, AuR 2013, 15, 17. Nach Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2, sei die Einordnung eines „Verdachts“ in die Systematik der gesetzlichen Kündigungsgründe nach § 1 Abs. 2 KSchG „kaum möglich“.



ordentlicher Kündigung besteht ein Stufenverhältnis³¹³ und die ordentliche Kündigung ist als mildere Maßnahme gegenüber der außerordentlichen fristlosen Kündigung anzusehen³¹⁴. Mit einer gegenteiligen Auffassung würde man beide Seiten bestrafen: zum einen den Arbeitgeber, der mit Rücksicht auf Arbeitnehmerinteressen eine Auslauffrist gewähren wollte, und zum anderen den Arbeitnehmer, für den eine außerordentliche fristlose Kündigung sich meist nachteiliger auswirken dürfte als eine ordentliche Kündigung³¹⁵. Insoweit muss sich jeder außerordentliche Kündigungsgrund in die Systematik des Art. 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einordnen lassen³¹⁶. Wie speziell die ordentliche Verdachtskündigung richtigerweise zu kategorisieren ist, wird später zu erörtern sein³¹⁷.

Zusammenfassend können die Einwände folglich nicht überzeugen, da das Institut der Verdachtskündigung sich zum einen bereits im Wege bloßer Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung aus § 626 BGB ableiten lässt, eine richterliche Rechtsfortbildung also nicht gegeben ist³¹⁸. Zum anderen führt die Anerkennung der Rechtsfigur nicht dazu, dass es zu einer Reduzierung der Anforderungen an einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB kommt. Aus der Zulässigkeit der außerordentlichen Verdachtskündigung ergibt sich erst recht die Zulässigkeit der ordentlichen Verdachtskündigung³¹⁹.

³¹³ Preis, Prinzipien, S. 476 ff.; dem zustimmend Pape, S. 183 ff., 187; Hoefs, S. 258. Andere Auffassung Reuter, FS Richardi, S. 369. Auch anders Heimbach, 145 ff., 163, wonach die ordentliche Kündigung nach dem KSchG nicht als ein Weniger im Verhältnis zur außerordentlichen Kündigung gesehen werden könne. Die ordentliche Kündigung nach dem KSchG sei vielmehr ein Aliud zur außerordentlichen Kündigung.

³¹⁴ Preis, Prinzipien, S. 476 ff.; KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 393a.

³¹⁵ Vgl. BAG v. 4.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39 (mit Anm. Herschel) = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7; Hoefs, S. 259.

³¹⁶ Preis, Prinzipien, S. 483; Sollte ein einheitlicher Lebenssachverhalt zwei oder gar alle drei der in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG genannten Gründe berühren (sog. Mischtatbestand), richtet sich der Prüfungsmaßstab der Kündigung danach, aus welchem Grund die Störung des Arbeitsverhältnisses primär kommt (vgl. BAG v. 21.11.1985 – 2 AZR 21/85, AP KSchG § 1 Nr. 12).

³¹⁷ S. Teil B. III.

³¹⁸ Raif, S. 122.

³¹⁹ BAG v. 4.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39 (mit Anm. Herschel) = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7; Hoefs, S. 259 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.



b) *Verstoß gegen die Unschuldsvermutung?*³²⁰

Die Unzulässigkeit des Instituts der Verdachtskündigung wird außerdem damit begründet, dass es gegen die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung verstoße³²¹. Die Unschuldsvermutung schütze vor einer Bestrafung ohne Schuldnachweis³²². Diese Garantie gelte nicht nur im Strafrecht. Vielmehr ergebe sich aus Sinn und Zweck der Unschuldsvermutung auch deren Anwendung im Privatrecht. Schließlich würden die §§ 2333, 2339 BGB oder § 890 Abs. 1 ZPO zeigen, dass es auch im Zivilrecht Sanktionen gäbe, die in ihrer Wirkung mit einer staatlichen Strafe vergleichbar seien³²³. Entsprechend biete die Unschuldsvermutung auch Schutz gegenüber Privaten³²⁴.

Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung greife mit ihrer Folge, dem Verlust des Arbeitsplatzes, derart tief in die Rechte des betroffenen Arbeitnehmers ein, dass sie mit einer Strafe gleichzusetzen sei³²⁵. So habe der betroffene Arbeitnehmer in der Regel gravierende finanzielle Einbußen, die teilweise existenzbedrohend seien. Zudem verliere er einen Teil seines sozialen Umfelds sowie, einhergehend mit dem Kündigungsgrund des Verdachts, eine Straftat oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen zu haben, berufliches und privates Ansehen³²⁶. Der Verlust des Arbeitsplatzes falle folglich in den Schutzbereich der Unschuldsvermutung. Mit der Verdachtskündigung werde dieser Grundsatz missachtet, da für den Verlust des Arbeitsplatzes lediglich der Verdacht, der betroffene Arbeitnehmer habe eine Straftat oder schwerwiegende

³²⁰ Ausführlich hierzu: Ebeling, S. 41 ff.; Hahn, S. 27 ff. und Schlegeit, S. 54 ff.

³²¹ Vgl. Joachim, AuR 1964, 33; Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17 ff.; 398; Dörner, NZA 1992, 865, 866; Kittner, Anm. zu BAG v. 26.3.1992, EzA Nr. 4 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; Naujok, AuR 1998, 398; Deinert, AuR 2005, 285, 291 ff.; Kittner/Zwanziger/Deinert/Appel § 77 Rn. 31; wohl auch Buschmann, Anm. zu LAG Berlin-Brandenburg v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08 – AuR 2009, 220. Ebenso kritisiert Wedde/Schnependahl, § 626 BGB, Rn. 57, das Risiko, dass „unschuldigen“ Arbeitnehmern auf Grund von Indizien gekündigt werde.

³²² Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 22.

³²³ Belling, RdA 1996, 223, 227.

³²⁴ Vgl. Naujok, AuR 1998, 398, 400; Belling, RdA 1996, 223, 227; Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 22.

³²⁵ Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 22.

³²⁶ Naujok, AuR 1998, 398, 401; Dörner, AiB 1993, 147, 162; Heilmann S. 15 f.



Pflichtverletzung begangen, nicht genügen dürfe, sondern vielmehr der Arbeitsplatzverlust eine erwiesene Tat voraussetze³²⁷.

Dieser Einwand setzt voraus, dass der Geltungsbereich der Unschuldsvermutung sich auf das Privatrecht bzw. konkret das Arbeitsrecht erstreckt. Insoweit ist nach der Rechtsgrundlage der Unschuldsvermutung und deren Anwendungsbereich zu fragen.

Die Unschuldsvermutung ist im Grundgesetz zwar nicht explizit geregelt³²⁸, doch gilt sie als besondere Ausprägung des vom Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG gebotenen fairen Verfahrens. Auch als Bestandteil eines die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG achtenden Grundrechtsschutzes genießt die Unschuldsvermutung als objektiver Grundsatz und als subjektives Recht des Einzelnen Verfassungsrang³²⁹. Die Unschuldsvermutung ist zugleich in Art. 6 Abs. 2 EMRK ausdrücklich garantiert und dadurch Bestandteil des positiven Rechts der Bundesrepublik Deutschland im Range eines Bundesgesetzes³³⁰. Für die Definition der Unschuldsvermutung als Verfassungsgrundsatz dient Art. 6 Abs. 2 EMRK sowie die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR insoweit als Auslegungshilfe³³¹.

Gleichermaßen ist das Gebot der Unschuldsvermutung auch in Art. 48 Abs. 1 EU-GRCharta³³² positiv geregelt³³³. Allerdings ist die Bedeutung bzw. Anwendbarkeit der EU-GRCharta im deutschen Kündigungsrecht höchst umstritten³³⁴. Ob die EU-

³²⁷ Deinert, AuR 2005, 285, 295; So wohl auch Hjort, ArbRAktuell 2014, 101.

³²⁸ Im Gegensatz hierzu ist die Unschuldsvermutung in den Verfassungen einiger Bundesländer explizit geregelt: Art. 9 Abs. 2 BerlVerf; Art. 53 Abs. 2 VerfBrand; Art. 6 Abs. 3 BremVerf; Art. 20 Abs. 2. S. 1 HessVerf; Art. 6 Abs. 4 Satz 2 RhPfVerf; Art. 14 Abs. 2 SLVerf.

³²⁹ Vgl. BVerfG v. 15.12.1965 – 1 BvR 513/65 = NJW 1966, 243, BVerfGE 19, 342, 348; BVerfG v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 u. a., BVerfGE 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427; BVerfG v. 29.5.1990 – 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, BVerfGE 82, 106, 114 = NJW 1990, 2741.

³³⁰ BVerfG v. 16.5.2002 – 1 BvR 2257/01, NJW 2002, 3231. Die Ratifizierung der EMRK durch die BRD erfolgte gemäß Art. 59 Abs. 2 GG durch Zustimmungsgesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II, S. 685, 953).

³³¹ BVerfG v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 u. a., BVerfGE 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427.

³³² Die EU-GRCharta gilt mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009 verbindlich.

³³³ Als kodifikatorisches Vorbild im universellen Völkerrecht diente die Garantie der Unschuldsvermutung in Art. 11 Abs. 1 AEMR und in Art. 14 Abs. 2 IPBPR, vgl. CR/Blanke, Art. 48 EU-GRCharta Rn. 2.

³³⁴ Vgl. Meyer, NZA 2014, 993.

GRCharta dabei umfassend³³⁵ oder nur auf „unionsrechtlich geregelte Fallgestaltungen“³³⁶ anzuwenden ist, kann vorliegend aber außer Betracht bleiben. Denn da zum einen Art. 48 Abs. 1 EU-GRCharta nach den Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents dem Art. 6 Abs. 2 EMRK entspricht³³⁷ und zum anderen gemäß Art. 52 Abs. 3 EU-GRCharta die Unschuldsvermutung nach Art. 48 Abs. 1 EU-GRCharta die gleiche Bedeutung und Tragweite hat, wie sie ihr in der EMRK verliehen werde³³⁸, kann folglich zur Ermittlung des Schutzbereichs auf Art. 6 Abs. 2 EMRK zurückgegriffen werden³³⁹, dessen Wirkung im nationalen Recht anerkannt ist³⁴⁰.

Daher ist zunächst der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 EMRK zu klären. Nach dieser Norm gilt jeder einer Straftat Angeklagte bis zu dem gesetzlichen Beweis seiner Schuld als unschuldig. Ihrem Wortlaut zufolge setzt die Norm für ihre Anwendbarkeit die strafrechtliche Anklage voraus, was unter Heranziehung der gemäß der Schlussklausel der EMRK für eine Auslegung des Wortlauts maßgeblichen englischen („*everyone charged with a criminal offence*“) bzw. französischen Fassung („*toute personne accusée d'une infraction*“) noch deutlicher wird³⁴¹. Der EGMR definiert die Anklage als amtliche Mitteilung der zuständigen Behörde an den Betroffenen, er werde einer Straftat beschuldigt³⁴², die auch durch entsprechende Maßnahmen konkludent zum Ausdruck

³³⁵ EuGH v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åklagare/Hans Åkerberg Fransson), NZA 2013, 498.

³³⁶ BVerfG v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499.

³³⁷ Vgl. Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl. EG 2004 C 310/453; aktualisierte Fassung ABl. EU 2007 C 303/17 ff.

³³⁸ CR/Blanke, Art. 48 EU-GRCharta, Rn. 2.

³³⁹ Vedder/Heintschel von Heinegg/Folz, Art. 48 GR-Charta, Rn. 2.

³⁴⁰ Vgl. BVerfG v. 16.5.2002 – 1 BvR 2257/01, NJW 2002, 3231. Die Ratifizierung der EMRK durch die BRD erfolgte gemäß Art. 59 Abs. 2 GG durch Zustimmungsgesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II, S. 685, 953).

³⁴¹ Vgl. Raab, RdA 1995, 36, 44, der darauf hinweist, dass die dortige Verwendung des Partizipiums so zu verstehen ist, dass die Unschuldsvermutung lediglich dann Geltung erlangt, „soweit“ der Beschuldigte Gegenstand eines Strafverfahrens ist. So auch Hoefs, S. 90.

³⁴² Vgl. EGMR v. 27.2.1980, *Deweere/Belgien* – 6903/75, EGMR-EI, 463 Nr. 46 = EuGRZ 1980, 667.

gebracht werden kann³⁴³. Angeklagter in diesem weiten Sinne ist folglich jeder Beschuldigte³⁴⁴.

Das Vorliegen einer Straftat bestimmt der EGMR nach den sog. Engel-Kriterien, wonach die Zuordnung einer Tat zum Kriminalstrafrecht nach nationalem Recht, die Natur des Vergehens sowie Schweregrad und Natur der Sanktion ausschlaggebend sein sollen³⁴⁵. Dabei ist es grundsätzlich ausreichend, wenn ein Kriterium alternativ erfüllt ist³⁴⁶. Der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 EMRK erstreckt sich in Folge dessen nicht nur auf das gesamte Strafverfahren³⁴⁷, sondern auch auf das Bußgeldverfahren³⁴⁸. Eine Geltung für den Zivilprozess lässt sich dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 EMRK aber nicht entnehmen³⁴⁹. Diese ergibt sich auch nicht aus der Systematik des Art. 6 EMRK³⁵⁰.

Während nämlich in Art. 6 Abs. 1 EMRK allgemeine Verfahrensgrundsätze für alle Gerichtszweige geregelt werden, was sich aus dessen ausdrücklich vorgesehener Anwendung auf „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ ergibt, regelt Art. 6 Abs. 3 EMRK umfassend die zusätzlichen Rechte „angeklagter Personen“, sprich der Beschuldigten im Strafverfahren. Der dazwischen liegende Abs. 2 dient insoweit als Überleitung³⁵¹. Die dort geregelte Unschuldsvermutung ist als fundamentales Strukturelement eines fairen Strafverfahrens besonders hervorgehoben³⁵². Sinn und

³⁴³ Es sollen Maßnahmen sein, die konkludent eine strafrechtliche Beschuldigung ausdrücken und einen vergleichbaren Effekt auf die Situation des Betroffenen haben (vgl. EGMR v. 19.2.2009, *Shabelnik/Ukraine* – 16404/03, Z. 57; weitere Nachweise bei Karpenstein/Mayer/Meyer, Art. 6 EMRK, Rn. 36). Dies kann z. B. durch Verhaftung, Durchsuchungsbeschluss oder Beschlagnahmeverfügung geschehen (vgl. EGMR v. 15.7.1982, *Eckle/Deutschland* – 8130/78, EGMR-E2, 105 Nr. 73ff.; EGMR v. 29.6.2007, *O’Hallaron u. Francis/Vereinigtes Königreich* – 15809/02 u. 25624/02, Z. 35, NJW 2008, 3549, 3550).

³⁴⁴ Löwe/Rosenberg/Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR, Rn. 68ff., 469.

³⁴⁵ Vgl. EGMR v. 8.6.1976, *Engel u. a./Niederlande*, Nr. 5100/71, Z. 80 ff. = EuGRZ 1976, 221, 231.

³⁴⁶ Meyer-Ladewig, Art. 6 EMRK, Rn. 28.

³⁴⁷ Vgl. EGMR v. 30.3.2010, *Poncelet/Belgien* – 44418/07 = NJW 2011, 1789.

³⁴⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, Anh. 4 MRK, § 6 Rn. 1; EGMR v. 25.8.1987, *Lutz/Deutschland* – 9912/82; EuGRZ 1987, 399, 402.

³⁴⁹ Vgl. Raab, RdA 1995, 36, 44.

³⁵⁰ Ebeling S. 50.

³⁵¹ Vgl. Raab, RdA 1995, 36, 44.

³⁵² EGMR v. 5.7.2001, *Phillips/Vereinigtes Königreich* – 41087/98, Z. 40; Demko, HRRS 2007, 286, 292.



Zweck des Art. 6 Abs. 2 EMRK ist es, der mit dem Schuldvorwurf, eine strafbare Handlung begangen zu haben, überzogenen Person einen Schutzanspruch zu bieten.

Die Unschuldsvermutung soll dem Beschuldigten das subjektive Recht gewähren, dass jegliche Maßnahme, die seine Schuld voraussetzt, bis zu deren Nachweis in einem ordnungsgemäßen Verfahren in der dafür vorgeschriebenen Form unterbleibt³⁵³. Die Unschuldsvermutung bezweckt folglich das Verbot der Bezeichnung oder Behandlung eines Nichtverurteilten als schuldig³⁵⁴. Bis zur gerichtlichen Feststellung der Schuld müssen dementsprechend alle Strafverfolgungsorgane auch die Möglichkeit eines künftigen Freispruchs berücksichtigen und die Gerichte müssen bei der gebotenen offenen Entscheidungsfindung für die Argumente der Verteidigung aufgeschlossen sein³⁵⁵. Schließlich stellt die Verhängung einer (Freiheits-) Strafe einen elementaren Grundrechtseingriff dar³⁵⁶. Eine über das Strafrecht hinausgehende Wirkung der Unschuldsvermutung bezweckt Art. 6 Abs. 2 EMRK nicht.

Aus alledem ist konsequenterweise zu folgern, dass Art. 6 Abs. 2 EMRK direkt nur im Strafverfahren anzuwenden ist und diese Norm unmittelbar nur den Richter bindet, der über die Begründetheit einer Anklage zu entscheiden hat³⁵⁷. Für das Arbeitsrecht bzw. die Arbeitsgerichtsbarkeit bzw. generell Privatrechtssubjekte³⁵⁸ entfaltet Art. 6 Abs. 2 EMRK direkt keine Bindungswirkung³⁵⁹.

Ansatzpunkte für eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 6 Abs. 2 EMRK auf Privatrechtsverhältnisse bzw. den Zivilprozess gibt es nicht³⁶⁰. Allein die Mitgliedsstaaten und ihre Organe sind nämlich gemäß Art. 1 EMRK zur Sicherstellung der in der EMRK gewährten Rechte und Freiheiten verpflichtet. Unmittelbare Pflichten für einen

³⁵³ BVerfG v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 u. a., BVerfGE 74, 358, 370 = NJW 1987, 2427.

³⁵⁴ Meyer/Eser, Art. 48, Rn. 5, dem zustimmend CR/Blanke, Art. 48 EU-GRCharta Rn. 1, 3; Vgl. EGMR v. 30.3.2010, *Poncelet/Belgien* – 44418/07 = NJW 2011, 1789.

³⁵⁵ Löwe/Rosenberg/Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR, Rn. 445.

³⁵⁶ Raab, RdA 1995, 36, 44.

³⁵⁷ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; zustimmend BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 195.

³⁵⁸ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 397.

³⁵⁹ Ebenso Ebeling, S. 51; Hoefs, S. 91; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 211 mit weiteren Nachweisen.

³⁶⁰ Grabenwarter/Pabel, § 19 Rn. 8.



Dritten – sprich den privaten Arbeitgeber – begründet Art. 6 Abs. 2 EMRK aber nicht³⁶¹.

Der Grundrechtsschutz nach der EMRK beschränkt sich jedoch nicht auf den Schutz vor Eingriffen des Staates in die Freiheitssphäre des Einzelnen³⁶². Der EGMR entnahm den grundrechtlichen Verpflichtungen der EMRK auch sog. „positive obligations“ und statuierte damit verschiedene Gewährleistungsverpflichtungen der öffentlichen Gewalt, die aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte abgeleitet wurden³⁶³. Da der EGMR es aber bislang offensichtlich vermieden hat, eine Systematik im Hinblick auf diese Handlungsverpflichtungen zu entwickeln, können derartige Gewährleistungsverpflichtungen nur bei den Grundrechten angenommen werden, bei denen der EGMR diese selbst hergeleitet hat³⁶⁴. Bei der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK sind diese „positive obligations“ aber noch nicht entwickelt worden.

Allerdings kann sich eine Geltung der Unschuldsvermutung im Zivilrecht auch durch die aus der allgemeinen Grundrechtslehre bekannte Figur der mittelbaren Drittwirkung ergeben. Schließlich stellt die Unschuldsvermutung als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips einen Verfassungsgrundsatz dar³⁶⁵. Nach dem Rechtsstaatsprinzip soll „die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und von formell und materiell verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit“³⁶⁶ zulässig sein. Das Rechtsstaatsprinzip ist geprägt von vielen einzelnen Elementen, die zusammen ein grundlegendes Ordnungs- und Strukturprinzip des Grundgesetzes und damit eine objektive Werteordnung des Grundgesetzes darstellen³⁶⁷. Die Unschuldsvermutung als Element dieser Struktur stellt damit ebenfalls einen Teil dieser objektiven

³⁶¹ Gleichermaßen bindet Art. 48 Abs. 1 EU-GRCharta nur die Union und ihre Stellen sowie – bei Durchführung von Unionsrecht (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCharta) – die Mitgliedstaaten und deren Stellen; vgl. zur Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte und deren Anwendung: Jarass, NVwZ 2012, 457 und Lenaerts, EuR 2012, 3.

³⁶² Grabenwarter/Pabel, § 19, Rn. 1.

³⁶³ Exemplarisch EGMR v. 10.5.2001 – 29392/95, §§ 69 ff. – *Z. v. Vereinigtes Königreich (GK)*; EGMR v. 22.2.2005 – 47148/99, §§ 68-89 – *Novoseletskiy v. Ukraine*; EGMR v. 28.7.1999 – 22774/93, § 49 – *Immobiliare Saffi v. Italien (GK)*.

³⁶⁴ BeckOK EMRK/Gersdorf, Art. 8, Rn. 6.

³⁶⁵ BVerfG v. 19.7.1967 – 2 BvR 489/66, BVerfGE 22, 254, 265 = NJW 1967, 2151.

³⁶⁶ Stern, § 20 III 1, S. 781.

³⁶⁷ Vgl. Maunz/Dürig/Greszick, Band III, Art. 20, Abschnitt VII., Rn. 22.



Werteordnung des Grundgesetzes dar³⁶⁸. Das ist insofern von Bedeutung, als sich über die Auslegung und Anwendung von zivilrechtlichen Generalklauseln wie z. B. „Treu und Glauben“ nach § 242 BGB oder den „guten Sitten“ nach § 138 BGB sowie unbestimmten Rechtsbegriffen diese Werteordnung unstreitig in privatrechtlichen Beziehungen widerspiegelt, so dass in Folge dessen auch die Unschuldsvermutung als Teil dieser Werteordnung mittelbar in das Privatrecht ausstrahlt und Geltung erlangt³⁶⁹. Insofern könnte die Unschuldsvermutung auch im Vertragsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Bedeutung erlangen.

Kern der Unschuldsvermutung ist der Schutz vor Nachteilen, die einem Schuldspruch oder der Verhängung einer Strafe gleichkommen, ohne dass ein rechtsstaatliches Verfahren zur Schuldfeststellung vorausgegangen ist³⁷⁰, d. h. der Schutz vor Strafe ohne Schuldnachweis. Folglich würde die Rechtsfigur der Verdachtskündigung den Regelungsbereich der Unschuldsvermutung nur tangieren, wenn der Ausspruch der (Verdachts-) Kündigung einen Schuldvorwurf beinhalten würde, der mit einer Sanktion verbunden ist. Dies ist jedoch zu verneinen. Denn weder wird bei der Verdachtskündigung an eine Schuld des betroffenen Arbeitnehmers angeknüpft, noch erfolgt sie als Bestrafung bzw. Sanktion für vorausgegangenes Handeln des betroffenen Arbeitnehmers³⁷¹.

Kündigungsgrund ist bei der Verdachtskündigung nämlich – wie schon dargestellt und entgegen der Bezeichnung – gerade nicht der Verdacht selbst, sprich die unklar gebliebene objektive Sachlage, ob der Arbeitnehmer sich einer Straftat oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, sondern vielmehr das durch bestimmte, den Verdacht untermauernde Indizien und Tatsachen zerstörte Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer³⁷². Auch stellt die Verdachtskündigung weder eine Strafe dar noch weist sie strafähnlichen Charakter auf³⁷³.

³⁶⁸ Belling, RdA 1996, 223, 227.

³⁶⁹ Vgl. Belling, RdA 1996, 223, 227; Schlegel, S. 55; Hahn, S. 32; Zur mittelbaren Drittwirkung und zur Bedeutung der Unschuldsvermutung im Zivilrecht s. ausführlich Ebeling, S. 53 ff.

³⁷⁰ BVerfG v. 16.5.2002 – 1 BvR 2257/01, NJW 2002, 3231.

³⁷¹ Vgl. Edenfeld, JA 1996, 379, 382.

³⁷² Hahn, S. 35.

³⁷³ Vgl. Fromm, S. 514.

Zwar ist es sicherlich richtig, dass mit dem Verlust des Arbeitsplatzes in der Regel erhebliche finanzielle Einbußen verbunden sind und im Einzelfall damit auch ein sozialer Prestigeverlust einhergeht. Insofern mag der einzelne Arbeitnehmer subjektiv die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung als „Bestrafung“ empfinden³⁷⁴ und ihm mit der Verdachtskündigung „der Boden unter den Füßen weggezogen werden“³⁷⁵. Doch erstens kann die Intensität und die Schwere des Eingriffs kein Kriterium für das Eingreifen der Unschuldsvermutung sein³⁷⁶ und zweitens sind die Folgen der Kündigung für den Einzelnen nicht unter dem Gesichtspunkt einer Bestrafung zu berücksichtigen, sondern vielmehr bei der Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unter Abwägung beiderseitiger Interessen³⁷⁷.

Die Verdachtskündigung erfolgt nicht als „Verdachtsstrafe“, sondern mit ihr wird – wie im Übrigen bei jeder anderen Kündigung auch – ein Gestaltungsrecht ausgeübt, durch das ein bestehendes Vertragsverhältnis geändert oder beendet wird. Während mit der Strafe ein vorausgegangenes schuldhaftes Fehlverhalten sanktioniert werden soll, ist die (Verdachts-) Kündigung zukunftsgerichtet, d. h. die Ereignisse, die die Kündigung begründen sollen, müssen in der Gegenwart wie auch in der Zukunft das Arbeitsverhältnis belasten³⁷⁸. Sie müssen im Falle der außerordentlichen Kündigung zu einer „Unzumutbarkeit“ nach § 626 Abs. 1 BGB führen sowie im Falle der ordentlichen Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einer „Weiterbeschäftigung“ des betroffenen Arbeitnehmers entgegenstehen³⁷⁹.

³⁷⁴ Rost, MLR 2011, 8, 13.

³⁷⁵ Lechner, AnwZert ArbR 13/2014, Anm. 2.

³⁷⁶ Ebeling, S. 64 u. 74. Dabei sind an die ordentliche Verdachtskündigung keine geringeren Voraussetzungen zu stellen: Auch im Rahmen von § 1 Abs. 2 KSchG muss die inhaltliche Bewertung des fraglichen Verhaltens zu dem Ergebnis führen, dass das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist, – wäre es erwiesen – sogar eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würde. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Kündigung schon durch den bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG „bedingt“ (vgl. BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 246, Rn. 33); vgl. dazu ausführlich Teil B. IV.

³⁷⁷ Rost, MLR 2011, 8, 13, der zurecht darauf verweist, dass „gerade wegen der erheblichen Belastung des Arbeitnehmers durch die Folgen einer Verdachtskündigung den Interessen des Arbeitgebers an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – hier wegen des dringenden Verdachts einer Straftat oder schwerwiegenden Pflichtverletzung eingetretenen Vertrauensverlust – ein besonderes Gewicht zukommen muss“.

³⁷⁸ Vgl. APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 26.

³⁷⁹ Vgl. Ebeling, S. 75.



Im Kündigungsrecht gilt ja gerade nicht das Sanktionsprinzip, sondern vielmehr das Prognoseprinzip³⁸⁰. Dementsprechend ist eine Prognose zu stellen, ob und inwieweit der Arbeitnehmer in Zukunft seine arbeitsvertraglichen Pflichten ordnungsgemäß erfüllen wird³⁸¹. Schließlich handelt es sich bei dem Arbeitsverhältnis um ein personenbezogenes Dauerschuldverhältnis. Bei einer Verdachtskündigung wird das Arbeitsverhältnis beendet, weil das Vertrauen des Arbeitgebers in die Rechtschaffenheit des Arbeitnehmers durch die bekannt gewordenen Indizien und Tatsachen so nachhaltig gestört ist, dass er bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu befürchten hat, der Arbeitnehmer werde seine arbeitsvertraglichen Pflichten zukünftig nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen³⁸². Insofern geht es bei der Verdachtskündigung einzig und allein um die Beendigung eines privatrechtlichen Dauerschuldverhältnisses und eben nicht um die Verhängung einer Strafe³⁸³.

Die Verdachtskündigung ist also zukunftsbezogen und stellt gerade keine Sanktion für vergangenes Handeln oder ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers dar. Der Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung ist bei einer Verdachtskündigung eben gar nicht eröffnet, so dass ein Verstoß gegen diesen Verfassungsgrundsatz auch nicht gegeben ist³⁸⁴.

Würde man Art. 6 Abs. 2 EMRK im Privatrecht anwenden, hätte dies zur Konsequenz, dass bis zu einer strafrechtlichen Verurteilung überhaupt keine Kündigungsmöglichkeit bliebe und der Arbeitgeber auf den begründeten Verdacht einer strafbaren Handlung nur mit einer Suspendierung des Arbeitnehmers reagieren könnte, was dem Arbeitnehmer im Ergebnis eine bezahlte Freistellung bis zum Abschluss des Strafverfahrens

³⁸⁰ Lembke, RdA 2013, 82, 85; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 397.

³⁸¹ APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 26; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 19.

³⁸² Vgl. Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit in Ausschussdrucksache 17 (11) 212 vom 25.6.2010, S. 13, d.; Hahn, S. 36; Appel/Gerken, AuR 1995, 201, 205.

³⁸³ vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 466.

³⁸⁴ So auch BAG v. 6.12.2001 – 2 AZR 496/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 36 = NZA 2002, 847; BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; LAG Rheinland-Pfalz v. 16.2.2012 – 10 TaBV 30/11, BeckRS 2012, 67721; Schlegel, S. 59; Ebeling, S. 80; Hoefs, S. 92 f.; Hahn, S. 36, Otto, S. 217.

verschaffen würde³⁸⁵. Selbst wenn aus der Sicht des Arbeitgebers die Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer „erdrückend“ sind, muss es ihm unbenommen bleiben, lediglich eine Verdachtskündigung auszusprechen, etwa weil er den Arbeitnehmer schonen oder vor Abschluss des Strafverfahrens nicht einer Straftat bezichtigen möchte³⁸⁶. Auch die Kritiker der Rechtsfigur der Verdachtskündigung dürften in letzterem Fall nicht ernsthaft die Ansicht vertreten, der Klage des Arbeitnehmers auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung sei stattzugeben, wenn im Prozess die Begehung der Straftat nachgewiesen ist, der Arbeitgeber die Kündigung aber nur auf den Verdacht einer Straftat gestützt hatte³⁸⁷.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung sei der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 EMRK für den Fall, dass sich die Verdachtskündigung auf den Verdacht einer Straftat beziehe und ein entsprechendes strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden sei, insoweit eröffnet, als dass die Arbeitsgerichte, die die Verdachtskündigung des Arbeitgebers bestätigen, als staatliche Stellen an die Unschuldsvermutung gebunden seien³⁸⁸. Da es bei der Verdachtskündigung aber nicht um die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion gehe, sei der Anknüpfungspunkt für die Geltung der Unschuldsvermutung hier aber nicht das arbeitsgerichtliche Verfahren, sondern allein das Ermittlungsverfahren wegen der Straftat, derer der Betroffene verdächtigt werde³⁸⁹. Sofern ein derartiges Ermittlungsverfahren noch nicht aufgenommen worden sei, der betroffene Arbeitnehmer also noch nicht „Angeklagter“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 EMRK sei, müsse an eine Vorwirkung der Unschuldsvermutung gedacht werden³⁹⁰. Ein Verstoß der Arbeitsgerichte gegen die Unschuldsvermutung solle dann gegeben sein, wenn die Arbeitsgerichte in der Begründung des die Verdachtskündigung bestätigenden Urteils über das eigentlich Erforderliche hinausge-

³⁸⁵ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269.

³⁸⁶ Ebd.; Vgl. BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 196.

³⁸⁷ BAG v. 6.12.2001 – 2 AZR 496/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 36 = NZA 2002, 847.

³⁸⁸ Löwe/Rosenberg/Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR, Rn. 523.

³⁸⁹ Ebd.

³⁹⁰ Ebd.



hend eine Feststellung zur Schuld des Arbeitnehmers trafen. Insoweit läge dann eine unzulässige Schuldfeststellung vor³⁹¹.

Diese Problematik stellt sich freilich nur dann, wenn wegen der pflichtwidrigen Handlung, derer der Arbeitnehmer verdächtig wird und derentwegen eine Verdachtskündigung erfolgte, gleichzeitig ein Ermittlungsverfahren wegen des Anfangsverdachts einer Straftat gegen den betroffenen Arbeitnehmer eingeleitet wurde oder eingeleitet werden könnte. Entgegen der dargestellten Ansicht liegt jedoch kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK vor, wenn das Arbeitsgericht in einem dann laufenden Kündigungsschutzprozess sein klageabweisendes Urteil auf eine gerechtfertigte Tatündigung stützt. Für die arbeitsrechtliche Bewertung kommt es dabei darauf an, ob ein Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten besteht und ob dem Kündigenden nach dem gesamten Sachverhalt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Eine für die strafrechtliche Verfolgung notwendige Feststellung von Schuld im strafrechtlichen Sinne, d. h. dass dem Handelnden ein ihn treffender individueller Schuldvorwurf zu machen ist, ist durch das arbeitsgerichtliche Urteil aber gerade nicht getroffen worden. Der Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung ist auch hier nicht eröffnet. Das Kündigungsschutzverfahren stellt schließlich kein Strafverfahren im Sinne des Art. 6 Abs. 2 EMRK dar³⁹².

Denn das Arbeitsgericht hat lediglich darüber entschieden, dass die streitgegenständliche Kündigung wirksam war und zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. Was nichts anderes bedeutet, als dass die Voraussetzungen des durch den Arbeitgeber ausgeübten zivilrechtlichen Gestaltungsrechts vorlagen. Ob und inwieweit sich der Arbeitnehmer möglicherweise strafbar gemacht hat, bleibt dem dafür gesetzlich vorgesehenen strafrechtlichen Verfahren vorbehalten. Eine Bindungswirkung durch das arbeitsgerichtliche Urteil entsteht gerade nicht³⁹³. Das ergibt sich bereits aus der Unterschiedlichkeit der Rechtswege sowie aus der Regelung zur materiellen Rechtskraft

³⁹¹ Löwe/Rosenberg/Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR, Rn. 524; so auch Keiser, JR 2010, 55, 58f.

³⁹² LAG Berlin-Brandenburg v. 13.6.2014 – 15 Ta 1108/14, BeckRS 2014, 70496, Rn. 16.

³⁹³ Vgl. zuletzt LAG Rheinland-Pfalz v. 30.1.2014 – 5 Sa 388/13, BeckRS 2014, 68085 = ArbRAktuell 2014, 267.

in § 322 Abs. 1 ZPO³⁹⁴. Gleichmaßen ist das Arbeitsgericht nicht an die Feststellungen eines gleichzeitig laufenden Ermittlungs- oder Strafverfahrens gebunden³⁹⁵.

Das Arbeitsgericht hat selbständig über den seinem Verfahren zu Grunde liegenden Streitgegenstand – die Wirksamkeit der Kündigung – zu urteilen. Bei einer Kündigung wegen des Verdachts, der Arbeitnehmer habe eine strafbare Handlung begangen, hat das Arbeitsgericht folglich die dargestellten engen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Verdachtskündigung zu prüfen. Soweit dann hierbei nach der Überzeugung des Gerichts die Tatbegehung des Arbeitnehmers feststeht, lässt das die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Kündigung unberührt³⁹⁶. Schließlich stehen Verdachts- und Tat Kündigung nicht beziehungslos nebeneinander³⁹⁷, da der Verdacht letztlich nur ein geringeres Maß an Überzeugung beinhaltet als der Beweis³⁹⁸. Maßgebend ist allein der objektive Sachverhalt, wie er sich dem Gericht nach den entsprechenden Vorträgen der Parteien sowie einer ggf. durchgeführten Beweisaufnahme ergibt³⁹⁹. Insofern ist das Arbeitsgericht nicht gehindert, die nachgewiesene Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund anzuerkennen⁴⁰⁰.

Wenn das Arbeitsgericht die Kündigung als Tat Kündigung bestätigt, liegt darin weder eine Schuld feststellung noch ist darin eine Maßnahme mit Sanktionscharakter zu sehen. Der Regelungsbereich der Unschuldsvermutung ist auch hier nicht eröffnet. Das Arbeitsgericht hat nämlich „nur“ für Recht erkannt, dass ein Kündigungsgrund besteht, der eine Fortsetzung des personenbezogenen Dauerschuldverhältnisses unzumutbar macht bzw. einer Weiterbeschäftigung entgegensteht und daher zu dessen Ende geführt

³⁹⁴ HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 638.

³⁹⁵ BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 202, der zurecht darauf verweist, dass dies schon aus dem Kündigungsgrund des Verdachts zu schließen sei, da der Verdacht ja auch aufrecht erhalten bleiben könne, wenn Staatsanwaltschaft oder Gericht das Verfahren einstellen.

³⁹⁶ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, 1229; LAG Rheinland-Pfalz v. 4.3.2010 – 2 Sa 519/09, BeckRS 2010, 70246.

³⁹⁷ BeckOK BGB/Fuchs, § 626 BGB, Rn. 42.

³⁹⁸ BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 198.

³⁹⁹ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, 1229; LAG Sachsen-Anhalt v. 9.6.2011 – 3 Sa 95/10, BeckRS 2011, 77510, Rn. 28.

⁴⁰⁰ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, 1229; Es ist im Übrigen nicht einmal erforderlich, dass der Arbeitgeber sich während des Prozesses darauf berufen hat, er stütze die Kündigung auch auf die erwiesene Tat, vgl. BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231.



hat. Dass sich der Arbeitnehmer einer Straftat schuldig gemacht hat, ist gerade nicht festgestellt worden.

Selbst wenn sich das Arbeitsgericht dazu hinreißen ließe, eine strafrechtliche Einordnung des Handelns vorzunehmen, ist ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung zu verneinen. Weder die Kündigung noch das sie bestätigende Urteil stellen einen Nachteil dar, der gleichbedeutend mit einem Schuldspruch oder der Verhängung einer Strafe im Rahmen eines strafrechtlichen Verfahrens ist. Hier geht es – wie oben ausgeführt – gerade nicht um eine Bestrafung. Zweck der Kündigung ist nämlich nicht eine Sanktion für eine begangene Pflichtverletzung, sondern der Ausschluss des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen.

Nach alledem ist der Regelungsbereich der Unschuldsvermutung bei der Verdachtskündigung nicht tangiert, so dass die Rechtsfigur der Verdachtskündigung auch nicht gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung verstößt.

c) Unzulässige Verlagerung der Beweislast?

Weiter wird gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung eingewandt, dass die Rechtsprechung des BAG zur Verdachtskündigung abweichend von allgemeinen kündigungsrechtlichen Grundsätzen zu einer unzulässigen Verlagerung der Beweislast auf den Arbeitnehmer führe⁴⁰¹. Während nach der derzeitigen gesetzlichen Lage eigentlich der Arbeitgeber das Risiko zu tragen habe, eine Kündigung auszusprechen und die gesetzlich vorgesehenen Kündigungsgründe dann nicht beweisen zu können, habe hier jedoch letztlich der Arbeitnehmer zu beweisen, dass die gegen ihn erhobenen Verdachtsmomente ohne Basis im Tatsächlichen sind. Letztendlich habe er zu

⁴⁰¹ Vgl. Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17 ff.; Egli, S. 90; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 152; Deinert, AuR 2005, 285; BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten, S. 5; Deutscher Gewerkschaftsbund in Ausschussdrucksache 17 (11) 210 vom 25.6.2010, S. 11, 12; Hopmann in Wortprotokoll des Ausschusses für Arbeit und Soziales, 24. Sitzung vom 28.6.2010, Protokoll 17/24 (752 – 2401), S. 339, 347.

beweisen, dass er die im Raum stehende schwerwiegende Pflichtverletzung oder Straftat nicht begangen hat⁴⁰².

Zutreffend ist, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, welche die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung bedingen und sozial rechtfertigen, grundsätzlich diesem obliegt. Nichts anders gilt auch für die Rechtsfigur der Verdachtskündigung. Sowohl für die den dringenden Verdacht begründenden objektiven (Indiz-) Tatsachen als auch für den durch den Verdacht entstandenen Vertrauensverlust und der daraus resultierenden Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitgeber in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig⁴⁰³. Dabei genügt nicht jeder vage Verdacht, sondern es bedarf eines dringenden Verdachts, der sich auf objektive Tatsachen und nicht auf bloße Annahmen oder Vermutungen seitens des Arbeitgebers stützen lassen muss⁴⁰⁴. Insofern soll mit dem Institut der Verdachtskündigung weder eine Korrektur der vom Gesetzgeber vorgesehenen Beweislastverteilung zu Lasten des Arbeitnehmers vorgenommen werden⁴⁰⁵, noch findet diese tatsächlich statt. Die Behauptung, dass der Arbeitnehmer im Verfahren vor dem Arbeitsgericht seine „Unschuld“ zu beweisen habe, ist also schlichtweg nicht zutreffend⁴⁰⁶.

d) Verstoß gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG?

Des Weiteren sehen die Kritiker in dem Rechtsinstitut der Verdachtskündigung einen Verstoß gegen das in Art. 12 Abs. 1 GG geregelte Grundrecht der Berufsfreiheit⁴⁰⁷. In dieses Grundrecht, das auch die Freiheit zur Wahl des Arbeitsplatzes und damit die Freiheit zur Aufnahme, Beibehaltung, Aufgabe sowie zum Wechseln der Ausübungs-

⁴⁰² Schütte, NZA 1991, Beilage 2, 17, 21; Dörner NZA 1992, 865, 872.

⁴⁰³ So auch: Appel/Gerken, AuR 1995, 201, 205; Fischermeier, FS AG Arbeitsrecht, S. 275, 276; Hahn, S. 51; Schmolke, AG 2014, 377, 382.

⁴⁰⁴ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

⁴⁰⁵ So Grunsky, ZfA 1977, 167, 174, der nur die Tatündigung zulassen will und eine Korrektur der Beweislastverteilung zu Lasten des Arbeitnehmers bei nicht aufklärbarem Sachverhalt dann vornehmen will, wenn die Nachteile, die der Arbeitgeber durch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erleide, deutlich höher zu gewichten wären als die Interessen des Arbeitnehmers.

⁴⁰⁶ Vgl. Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

⁴⁰⁷ Vgl. zuletzt Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 1614 ff.



stätte der Arbeit beinhaltet⁴⁰⁸, würde die Verdachtskündigung in unzulässiger Weise eingreifen. Denn mit ihr werde weder ein normativ legitimer Zweck verfolgt, noch sei sie geeignet, erforderlich und angemessen, das vermeintlich in der Praxis existierende Bedürfnis für das Vorhandensein einer Verdachtskündigung zu rechtfertigen⁴⁰⁹.

Unmittelbare Anwendung findet Art. 12 Abs. 1 GG bei der Verdachtskündigung nicht. Denn das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG verpflichtet nur die öffentliche Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) und nicht den Privaten⁴¹⁰. Bei der Verdachtskündigung wird – wie gesehen – keine hoheitliche Maßnahme ausgeübt, sondern der Arbeitgeber macht von einem privatrechtlich ihm zustehenden Gestaltungsrecht Gebrauch, um eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen⁴¹¹.

Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes des „wichtigen Grundes“ in § 626 Abs. 1 BGB, der – wie gesehen – Rechtsgrundlage für die außerordentliche Verdachtskündigung ist, ist das Grundrecht der Berufsfreiheit allerdings als Bestandteil der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes zu berücksichtigen⁴¹². Entsprechend ist zu fragen, ob bei der Anwendung der Verdachtskündigung die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG vollkommen oder teilweise missachtet worden ist⁴¹³. Schließlich würde eine Auslegung von § 626 Abs. 1 BGB dahingehend, dass bereits der rein subjektive Verlust des Vertrauens eines Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund anzuerkennen ist, der Grundrechtsposition des Arbeitnehmers nicht hinreichend genug Rechnung tragen⁴¹⁴.

Die Verdachtskündigung beruht auf der Erwägung, dass dem Arbeitgeber die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter dem dringenden Verdacht eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers, das ihn zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses

⁴⁰⁸ Dörner, AiB 1993, 147, 167.

⁴⁰⁹ APS/Dörner, 3. Auflage, § 626 BGB, Rn. 377.

⁴¹⁰ Maunz/Dürig/Scholz, Band II, Art. 12 GG, Rn. 77.

⁴¹¹ BVerfG v. 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133, 147; Vgl. Hoefs, S. 95, Ebeling, S. 81.

⁴¹² BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 404; BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269.

⁴¹³ Vgl. Hoefs, S. 95.

⁴¹⁴ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269.



berechtigten würde, nicht zugemutet werden kann⁴¹⁵. Die Rechtsfigur soll ihm folglich ermöglichen, ein durch massive, nicht auszuräumende Zweifel an der Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers belastetes und dadurch unzumutbar gewordenes Arbeitsverhältnis zu beenden. Mit der Verdachtskündigung will der Arbeitgeber sich selbst, sein Eigentum, aber auch andere Arbeitnehmer und ggf. Dritte wie beispielsweise seine Kunden schützen⁴¹⁶. Ein legitimer Zweck für eine Verdachtskündigung ist demnach gegeben.

Die Verdachtskündigung ist auch geeignet, den verfolgten Zweck zu erreichen, weil sie dem Arbeitnehmer jede Möglichkeit nimmt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Bezüglich der Erforderlichkeit des Mittels ist zu klären, ob mildere Mittel möglich sind. Eine Versetzung als milderes Mittel kommt überhaupt nur dann in Frage, wenn es einen freien Arbeitsplatz gibt, für den der betroffene Arbeitnehmer geeignet ist und bei dem sich das durch den Verdacht ausgelöste Misstrauen nicht negativ auf die weitere Zusammenarbeit auswirkt⁴¹⁷. Die von Kritikern⁴¹⁸ der Verdachtskündigung ins Spiel gebrachte Suspendierung des Arbeitnehmers, d. h. das Ruhen der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ohne dessen Beendigung⁴¹⁹ bis zur Aufklärung des Verdachts, ist kein geeignetes milderes Mittel. Zum einen kann diese nur dann in Betracht kommen, wenn und soweit eine Aufklärung des Verdachts noch möglich scheint⁴²⁰. Zum anderen ist die Suspendierung ihrem Wesen nach nur ein vorübergehendes Mittel, aber keine dauerhafte Lösung des Konflikts. Bei einer einseitigen Suspendierung durch den Arbeitgeber bliebe zudem der Anspruch des Arbeitnehmers

⁴¹⁵ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 246, Rn. 33.

⁴¹⁶ Ebd.

⁴¹⁷ Belling, RdA 1996, 223, 232. Nach Hoefs, S. 95, soll eine Versetzung beispielsweise dann in Betracht kommen, wenn ein der körperliche Übergriffe im Außendienst verdächtigter Polizist auf einen freien Platz im Innendienst versetzt werden könne. Vgl. auch LAG Düsseldorf v. 7.4.2011 – 11 Sa 58/11, wonach bei einem arbeitsplatzbezogenen Kündigungsgrund (Beleidigung des Vorgesetzten) die mögliche Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz der Kündigung vorgehe, wenn die begründete Aussicht bestehe, dass der Arbeitnehmer unter den veränderten Verhältnissen (hier: unter einem neuen Vorgesetzten), die Anforderungen vertragsgemäß erfüllen wolle; nachgehend BAG v. 27.9.2012 - 2 AZR 646/11, NJOZ 2013, 1064, das die Frage offen ließ.

⁴¹⁸ Z. B. Deinert, AuR 2005, 285, 296.

⁴¹⁹ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, S. 13, Rn. 25.

⁴²⁰ Vgl. Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, S. 14, Rn. 27.



auf Entgeltfortzahlung bestehen⁴²¹, was für den Arbeitgeber zu einer erheblichen finanziellen Belastung ohne den Gegenwert einer Arbeitsleistung führen könnte. Schon diese Zusatzbelastung spricht gegen eine Gleichstellung von Suspendierung und Verdachtskündigung⁴²². Letztendlich ist auch fraglich, was passierte, wenn der Verdacht sich nie aufklären ließe. Die Suspendierung kann nach alledem der Verdachtskündigung für einen sehr eng begrenzten Zeitraum vorausgehen, ein Grundsatz, dass zwingend dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung eine Suspendierung vorausgehen müsse⁴²³, existiert aber nicht.

Die Verdachtskündigung ist auch angemessen. Neben der grundrechtlichen Position des Arbeitnehmers muss hier auch die ebenfalls grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers (Art. 12 GG und Art. 14 GG) einschließlich der Entscheidung darüber, welche Arbeitnehmer er wie lange beschäftigt, Berücksichtigung finden⁴²⁴. Da beide Positionen grundsätzlich gleichwertig sind und entsprechend konkurrieren, muss das sich ergebende Spannungsfeld im Wege der praktischen Konkordanz aufgelöst werden⁴²⁵. Die vom BAG entwickelten engen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Verdachtskündigung kommen dem nach. Schließlich muss sich der dringende Verdacht stets auf ein Verhalten des Arbeitnehmers beziehen, dass – sofern es erwiesen wäre – die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würde, da nur dann bei der Güterabwägung das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegenüber dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt⁴²⁶. Außerdem darf der Vertrauensverlust beim Arbeitgeber nicht bloß subjektiv sein, sondern es bedarf eines Vertrauensverlustes, der entsprechend auf objektiven Tatsachen gründet⁴²⁷. Weiter muss der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Sachverhaltsaufklärung unternommen

⁴²¹ BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13= SAE 1965, 65; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, S. 15, Rn. 29.

⁴²² Vom Stein, S. 45; Hoefs, S. 99.

⁴²³ Nach Löwisch/Spinner/Wertheimer/Löwisch, § 1, Rn. 277 muss der Arbeitgeber in geeigneten Fällen vor einer Kündigung dem Arbeitnehmer anbieten, eine Suspendierung des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren.

⁴²⁴ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269.

⁴²⁵ Lücke BB 1997, 1842, 1846; Hoefs, S. 100; Schwerdtner, Brennpunkte des Arbeitsrechts 2001, 243, 252.

⁴²⁶ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

⁴²⁷ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269.



und insbesondere den betroffenen Arbeitnehmer angehört haben⁴²⁸. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine Verdachtskündigung verhältnismäßig im engeren Sinne und verstößt nicht gegen Art. 12 GG⁴²⁹.

e) Zwischenergebnis

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass die erhobenen dogmatischen Einwände gegen die generelle Zulässigkeit der Verdachtskündigung allesamt nicht zu überzeugen vermögen. Das Institut lässt sich im Wege bloßer Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung aus § 626 Abs. 1 BGB ableiten, so dass eine vermeintliche richterliche Rechtsfortbildung nicht gegeben ist. Die Verdachtskündigung verstößt auch nicht gegen die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung, da deren Anwendungsbereich gar nicht eröffnet ist. Bei der Verdachtskündigung kommt es nicht zu einer Beweislasterleichterung für den Arbeitgeber. Auch hier obliegt dem Arbeitgeber die umfassende Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, welche die von ihm ausgesprochene Kündigung bedingen. Da sich aus Art. 12 Abs. 1 GG gegensätzliche Grundrechtspositionen der Arbeitsvertragsparteien ergeben, bedarf das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung der besonderen verfassungsrechtlichen Legitimation, der durch die vorzunehmende Güterabwägung und der damit verbundenen Berücksichtigung der Einhaltung der strengen Voraussetzungen an eine Verdachtskündigung Genüge getan wird.

6. Zulässigkeit der Verdachtskündigung in einem Berufsausbildungsverhältnis?

Die Frage der Zulässigkeit der Rechtsfigur der Verdachtskündigung stellt sich nicht nur im Arbeitsverhältnis. Auch im Ausbildungsverhältnis kann diese Frage eine Rolle spielen, so dass es hier einer Klärung bedarf.

⁴²⁸ BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316.

⁴²⁹ BVerfG v. 15.12.2008 – 1 BvR 374/09, Rn. 10 ff., BVerfGK 14, 507 = BeckRS 2011, 87024; BVerfG v. 4.11.2008 – 1 BvR 2587/06, NZA 2009, 53; BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269, 271; Ebeling, S. 83; Hoefs S. 101; Schwerdtner, Brennpunkte des Arbeitsrechts 2001, 243, 252.



Gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG kann nach Ablauf der Probezeit ein Berufsausbildungsverhältnis nur aus einem wichtigen Grund ohne Einhalten einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Ein wichtiger Grund setzt in Anlehnung an § 626 Abs. 1 BGB voraus, dass Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Ausbilder unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Berufsausbildungsverhältnisses bis zum Ablauf der Ausbildungszeit bzw. dem Erreichen des Ausbildungszieles nicht zugemutet werden kann. Dabei ist unklar, ob bei der Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Grundes oder bei der Interessenabwägung oder gar bei beidem die Besonderheiten des Ausbildungsverhältnisses zu berücksichtigen sind⁴³⁰. Letztlich sind auf jeden Fall an die Annahme einer Unzumutbarkeit für den Auszubildenden erschwerte Bedingungen zu knüpfen⁴³¹. Denn bei der Interessenabwägung fallen insbesondere der Ausbildungszweck des Vertragsverhältnisses, der Zeitpunkt der Kündigung⁴³², das regelmäßig junge Alter des Auszubildenden sowie dessen Unreife und fehlende Lebenserfahrung⁴³³ besonders ins Gewicht⁴³⁴. Insofern kann nicht jeder Vorfall, der im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zur Kündigung berechtigen würde, als wichtiger Grund die Kündigung eines Auszubildenden rechtfertigen⁴³⁵. Die Kündigung ist lediglich als ultima ratio nach Ausschöpfung aller möglichen zumutbaren erzieherischen bzw. pädagogischen Mittel und der Hinzuziehung der gesetzlichen Vertreter zulässig⁴³⁶. Es bedarf daher grundsätzlich einer vorherigen Abmahnung⁴³⁷.

⁴³⁰ Vgl. HK-ArbR/Herrmann, § 22 BBiG, Rn. 10.

⁴³¹ LAG Köln v. 8.1.2003 – 7 Sa 852/02, AuR 2003, 235; ArbG Hamburg v. 17.11.2009 – 9 Ca 243/09, Juris, Rn. 44.

⁴³² Eine fristlose Kündigung kurz vor Abschluss der Ausbildung ist kaum noch möglich (vgl. ErfK/Schlachter, § 22 BBiG, Rn. 3 mit weiteren Nachweisen).

⁴³³ HK-ArbR/Herrmann, § 22 BBiG, Rn. 11.

⁴³⁴ Vgl. ArbG Kiel v. 30.12.2009 – 1 Ga 34a/09, JurionRS 2009, 32543.

⁴³⁵ Hoefs, S. 318; Ebeling, S. 208.

⁴³⁶ ArbG Hamburg v. 17.11.2009 – 9 Ca 243/09, Juris, Rn. 44; Hoefs, S. 318f.; Ebeling, S. 208.

⁴³⁷ Thillmann, AnwZert ArbR 22/2008, Anm. 1; LAG Rheinland-Pfalz v. 25.4.2013 – 10 Sa 518/12, NZA-RR 2013, 406; nur bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen, deren Rechtswidrigkeit dem Auszubildenden ohne weiteres erkennbar und bei denen eine Hinnahme durch den Auszubildenden offensichtlich ausgeschlossen ist, bedarf es vor dem Ausspruch der ordentlichen Kündigung keiner Abmahnung (vgl. BAG v. 1.7.1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270).



Vor diesem Hintergrund sollen nach der wohl herrschenden Meinung Verdachtskündigungen im Berufsausbildungsverhältnis grundsätzlich unzulässig sein⁴³⁸. Schließlich würde es sich bei dem Berufsausbildungsverhältnis gerade nicht um ein Arbeitsverhältnis, sondern um ein besonderes Rechtsverhältnis handeln, bei dem die charakterliche Förderung eine besondere Rolle spiele, so dass die für die Zulässigkeit der Verdachtskündigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres übertragen werden könnten⁴³⁹. Ausnahmsweise soll eine Verdachtskündigung im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses jedoch dann zugelassen werden, wenn der besondere Charakter des Ausbildungsverhältnisses eine vertiefte Vertrauensbasis zwischen den Vertragspartnern erfordert⁴⁴⁰. An die Prüfung, ob eine derartige vertiefte Vertrauensbasis gegeben ist, seien hohe Anforderungen zu stellen⁴⁴¹. In jüngerer Vergangenheit ist eine derartige besondere Vertrauensstellung im Falle der Ausbildung zum Bankkaufmann auf Grund der Einbindung des Auszubildenden in die Abläufe des Bankhauses und seiner Berührung mit hohen Geldbeträgen bejaht worden⁴⁴². Dagegen soll eine solche vertiefte Vertrauensbasis nicht vorliegen, wenn der Auszubildende den Posteingang bearbeitet und der Ausbilder ihn verdächtigt, mehrere Briefe der Berufsschule unterdrückt zu haben, mit denen der Ausbilder über wiederholte Verspätungen des Auszubildenden in der Berufsschule unterrichtet werden sollte, und mehrere Abmahnungen aus seiner Personalakte eigenmächtig entfernt zu haben⁴⁴³.

Anderer Ansicht zufolge soll eine Verdachtskündigung im Ausbildungsverhältnis dann möglich sei, wenn ein nicht zu beseitigender Verdacht durch das Verhalten des Auszubildenden verstärkt werde und der Auszubildende erkennbar nicht alles aus seiner Sicht Mögliche und Zumutbare unternehme, den Verdacht zu entkräften⁴⁴⁴.

⁴³⁸ KR/Weigand, § 22 BBiG, Rn. 48; Wohlgemuth/Pepping, § 22 BBiG, Rn. 23; BH/Benecke, § 22 BBiG, Rn. 22.

⁴³⁹ Wohlgemuth/Pepping, § 22 BBiG, Rn. 23.

⁴⁴⁰ LAG Köln v. 19.9.2006 – 9 Sa 1555/05, LAGE § 22 BBiG 2005 Nr. 1; ErfK/Schlachter, § 22 BBiG, Rn. 3; APS/Biebl, § 22 BBiG, Rn. 16.

⁴⁴¹ LAG Köln v. 19.9.2006 – 9 Sa 1555/05, LAGE § 22 BBiG 2005 Nr. 1; BeckOK AR/Hagen, § 22 BBiG, Rn. 10.

⁴⁴² BAG v. 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, Pressemitteilung 6/15 des BAG vom 12.2.2015; Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz v. 18.4.2013 – 2 Sa 490/12, BeckRS 2013, 71099.

⁴⁴³ LAG Köln v. 19.9.2006 – 9 Sa 1555/05, LAGE § 22 BBiG 2005 Nr. 1.

⁴⁴⁴ Leinemann/Taubert, § 22 BBiG, Rn. 62; einschränkend Heinze, AuR 1984, 237.



Nach wiederum anderer Ansicht gäbe es angesichts der strengen Anforderungen der Rechtsprechung an die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung keine Veranlassung, die Verdachtskündigung im Berufsausbildungsverhältnis grundsätzlich auszuschließen⁴⁴⁵. Demnach sei die Verdachtskündigung auch im Ausbildungsverhältnis grundsätzlich zulässig.

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Denn zum einen kann die Zulässigkeit der Verdachtskündigung auch im Ausbildungsverhältnis nicht davon abhängig gemacht werden, ob der betroffene Auszubildende etwas zur Entkräftung eines Vorwurfs beigetragen hat⁴⁴⁶. Wird ein Auszubildender von seinem Ausbilder mit den Verdachtsmomenten konfrontiert, kann er sich nämlich auf diese substantiiert einlassen und aktiv an der Aufklärung mitwirken, er kann aber auch schweigen. Verweigert der Auszubildende eine aktive Beteiligung an der Aufklärung, kann dies zwar den Rückschluss rechtfertigen, dass er an einer Aufklärung der gegen ihn gerichteten Vorwürfen und der Beseitigung des daraus resultierenden Wegfalls des Vertrauens nicht interessiert sei, doch kann die fehlende Mitwirkung selbst die Kündigung nicht rechtfertigen⁴⁴⁷. Zum anderen lässt sich der generelle Ausschluss der Verdachtskündigung im Ausbildungsverhältnis nicht rechtfertigen. Zwar handelt es sich bei dem Berufsausbildungsverhältnis in der Tat um ein besonderes Rechtsverhältnis, das mit einem Arbeitsverhältnis nicht eins zu eins zu vergleichen ist. Doch auch wenn man die Besonderheiten eines Ausbildungsverhältnisses entsprechend berücksichtigt, kann in einem solchen Vertragsverhältnis der auf einem Auszubildenden lastende Verdacht einer schweren Pflichtverletzung oder gar einer Straftat derart schwer wiegen, dass ein Vertrauensverlust damit einhergeht und dem Auszubildenden eine Fortsetzung des Ausbildungsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann⁴⁴⁸. So muss es auch ihm möglich sein, sich in derartigen Konstellationen vom Auszubildenden mittels der Verdachtskündigung zu trennen, wobei die von der Rechtsprechung gestellten strengen Anforderungen an die Wirksamkeit von Verdachtskündigungen gleichermaßen erfüllt sein müssen. Auf eine

⁴⁴⁵ BMMS/Stück, § 15 BBiG a. F., Rn. 113.

⁴⁴⁶ Wohlgemuth/Pepping, § 22 BBiG, Rn. 23.

⁴⁴⁷ Vgl. hierzu die zu einem Arbeitnehmer ergangene Entscheidung des LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2009 – 22 Sa 5/09, BeckRS 2009, 73044.

⁴⁴⁸ Vgl. BAG v. 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, Pressemitteilung 6/15 des BAG vom 12.2.2015; Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz v. 18.4.2013 – 2 Sa 490/12, BeckRS 2013, 71099.



besondere Vertrauensstellung bzw. eine vertiefte Vertrauensbasis zwischen dem Ausbildenden und dem Auszubildenden kommt es dabei nicht an.

Ob eine derartige vertiefte Vertrauensbasis im Einzelfall gegeben ist, dürfte bereits regelmäßig schwierig zu bestimmen sein: Liegt diese beim Bäckerlehrling vor, der regelmäßig Zugriff auf die Kasse hat? Oder ist diese bei einem Auszubildenden in einer Kfz-Werkstatt gegeben, der freien Zugriff auf sämtliches Werkzeug, Ersatzteile und Verbrauchsmaterialien bzw. gar auf die in den Fahrzeugen der Kunden gelassenen Gegenstände hat? Ist hier jeweils ein besonderer Charakter des Ausbildungsverhältnisses gegeben, der eine vertiefte Vertrauensbasis zwischen Ausbildendem und Auszubildendem erfordert⁴⁴⁹?

Letztlich zeigen die Beispiele, dass nicht nur der Auszubildende im Bankwesen sondern praktisch jeder Auszubildende mit Eigentum und Vermögen seines Ausbilders in Berührung kommen oder gar freien Zugriff auf dieses haben kann. Insofern wird zwangsläufig auch bei der Durchführung des Ausbildungsverhältnisses ein gegenseitiges Vertrauen vorausgesetzt. Dieses Vertrauen in die Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Auszubildenden kann gleichermaßen – wie das vom Arbeitgeber in den Arbeitnehmer – durch den auf dem Auszubildenden lastenden Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung zerstört werden⁴⁵⁰, so dass der Ausbildungszweck gefährdet und eine Fortsetzung für den Ausbilder nicht mehr zumutbar ist⁴⁵¹.

Sofern eine besondere Vertrauensstellung zwischen Auszubildendem und Ausbildendem besteht, kann dies im Einzelfall erschwerend hinzukommen, darf aber für die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung im Ausbildungsverhältnis letztlich nicht entscheidend sein. Vielmehr muss im Falle eines dringenden Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Auszubildenden, der eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der dem Verdacht zu Grunde liegenden Tatsachen verlangt⁴⁵², eine Verdachtskündigung grundsätzlich möglich sein. Gleichwohl muss der besondere

⁴⁴⁹ BH/Benecke, § 22 BBiG, Rn. 22.

⁴⁵⁰ Ebeling, S. 209.

⁴⁵¹ Vgl. Heinze, AuR 1984, 237, 243.

⁴⁵² LAG Rheinland Pfalz v. 31.8.2007 – 9 Sa 40/07, BeckRS 2007, 48196; Herkert/Törtl, § 22 BBiG, Rn. 98.



Charakter des Ausbildungsverhältnisses – wie bei jeder anderen Kündigung im Rahmen des Ausbildungsverhältnisses – auch bei der vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung Berücksichtigung finden⁴⁵³.

7. Ergebnis

Die von der Rechtsordnung getroffene „Grundentscheidung“⁴⁵⁴, die Verdachtskündigung trotz des dargestellten verbleibenden Restrisikos, „den Falschen zu treffen“, als grundsätzlich zulässig zu erachten, ist dogmatisch vor dem Hintergrund der vom BAG an die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung gestellten strengen Anforderungen und der dadurch erfolgten Risikominimierung, nicht zu beanstanden. Die Verdachtskündigung ist unter diesen Voraussetzungen – sowohl im Arbeits- als auch im Berufsausbildungsverhältnis – grundsätzlich zulässig.

III. Die Rechtsnatur der Verdachtskündigung

Bezug nehmend auf die bereits oben dargestellte Kritik, die Verdachtskündigung lasse sich nicht in die Systematik der in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG aufgeführten ordentlichen Kündigungsgründe einfügen, bedarf es aus dogmatischer Sicht der Klärung, wie die Rechtsfigur der Verdachtskündigung richtigerweise einzuordnen ist⁴⁵⁵.

Die Verdachtskündigung wird verschiedentlich als verhaltensbedingte Kündigung eingeordnet⁴⁵⁶. Denn schließlich beziehe sich der Verdacht in der Regel auf eine Tat bzw. Pflichtverletzung und damit auf ein vorangegangenes (Fehl-) Verhalten des Arbeitnehmers⁴⁵⁷, so dass der Grund für die Kündigung verhaltensbedingter Natur sei.

⁴⁵³ Ebeling, S. 209; Hoefs, S. 319.

⁴⁵⁴ Kreft, NZA 2012, Beilage 2, 64.

⁴⁵⁵ Viele Nachweise zum Streitstand bei KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 211.

⁴⁵⁶ Gentges, S. 250; KR/Etzel, 7. Aufl., § 1 KSchG, Rn. 505; Seeling/Zwickel, MDR 2008, 1020, 1021; Ebenso listet Schaub/Linck, ArbR-Hdb. § 133, Rn. 54 den „Verdacht“ als Fallgruppe der verhaltensbedingten Kündigung auf.

⁴⁵⁷ Nicklaus, S. 128.



Vereinzelt wird vertreten, die Verdachtskündigung sei eine besondere Kündigungsart. Häufig gerate der Arbeitnehmer nämlich schuldlos in Verdacht und biete daher oft keinen in seinem Verhalten oder seiner Person liegenden Grund. Hier liege der Grund für die Kündigung vielmehr in der Umgebung des Arbeitnehmers, so dass die Verdachtskündigung einen durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffenen, eigenständigen vierten sozialen Rechtfertigungsgrund für eine ordentliche Kündigung darstelle⁴⁵⁸.

Die herrschende Meinung⁴⁵⁹ ordnet die Verdachtskündigung als personenbedingte Kündigung ein, da dem Arbeitnehmer hier zugeschrieben werde, dass er die Vertrauenswürdigkeit und damit eine für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unerlässliche Eigenschaft nicht mehr habe⁴⁶⁰.

Das BAG hatte diese Frage bislang offen gelassen⁴⁶¹ bzw. sich zu der Rechtsnatur der Verdachtskündigung nicht abschließend geäußert⁴⁶². In einer jüngeren Entscheidung bezog das BAG nun insoweit Stellung, als dass bei einer Verdachtskündigung weder ein Kündigungsgrund im Verhalten des Arbeitnehmers noch in der Person vorliege, der die Kündigung bedingen könnte⁴⁶³. Einerseits sei die Pflichtverletzung nicht erwiesen und andererseits führe der bloße Verdacht nicht zu einem Eignungsmangel⁴⁶⁴. Wie die Verdachtskündigung aber dann dogmatisch einzuordnen ist, blieb weiter offen.

Zwar mag die Einordnung der Verdachtskündigung als verhaltensbedingte Kündigung zunächst naheliegend sein, da es um eine Straftat oder eine sonstige schwerwiegende Pflichtverletzung geht⁴⁶⁵. In der Regel ist eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 KSchG nämlich dann sozial

⁴⁵⁸ HK-KSchG/Dorndorf, § 1, Rn. 844.

⁴⁵⁹ Mit vielen Nachweisen vgl. jeweils: KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 211; KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 393a; HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 632; MüKo-BGB/Hergenröder § 1 KSchG, Rn. 184.

⁴⁶⁰ Rost, MLR 2011, 8, 12.

⁴⁶¹ Vgl. BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307, 309.

⁴⁶² Vgl. Rost, MLR 2011, 8, 12; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 211; Alt, S. 117.

⁴⁶³ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 34.

⁴⁶⁴ Ebd., s. hierzu auch Hamacher, Schnellbrief für Personalwirtschaft und Arbeitsrecht 2014, 49.

⁴⁶⁵ Vgl. Rost, MLR 2011, 8, 12.



gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten im erheblichen Umfang und in der Regel schuldhaft verletzt hat, das Arbeitsverhältnis dadurch also konkret beeinträchtigt wird, eine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung infolgedessen nicht besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der beiderseitigen Interessen damit angemessen erscheint⁴⁶⁶.

Jedoch muss man sich gerade für die Einordnung der Verdachtskündigung in das System der Kündigungsgründe vor Augen führen, weshalb eigentlich die Verdachtskündigung erfolgt bzw. was der eigentliche Auslöser der Verdachtskündigung ist. Schließlich erfolgt die Kündigung hier gerade nicht wegen des – nicht nachweisbaren – Vorwurfs der Tatbegehung⁴⁶⁷. Denn ein bestimmtes, bewiesenes (Fehl-) Verhalten wird bei einer Verdachtskündigung nicht vorausgesetzt⁴⁶⁸. Die Umstände, die zum Verdacht führten, sind nicht Grund der Kündigung. Der Verdachtskündigung liegt vielmehr – wie gesehen – der Gedanke zu Grunde, dass das Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis ein gewisses gegenseitiges Vertrauen der Vertragspartner voraussetzt⁴⁶⁹. Insofern stellt das Arbeitsverhältnis eine vertrauensvolle Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dar⁴⁷⁰. Dieses gegenseitige Vertrauensverhältnis kann nicht nur durch eine erwiesene Pflichtverletzung des Vertragspartners, sondern eben auch durch den dringenden Verdacht, eine solche begangen zu haben, unwiederbringlich zerstört werden, so dass dem anderen Vertragspartner die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist⁴⁷¹. Diese Konstellation hat die Verdachtskündigung im Blick. Kündigungsgrund bei einer Verdachtskündigung ist gerade nicht der bloße Verdacht, sondern der durch den Verdacht empfundene Wegfall des Vertrauens in die Redlichkeit und das Pflichtbewusstsein des Vertragspartners.

⁴⁶⁶ BAG v. 19.4.2012 – 2 AZR 156/11, NZA 2012, 1275; Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 2271.

⁴⁶⁷ Rost, MLR 2011, 8, 12.

⁴⁶⁸ KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 393a.

⁴⁶⁹ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269, 270.

⁴⁷⁰ Vgl. Bengelsdorf, FA 2013, 66, 67.

⁴⁷¹ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137; BAG v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA-RR 2012, 222 = ArbRB 2011, 167 = PR 2011, 268 = Straube, ArbRAktuell 2011, 220.



Für die Frage, ob ein Arbeitnehmer durch einen auf ihm lastenden Verdacht die Vertrauenswürdigkeit bei seinem Arbeitgeber verliert, kommt es auf Umstände in der Sphäre des Arbeitgebers an und diese liegen nicht im „Eignungsspektrum“ des Arbeitnehmers. Letztlich muss man aber in jenem Vertrauensverlust und der darauf aufbauenden negativen Prognose („Erwartung weiterer Taten“) den zentralen Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sehen⁴⁷². Schließlich verfügt der Arbeitnehmer nicht mehr über die erforderliche Eignung, um zukünftig die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung – ganz oder teilweise – zu erbringen⁴⁷³. Insofern beruhen hier die zur Kündigung führenden Umstände auf einer in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden „Störquelle“⁴⁷⁴. Die Verdachtskündigung ist daher zutreffend als Fallgruppe der personenbedingten Kündigung anzusehen⁴⁷⁵ und lässt sich somit auch in die Systematik der in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG genannten Kündigungsgründe einordnen.

IV. Verhältnis und Abgrenzung von Verdachts- und Tatkündigung

Die Verdachtskündigung ist von der sog. Tatkündigung zu unterscheiden. Ob eine Kündigung als Tat- oder Verdachtskündigung zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach dem Vortrag bzw. dem Kündigungsentschluss des Arbeitgebers⁴⁷⁶. Bei der Tatkündigung beruht der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers darauf, dass der Arbeitnehmer eine Straftat bzw. schwerwiegende Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat, der zur Kündigung berechtigende Sachverhalt also erwiesen ist und dem Arbeitgeber aus diesem Grund die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist⁴⁷⁷. Demgegenüber handelt es sich um eine Verdachtskündigung, wenn der Arbeitgeber seine

⁴⁷² Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 394.

⁴⁷³ BAG v. 18.9.2008 – 2 AZR 976/06, NZA 2009, 425.

⁴⁷⁴ BAG v. 24.3.2011 – 2 AZR 790/09, AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 33 = NZA 2011, 1084.

⁴⁷⁵ Mit vielen Nachweisen vgl. jeweils: KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 211; KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 393a; HaKo/Gallner/Denecke, § 1, Rn. 632; MüKo-BGB/Hergenröder, § 1 KSchG, Rn. 184; Hahn, S. 64; a. A. zuletzt Adam, AuR 2013, 17, der die Eingruppierung als personenbedingte Kündigung ablehnt, da der Verdacht keine Eigenschaft des Arbeitnehmers sei.

⁴⁷⁶ Stöhr, JuS 2010, 1052, 1054.

⁴⁷⁷ BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056, 1058; Brachmann/Diepold, AuA 2011, 72.



Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines von ihm nicht für sicher gehaltenen oder nicht nachweisbaren strafbaren bzw. schwerwiegenden pflichtwidrigen Verhaltens habe die für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensgrundlage entzogen⁴⁷⁸.

In dem Vorwurf der tatsächlichen Begehung der Tat ist die Verdachtskündigung nicht als Minus enthalten⁴⁷⁹. Die Verdachtskündigung ist weder ein Unterfall der Tatkündigung⁴⁸⁰, noch eine „kleine Tatkündigung“⁴⁸¹ bzw. auch keine „degenerierte Version der Tatkündigung“⁴⁸². Vielmehr sind Tat- und Verdachtskündigung als rechtlich eigenständige Kündigungstatbestände voneinander zu trennen⁴⁸³. Es handelt sich nicht um „Holz vom gleichen Stamme“⁴⁸⁴.

Sofern die Kündigung (auch) auf den Verdacht einer Pflichtverletzung und den damit einhergehenden Vertrauensverlust gestützt werden soll, muss der Arbeitgeber dies deutlich zum Ausdruck bringen⁴⁸⁵. Denn nur dann kann die Kündigung im Rahmen eines etwaigen Kündigungsschutzverfahrens von den Gerichten unter dem Gesichtspunkt der Verdachtskündigung geprüft werden⁴⁸⁶. Entsprechend hat der Arbeitgeber im Rahmen einer notwendigen Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG zu erklären, ob die beabsichtigte Kündigung (hilfsweise) als Verdachtskündigung erfolgen soll⁴⁸⁷. Denn auch hinsichtlich der Betriebsratsanhörung liegen unterschiedliche Kündigungsgründe vor⁴⁸⁸. Daneben kann der Arbeitgeber auch durch einen Verweis im Kündigungsschreiben deutlich machen, dass die Kündigung (auch) mit dem Verdacht eines pflichtwidri-

⁴⁷⁸ Vgl. KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 210.

⁴⁷⁹ St. Rspr., zuletzt BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 138; BAG v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA-RR 2012, 222 = ArbRB 2011, 167 = PR 2011, 268 = Straube, ArbRAktuell 2011, 220.

⁴⁸⁰ Langner/Witt, DStR 2008, 825.

⁴⁸¹ Lücke, BB 1997, 1842, 1845; Hahn, S. 48.

⁴⁸² Weber, SAE 1996, 57, 61.

⁴⁸³ St. Rspr., zuletzt BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 138.

⁴⁸⁴ ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342, Rn. 142.

⁴⁸⁵ Vgl. ebd.

⁴⁸⁶ Moll/Schulte, § 44, Rn. 94.

⁴⁸⁷ Vgl. Teil C. V.

⁴⁸⁸ BAG v. 23.4.2008 – 2 ABR 71/07, AP BetrVG § 103 Nr. 56 = NZA 2008, 1081.



gen Handelns begründet wird. Das kann durch das Verwenden zweier getrennter Kündigungsschreiben an den Arbeitnehmer zum Ausdruck gebracht werden⁴⁸⁹, muss aber nicht zwingend so erfolgen⁴⁹⁰, da der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Kündigungsgründe bereits in das Kündigungsschreiben aufzunehmen⁴⁹¹. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der Arbeitgeber die Kündigung in den Tatsacheninstanzen eines etwaigen Kündigungsschutzprozesses auch auf den Vertrauensverlust infolge des Verdachts eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens stützt⁴⁹².

Auch wenn es sich bei der Tat- und der Verdachtskündigung um eigenständige Kündigungstatbestände handelt, stehen beide nicht ohne gegenseitige Auswirkungen nebeneinander⁴⁹³. Schließlich bedeutet der Verdacht letztlich nur ein geringeres Maß an menschlicher Überzeugung als der Beweis⁴⁹⁴.

1. Übergang von der Verdachtskündigung zur Tatkündigung

Wird die Kündigung mit dem Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens begründet, steht indessen – z. B. nach einer durchgeführten Beweisaufnahme – zur Überzeugung des Gerichts die Pflichtwidrigkeit tatsächlich fest, lässt dies die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Kündigung unberührt⁴⁹⁵. Maßgebend ist allein der objektive

⁴⁸⁹ ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 175.

⁴⁹⁰ LAG Rheinland-Pfalz v. 31.5.2012 – 11 Sa 594/11, BeckRS 2012, 72809; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553.

⁴⁹¹ Brilla, WStH Nr. 18 2013, 3501, 3502; Als Ausnahme von diesem Grundsatz sind § 22 Abs. 3 BBiG und § 9 Abs. 3 Satz 2 MuSchG zu nennen.

⁴⁹² BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = NZA 1986, 677, Rn. 27; vHH/L/Krause, § 1 KSchG, Rn. 469.

⁴⁹³ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; Weißleder, SchlHA 12/2003, 288, 289; Müller, Teil D, Rn. 871; Wessing, AnwZert ArbR 11/2008, Anm. 3.

⁴⁹⁴ BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 198.

⁴⁹⁵ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.

Nach Berkowsky, Arbeitsrecht aktiv 2009, 23, 25 sei bei dem Fall, dass sich im Rahmen der Beweisaufnahme die Täterschaft des mittels bloßer Verdachtskündigung gekündigten Arbeitnehmers als erwiesen herausstellt, ein Übergang auf die Tatkündigung gar nicht erforderlich, da der Beweis



Sachverhalt, wie er sich dem Gericht nach Parteivorbringen und gegebenenfalls Beweisaufnahme darstellt⁴⁹⁶. Ergibt sich daraus nach tatrichterlicher Würdigung das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit, ist das Gericht nicht gehindert, dies seiner Entscheidung zu Grunde zu legen⁴⁹⁷. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber eine Verdachtskündigung ausgesprochen und im Prozess keine Tat Kündigung nachgeschoben hat⁴⁹⁸ bzw. sich auf diesen Kündigungstatbestand gar nicht beruft⁴⁹⁹. Denn maßgebend ist allein der objektive Sachverhalt, wie er sich dem Gericht nach Vorbringen der Parteien und einer etwaigen Beweisaufnahme darstellt⁵⁰⁰. Insofern ist entscheidend, dass sich der Verdacht in seiner „schärfsten Form“ bestätigt hat und das Gericht von der Begehung der Tat durch den betroffenen Arbeitnehmer überzeugt ist⁵⁰¹. Dabei ist für die Wirksamkeit einer solchen Kündigung sogar unerheblich, wenn vor Ausspruch der Verdachtskündigung die Anhörung des Arbeitnehmers unterblieben ist oder diese nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, da es einer Anhörung zur „Tat Kündigung“ nicht bedarf⁵⁰². Auch ist es unschädlich, wenn der Betriebsrat lediglich zu der beabsichtigten Verdachtskündigung angehört worden ist, sofern ihm alle Tatsachen mitgeteilt worden sind, die nicht nur den Verdacht einer Pflichtverletzung, sondern auch den Vorwurf der Tat selbst begründen⁵⁰³. Die erfolgte Anhörung des Betriebsrats zur Verdachtskündigung schließt die Anhörung zur Tat Kündigung mit ein⁵⁰⁴, da die Mitteilung einer beabsichtigten Verdachtskündigung dem Betriebsrat in

der vollendeten Pflichtverletzung auch den Beweis dafür bringe, dass die die Verdachtskündigung begründenden Indizien ausreichend waren, so dass sich diese als rechtsbeständig erweisen würde.

⁴⁹⁶ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

⁴⁹⁷ Ebd.

⁴⁹⁸ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; LAG Rheinland-Pfalz v. 4.3.2010 – 2 Sa 519/09, BeckRS 2010, 70246, Rn. 44.

⁴⁹⁹ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 801 = NJW 2011, 2231.

⁵⁰⁰ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

⁵⁰¹ Rost, MLR 2011, 8, 11.

⁵⁰² BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1143; LAG Rheinland-Pfalz v. 4.3.2010 – 2 Sa 519/09, BeckRS 2010, 70246, Rn. 45; Rost, MLR 2011, 8, 11.

⁵⁰³ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1143; LAG Hessen v. 21.2.2014 – 14 Sa 609/13, NZA-RR 2014, 585, Rn. 40; Kritisch hierzu Fischer, jurisPR-ArbR 48/2010 Anm. 1.

⁵⁰⁴ Stoffels, S. 37, 39; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 397.



der Regel weit größeren Anlass für ein umfassendes Tätigwerden bietet als es bei der Anhörung zu einer Tat Kündigung der Fall ist⁵⁰⁵.

2. Übergang von der Tat Kündigung zur Verdachts Kündigung

Beruft sich der Arbeitgeber bei der Kündigung jedoch einzig auf den Vorwurf der Tatbegehung und eben nicht – auch nicht hilfsweise – auf den Verdacht und den dadurch entstandenen Wegfall des Vertrauens, kann er später regelmäßig nicht auf die Verdachts Kündigung umschwenken, wenn am Ende des Kündigungsschutzprozesses lediglich ein (dringender) Verdacht übrig bleibt⁵⁰⁶. Denn der Übergang von der Tat- auf die Verdachts Kündigung scheidet hier bereits regelmäßig an der fehlenden Anhörung des Betriebsrats zur Verdachts Kündigung⁵⁰⁷. Hinsichtlich der Betriebsratsanhörung stellen Tat- und Verdachts Kündigung aber unterschiedliche Kündigungsgründe dar⁵⁰⁸. Wenn der Betriebsrat ausschließlich zur Tat Kündigung angehört worden ist, so liegt eine Anhörung auch eben „nur“ zur Tat Kündigung und nicht zur Verdachts Kündigung vor⁵⁰⁹. Denn da die Mitteilung einer beabsichtigten Verdachts Kündigung dem Betriebsrat in der Regel weit größeren Anlass für ein Tätigwerden bietet als es bei der Anhörung zu einer Tat Kündigung der Fall ist, kann von einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung hier nicht ausgegangen werden⁵¹⁰. Schließlich könnte der Betriebsrat sich in dieser Konstellation veranlasst sehen, von einer eigenen Stellungnahme abzusehen und die Klärung des Tatvorwurfs dem Kündigungsschutzverfahren zu überlassen⁵¹¹. Gibt der

⁵⁰⁵ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 801 = NJW 2011, 2231; LAG Hessen v. 21.2.2014 – 14 Sa 609/13, NZA-RR 2014, 585, Rn. 40.

⁵⁰⁶ LAG Saarland v. 12.9.2012 - 2 Sa 7/12, BeckRS 2013, 67834; vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 469; Stoffels, S. 37, 39.

⁵⁰⁷ Stoffels, S. 37, 50 weist darauf hin, dass die nicht erfolgte Betriebsanhörung in diesen Fällen „ein nicht ganz seltener Fehler“ sei.

⁵⁰⁸ BAG v. 23.4.2008 – 2 ABR 71/07, AP BetrVG § 103 Nr. 56 = NZA 2008, 1081.

⁵⁰⁹ Vgl. BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890, 893 = NZA 2014, 143, Rn. 40.

⁵¹⁰ Vgl. BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 801 = NJW 2011, 2231.

⁵¹¹ BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = NZA 1986, 677.



Arbeitgeber dagegen selbst zu erkennen, er hege „lediglich“ einen Verdacht gegen den Arbeitnehmer, so erhebt der Betriebsrat eher „nachdrückliche Gegenvorstellungen“⁵¹².

Des Weiteren dürfte bei derartigen Fällen die Anhörung des Arbeitnehmers, die formelle Wirksamkeitsanforderung einer jeden Verdachtskündigung ist und auf die im Folgenden noch einzugehen ist, in der Regel nicht oder nicht ausreichend durchgeführt worden sein⁵¹³.

In der Praxis wird deshalb ein Arbeitgeber seine Kündigung kumulativ auf eine „erwiesene“ Pflichtverletzung und den „dringenden Verdacht“ eines entsprechenden Fehlverhaltens stützen, wobei der Betriebsrat entsprechend zu beiden Aspekten anzuhören ist⁵¹⁴.

V. Verhältnis zwischen außerordentlicher und ordentlicher Verdachtskündigung

Die Verdachtskündigung kann sowohl als ordentliche als auch als außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden⁵¹⁵. Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen eine ordentliche Verdachtskündigung möglich ist. In der Literatur ist schon frühzeitig vertreten worden, dass angesichts der hohen Voraussetzungen, die an die Verdachtskündigung insgesamt und insbesondere an den objektivierten Wegfall der Vertrauensgrundlage zu stellen seien, eine Unzumutbarkeit praktisch nur in der Form denkbar sei, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung, d. h. eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter Einhalten der Kündigungsfrist, nicht zuzumuten sei⁵¹⁶. Die Verdachtsmomente müssten auch im Fall einer ordentlichen Kündigung regelmäßig ein solches Gewicht erreichen, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

⁵¹² Ebd.

⁵¹³ Rost, MLR 2011, 8, 11.

⁵¹⁴ Müller, Teil D, Rn. 872; Stoffels, S. 37, 39; Keilich, AuA 2013, 522, 524; Zimmerling, öAT 2012, 18; Pawlak/Geißler, öAT 2011, 129, 131; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 398.

⁵¹⁵ S. bspw. BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604; BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056; BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307, 309.

⁵¹⁶ Belling, RdA 1996, 223, 234.



überhaupt nicht mehr zugemutet werden könne, hierauf also grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung gestützt werden könnte⁵¹⁷. Damit sei eine ordentliche Verdachtskündigung nur unter den Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB möglich, wobei dennoch die Möglichkeit der ordentlichen Verdachtskündigung nicht ausgeschlossen sei⁵¹⁸. Schließlich wäre es eine „Bestrafung“ für den Arbeitgeber, der gerade mit Rücksicht auf Arbeitnehmerinteressen eine Auslaufzeit gewähren wollte, wenn man nur eine außerordentliche fristlose Kündigung zulassen würde⁵¹⁹. Der Arbeitgeber, der „lediglich“ eine Kündigung unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist ausspreche, bringe damit zum Ausdruck, dass er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist für subjektiv zumutbar hält. Eine hier vom objektiven Maßstab möglicherweise abweichende größere Toleranz des betroffenen Arbeitgebers hinsichtlich des Wegfalls des Vertrauens zu Gunsten des Arbeitnehmers sei bei der allgemeinen Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigen⁵²⁰.

Das BAG nahm jüngst zu den Anforderungen an eine ordentliche Verdachtskündigung Stellung. Demnach sei *„eine Verdachtskündigung als ordentliche Kündigung nur sozial gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorlägen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten“*⁵²¹. Nur dann sei eine ordentliche Kündigung durch einen bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens bedingt⁵²². Andernfalls nehme die Rechtsordnung das Risiko, einem Unschuldigen könne gekündigt werden, nicht in Kauf⁵²³. Insofern sind bei den Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts bei beiden Kündigungsarten dieselben Maßstäbe anzusetzen. Für beide Kündigungsarten muss der Verdacht gleichermaßen „erdrückend“⁵²⁴ sein⁵²⁵. Ebenso gilt dies für die

⁵¹⁷ vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 470; Löwisch/Spinner/Wertheimer/Löwisch, § 1 KSchG, Rn. 276; so auch BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604, 606.

⁵¹⁸ Belling, RdA 1996, 223, 234; Busch, MDR 1995, 217, 220.

⁵¹⁹ Vgl. BAG v. 4.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39 (mit Anm. Herschel) = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7; Tschöpe/Rinck, Teil 3 F, Rn. 33b.

⁵²⁰ Belling, RdA 1996, 223, 234.

⁵²¹ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243; BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307; vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 470.

⁵²² BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 246, Rn. 32

⁵²³ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 246, Rn. 33.

⁵²⁴ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 399 weist darauf hin, dass es bei dieser vom BAG verwendeten Formulierung sich nicht um eine neue, gesteigerte Prüfungsanforderung handeln dürfte, sondern



Bewertung des Verhaltens, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist, und die Interessenabwägung⁵²⁶. Das Verhalten muss – wäre es erwiesen – geeignet sein, dem Arbeitgeber einen Grund zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu geben⁵²⁷. Letztendlich sind an die ordentliche Verdachtskündigung folglich keine geringeren Voraussetzungen zu stellen⁵²⁸. Liegen diese materiell-rechtlichen Voraussetzungen vor, ist der Arbeitgeber aber nicht verpflichtet, eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, sondern kann die Verdachtskündigung auch als ordentliche Kündigung unter Einhalten der Kündigungsfrist erklären⁵²⁹.

Das BAG hat mit dieser Entscheidung folglich die bedeutende Klarstellung vorgenommen, dass der Arbeitgeber eine Verdachtskündigung nur dann als ordentliche Kündigung aussprechen kann, wenn auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer außerordentlichen Verdachtskündigung vorliegen⁵³⁰. Die ordentliche Verdachtskündigung ist damit noch nicht „gestorben“⁵³¹, ihr Anwendungsbereich dürfte jedoch enorm eingeschränkt worden sein⁵³². Zu denken ist an die Fallkonstellation, dass obwohl die Voraussetzungen der außerordentlichen Verdachtskündigung vorliegen, die Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer also „erdrückend“ sind, der Arbeitgeber dennoch – aus sozialen Gesichtspunkten – „lediglich“ eine ordentliche Kündigung ausspricht, insbesondere weil er den Arbeitnehmer schonen will⁵³³. Der Arbeitgeber könnte in diesem Fall aber auch eine außerordentliche Verdachtskündigung mit einer sozialen Auslaufrist aussprechen. Gleichwohl wäre hier dann die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB einzuhalten. Wenn aber gerade die Einhaltung dieser

lediglich um eine „Pointierung der seit Langem gelebten und bekannten Voraussetzung“ der Erforderlichkeit eines dringenden Verdachts.

⁵²⁵ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 246, Rn. 32.

⁵²⁶ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 246, Rn. 32; kritisch hierzu Eylert, NZA-RR 2014, 393, 405.

⁵²⁷ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

⁵²⁸ Gatz, GWR 2014, 112.

⁵²⁹ Vgl. BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 246, Rn. 31.

⁵³⁰ Vgl. Schmitt-Rolfes, AuA 2014, 199.

⁵³¹ Schrader/Thoms/Möller, ArbRAktuell 2014, 310.

⁵³² Lunk, FAZ v. 5.3.2014, 16 spricht angesichts dieser Anforderungen vom drohenden Ende der Verdachtskündigung.

⁵³³ Vgl. BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269.



Erklärungsfrist unsicher ist, könnte das Mittel der ordentlichen Verdachtskündigung weiter in Betracht kommen. Letztlich bleibt festzuhalten, dass Arbeitgeber vor Ausspruch einer Verdachtskündigung sorgfältig zu prüfen haben, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen einer außerordentlichen Verdachtskündigung im konkreten Fall gegeben sind⁵³⁴.

VI. Ergebnis

Das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Verdachtskündigung soll dem Arbeitgeber ermöglichen, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen, wenn ein dringender Tatverdacht das im Arbeitsverhältnis als persönlichen Dauer-schuldverhältnisses unerlässliche schutzwürdige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers zerstört hat. Mit der Rechtsfigur der Verdachtskündigung soll folglich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass in bestimmten Situationen das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch Verdachtsmomente derart stark gestört sein kann, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem betroffenen „verdächtigten“ Arbeitnehmer eine unerträgliche Belastung für das Arbeitsverhältnis darstellt⁵³⁵ und daher die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zuzumuten ist⁵³⁶. Letztlich geht es im Wesentlichen darum, ob mit einer Wiederherstellung des Vertrauens gerechnet werden kann oder nicht⁵³⁷. Insofern handelt es sich hier auf Grund des Verlustes einer für die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unabdingbaren Eigenschaft um eine personenbedingte Kündigung. Der Gesetzgeber hat sich zur Rechtsfigur der Verdachtskündigung bisher explizit nicht festgelegt. Das BAG knüpft an die Zulässigkeit der Verdachtskündigung enge materielle und formelle Voraussetzungen, die sowohl für die außerordent-

⁵³⁴ Vgl. Hamacher, Schnellbrief für Personalwirtschaft und Arbeitsrecht 2014, 49; Bauschke, öAT 2014, 156, 159.

⁵³⁵ Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 151.

⁵³⁶ BAG v. 12.3.2009 – 2 ABR 24/08, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 59 = NZA-RR 2010, 180, Rn. 40.

⁵³⁷ Ebd.



liche als auch für die ordentliche Verdachtskündigung gleichermaßen gelten⁵³⁸ und die im Detail im Folgenden nun noch zu erörtern sind.

Die gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung erhobenen Einwände sind allesamt nicht überzeugend. Ein Verbot der Verdachtskündigung aus rechtlichen oder praktischen Gründen ist weder sinnvoll noch geboten⁵³⁹. Insofern ist mit der ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung an ihrer Zulässigkeit festzuhalten. Gesetzesinitiativen, die Anwendung der Verdachtskündigung einzuschränken bzw. zu verbieten, sind vor kurzem gescheitert.

⁵³⁸ Vgl. BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

⁵³⁹ Lunk, NJW 2010, 2753, 2758.



C. Voraussetzungen der Verdachtskündigung

Das Institut der Verdachtskündigung unterliegt besonders strengen Anforderungen an seine Wirksamkeit⁵⁴⁰. So müssen die Verdachtsmomente, die die Störung des Vertrauens zur Folge haben, konkretisiert, aufgeklärt und objektiv bewertet und Anstrengungen, den Verdacht auszuräumen und damit das Vertrauen zu erhalten oder wiederherzustellen, unternommen worden sein. Damit soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass ein pflichtgetreuer Arbeitnehmer zu Unrecht seinen Arbeitsplatz verliert⁵⁴¹. Neben einer Darstellung der vom BAG mit diesem Ziel entwickelten und immer wieder auch präzisierten Voraussetzungen, die an die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung zu stellen sind, soll im Folgenden insbesondere erörtert werden, ob und wie die Praxis diesen Anforderungen gerecht werden kann.

I. Dringender Verdacht einer erheblichen Pflichtverletzung

Die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung setzt das Vorliegen eines dringenden Verdachts voraus, der sich auf eine strafbare Handlung oder sonstige schwerwiegende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers beziehen muss⁵⁴². Schließlich kann ein solcher Verdacht das schützenswerte Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers entfallen lassen⁵⁴³.

⁵⁴⁰ KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 393d.

⁵⁴¹ Vgl. BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; zuletzt BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; vgl. auch Fischermeier, FS AG Arbeitsrecht, S. 281; FaKo ArbR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 141.

⁵⁴² zuletzt BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199, 200; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 138

⁵⁴³ Otto, S. 219 mit weiteren Nachweisen.



1. Objektive Tatsachen

Der Verdacht an sich muss dabei auf objektive d. h. konkrete, zum Zeitpunkt der Kündigung vorliegende und nachweisbare Tatsachen – sog. Belastungstatsachen⁵⁴⁴ – gestützt sein, so dass die sich daraus ergebenden Umstände so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können⁵⁴⁵. Gerade weil die Kündigung eines zuverlässigen und rechtschaffenen Arbeitnehmers möglichst verhindert werden soll, sind an die erforderliche Qualität der Verdachtsmomente strenge Anforderungen zu stellen⁵⁴⁶. Insofern dürfen die Umstände, die den Verdacht begründen, nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, dass eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte⁵⁴⁷. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen oder Glaubenssätze gestützte Verdächtigungen reichen keineswegs aus⁵⁴⁸. Bei einem bloß „gefühlten Verdacht“ nach dem Motto „der muss das gewesen sein“ fehlt es an Verdachtsmomenten, die auf objektiven Tatsachen beruhen, so dass ein solcher Verdacht nicht genügt⁵⁴⁹. Ein Vortrag, wonach sich die Täterschaft des zu kündigenden Arbeitnehmers einzig und allein aus den Einlassungen eines ebenfalls als Täter in Betracht kommenden anderen Mitarbeiters ergibt und keine sonstigen brauchbaren Indizien bezüglich der Täterschaft eines der beiden vorliegen, beruht auf subjektiven Schlussfolgerungen des Arbeitgebers, aber gerade nicht auf den erforderlichen objektiven Tatsachen⁵⁵⁰. Er ist daher nicht ausreichend, weil ein

⁵⁴⁴ BAG v. 26.9.2013 – 8 AZR 1026/12, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 139 = NZA 2014, 301 = BeckRS 2014, 66201, Rn. 25.

⁵⁴⁵ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; Stoffels, S. 37, 40; LAG Düsseldorf v. 17.1.2012 – 17 Sa 252/11, BeckRS 2012, 69247.

⁵⁴⁶ Vgl. BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142.

⁵⁴⁷ LAG Rheinland-Pfalz v. 11.7.2013 – 10 Sa 100/13, BeckRS 2013, 71999; LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 20.2.2013 – 2 Sa 168/12, BeckRS 2013, 67858.

⁵⁴⁸ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 138; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; LAG Rheinland-Pfalz v. 4.12.2012 – 3 Sa 316/11, NZA-RR 2013, 129, 131; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 212.

⁵⁴⁹ Berkowsky, Arbeitsrecht aktiv 2009, 23, 24.

⁵⁵⁰ Vgl. LAG Hessen v. 4.12.2007 – 13 Sa 654/07, BeckRS 2011, 71653.

verständlich abwägender Arbeitgeber bei einer solchen Sachlage nicht „blind“ dem einen Arbeitnehmer glauben darf und dessen Einlassungen als objektive Tatsachen ausgeben kann, um dem anderen Arbeitnehmer gegenüber die Verdachtskündigung zu erklären⁵⁵¹.

Die Verdachtsmomente müssen des Weiteren objektiv geeignet sein, das für die Fortführung des Vertragsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören⁵⁵², und infolgedessen eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar machen⁵⁵³. Die subjektive Wertung des Arbeitgebers ist dabei irrelevant⁵⁵⁴. Schließlich wäre – wie gesehen – das Ausreichen eines rein subjektiven Vertrauensverlustes mit dem Grundrecht des Arbeitnehmers auf Berufsfreiheit nach Art. 12 GG nicht vereinbar⁵⁵⁵. Rational nicht begründbare Empfindungen spielen ebenfalls keine Rolle⁵⁵⁶. Denn die subjektive Befindlichkeit ist nicht nachweisbar, sondern könnte jederzeit behauptet werden und hängt zudem stark von der Person des Vertrauenden ab. Insofern kann es im Rahmen eines sich anschließenden Kündigungsschutzverfahrens nicht auf das subjektive Empfinden des Arbeitgebers ankommen, wenn Tatbestandsvoraussetzungen zur Ausübung eines Gestaltungsrechts wie der Kündigung geprüft werden. Dem Arbeitgeber obliegt es also, den Wegfall der Vertrauensbasis für die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer anhand tatsächlicher Verdachtsmomente zu begründen⁵⁵⁷. Folglich reicht die bloße Mutmaßung, ein Mitarbeiter unterschlage Ware, nicht aus, sondern erst der nachgewiesene Warenfehlbestand bietet hier einen ersten objektiven Anhaltspunkt, der Ausgangspunkt für den Vertrauensverlust sein kann⁵⁵⁸.

⁵⁵¹ Vgl. ebd.

⁵⁵² zuletzt BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 138; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809.

⁵⁵³ BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604.

⁵⁵⁴ KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 212.

⁵⁵⁵ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 154c.

⁵⁵⁶ Vgl. Hahn, S. 73.

⁵⁵⁷ Otto, S. 225.

⁵⁵⁸ Ebd.



2. Dringender Tatverdacht

Des Weiteren muss der Verdacht dringend sein, was dann gegeben sein soll, wenn eine auf Beweisanzeichen (Indizien) gestützte große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der verdächtige Arbeitnehmer die ihm vorgeworfene Straftat bzw. sonstige schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat⁵⁵⁹. Es muss hoch wahrscheinlich sein, dass die vertrauenszerstörenden Umstände durch den betroffenen Arbeitnehmer begründet wurden⁵⁶⁰. Der Grad der Wahrscheinlichkeit der vermuteten Tatbegehung durch den betroffenen Arbeitnehmer darf dabei nur geringfügig hinter dem Grad der Gewissheit bei der Tatkündigung zurückbleiben⁵⁶¹. Die bloße Möglichkeit der Tatbegehung reicht für die Annahme eines dringenden Tatverdachts nicht aus⁵⁶². Ein bloßer Anfangsverdacht ist ebenso unzureichend⁵⁶³. Eine Verdachtskündigung scheidet daher von vornherein aus, wenn objektive Indizien die Möglichkeit offen lassen, dass die dem Arbeitnehmer zur Last gelegte Tat in Wirklichkeit gar nicht begangen wurde oder statt des betroffenen angeschuldigten Arbeitnehmers auch andere Personen für die Tat ernsthaft in Frage kommen⁵⁶⁴.

So ist beispielsweise der dringende Tatverdacht zu verneinen, wenn neben der gekündigten Arbeitnehmerin auch deren Ehemann den „Gefällt mir“-Button bei einer den Arbeitgeber beleidigenden Äußerung auf Facebook gedrückt haben könnte⁵⁶⁵. Ebenso ist der erforderliche dringende Tatverdacht nicht gegeben, wenn zwar der für die Durchführung von illegalen Downloads verwendete Arbeitsplatzrechner eindeutig dem betroffenen Arbeitnehmer zugewiesen werden kann, doch neben diesem auch noch weitere Mitarbeiter den Rechner haben benutzen können und auf diesen entsprechend

⁵⁵⁹ Zuletzt BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199, 200; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137; BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 212; Müller, Teil D, Rn. 874.

⁵⁶⁰ BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; Hahn, S. 81.

⁵⁶¹ LAG Köln v. 14.5.2008 – 7 TaBV 6/08, BeckRS 2009, 50444; LAG Köln v. 12.12.2007 – 7 Sa 120/07, BeckRS 2008, 56530.

⁵⁶² LAG Hessen v. 5.9.2011 – 16 Sa 473/11, BeckRS 2011, 79033.

⁵⁶³ LAG Hamm v. 15.12.2011 – 15 Sa 1184/11, BeckRS 2012, 68195.

⁵⁶⁴ LAG Köln v. 13.8.2008 – 7 Sa 1256/07, BeckRS 2009, 66864.

⁵⁶⁵ Vgl. ArbG Dessau v. 21.3.2012 – 1 Ca 148/11, BeckRS 2012, 69099 ; vgl. Anm. von Bissels/Haag, AuA 2013, 187; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 154a.



zugreifen konnten⁵⁶⁶. Gleichmaßen fehlt es an der Dringlichkeit eines Tatverdachts, wenn nicht eindeutig feststeht, dass für die unter seinem Namen vorgenommenen Eingaben im betrieblichen EDV-System, auf die Bestellungen von Edelstahlmaterialien und Differenzen im Bestand zurückzuführen sind, ausschließlich der betroffene Arbeitnehmer als Urheber in Betracht kommt⁵⁶⁷. Auch kann der Arbeitgeber den Verdacht, ein Angestellter habe Geldbeträge aus dem Kassenschalterbereich entwendet, nicht im Wege einer Negativauslese damit begründen, Differenzen seien auffallend oft während der Anwesenheit des Angestellten aufgetreten und andere Schalterangestellten hätten glaubhaft versichert, kein Geld veruntreut zu haben⁵⁶⁸.

Sind andere Geschehensabläufe als die mögliche Pflichtverletzung des verdächtigten Arbeitnehmers theoretisch möglich, führt das allerdings nicht automatisch dazu, dass ein dringender Tatverdacht ausscheidet, da sonst strengere Anforderungen gestellt würden als bei einer Tatündigung⁵⁶⁹. Daher bedarf es auch nicht eines absoluten Ausschlusses der Täterschaft Anderer; die für eine Verdachtskündigung genügende hohe Wahrscheinlichkeit für die Täterschaft des betroffenen Arbeitnehmers wird nämlich nicht dadurch ausgeschlossen, dass mit einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit auch andere als Täter in Betracht kommen⁵⁷⁰. Abweichende Geschehensabläufe stehen einem Indizienbeweis erst dann entgegen, wenn für sie ebenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht⁵⁷¹.

Wenn beispielsweise mehrere (hier: drei) Arbeitnehmer jeweils nur als Alleintäter in Betracht kommen, ist eine Verdachtskündigung dann nicht möglich, wenn nicht aufgeklärt werden kann, wer der Täter war, und eine gemeinschaftliche Tatbegehung ausgeschlossen ist⁵⁷². Eine Wahrscheinlichkeit von 1/3 nach der Logik „einer von den Dreien muss die Tat begangen haben“ reicht nicht aus⁵⁷³. Der Arbeitgeber kann hier

⁵⁶⁶ Vgl. LAG Hamm v. 6.12.2013 – 13 Sa 596/13, BeckRS 2014, 66489; Wahlers, jurisPR-ITR 6/2014 Anm. 6.

⁵⁶⁷ LAG Hamm v. 17.8.2006 – 8 (4) Sa 739/05, Juris.

⁵⁶⁸ LAG Köln v. 9.11.2011 – 9 Sa 680/11, BeckRS 2012, 66757.

⁵⁶⁹ LAG Hessen v. 10.2.2011 – 5 Sa 1413/10, BeckRS 2011, 74356.

⁵⁷⁰ LAG Berlin-Brandenburg v. 8.2.2012 – 24 Sa 1800/11, BB 2012, 508, Rn. 39.

⁵⁷¹ LAG Hessen v. 10.2.2011 – 5 Sa 1413/10, BeckRS 2011, 74356.

⁵⁷² BAG v. 6.9.2007 – 2 AZR 722/06, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 62 = NZA 2008, 219.

⁵⁷³ Berkowsky, Arbeitsrecht aktiv 2009, 23, 24.



nicht allen in Betracht kommenden Arbeitnehmern kündigen⁵⁷⁴. Vielmehr muss der begründete Verdacht eine hohe Wahrscheinlichkeit aufweisen, dass gerade der betroffene Arbeitnehmer die vorzuwerfende Pflichtverletzung begangen hat. Insofern reichen rein mathematische Wahrscheinlichkeiten und Berechnungen für die Begründung einer Verdachtskündigung keineswegs aus⁵⁷⁵. Ausschlaggebend ist vielmehr der sich aufdrängende Tatsachenbezug des Verdachts gegen einen bestimmten Arbeitnehmer⁵⁷⁶, wobei dieser auch dann bestehen kann, wenn der Arbeitnehmer selbst nicht durch eigenes schuldhaftes Verhalten einen berechtigten Grund für die Annahme des Verdachts und für die Zweifel an seiner Redlichkeit gegeben hat⁵⁷⁷.

Das Einleiten eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens⁵⁷⁸ gegen den betroffenen Arbeitnehmer begründet für sich genommen ebenso wenig einen dringenden Tatverdacht wie das Vorliegen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung⁵⁷⁹. Gleichermaßen steht eine Einstellung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO der Wirksamkeit einer Verdachtskündigung jedenfalls nicht entgegen⁵⁸⁰. Eine solche Einstellung begründet nämlich keine, erst recht keine im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht widerlegbare Vermutung für die Unschuld des Arbeitnehmers⁵⁸¹. Die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung ist zudem – wie gesehen – nicht von der strafrechtlichen Bewertung und Würdigung des Sachverhalts abhängig⁵⁸², sondern allein von der Beeinträchtigung des für das Arbeitsverhältnis erforderlichen Vertrauens auf Grund des Verdachts⁵⁸³.

⁵⁷⁴ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

⁵⁷⁵ BAG v. 6.9.2007 – 2 AZR 722/06, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 62 = NZA 2008, 219, 223, Rn. 46.

⁵⁷⁶ KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 393d.

⁵⁷⁷ BAG v. 4.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39 (mit Anm. Herschel) = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7.

⁵⁷⁸ Hierfür ist gemäß § 152 Abs. 2 StPO ein Anfangsverdacht erforderlich.

⁵⁷⁹ BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782; Müller, Teil D, Rn. 877; HaKo/Gieseler, § 626 BGB, Rn. 51d.

⁵⁸⁰ BAG v. 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27 = NZA 1997, 1340.

⁵⁸¹ BAG v. 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27 = NZA 1997, 1340; Moll/Schulte, § 44, Rn. 96; BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 204.1.

⁵⁸² Vgl. BAG v. 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27 = NZA 1997, 1340; LAG Düsseldorf v. 17.1.2012 – 17 Sa 252/11, BeckRS 2012, 69247, Rn. 46; vHH/L/Krause, § 1 KSchG, Rn. 473.

⁵⁸³ BAG v. 5.4.2001 – 2 AZR 217/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 34 = NZA 2001, 837; Tschöpe/Rinck, Teil 3 F, Rn. 34b.



Grundsätzlich können zwar im Ermittlungsverfahren gewonnene Erkenntnisse oder Handlungen der Strafverfolgungsbehörden (z. B. Erhebung der Anklage⁵⁸⁴) und/oder des Ermittlungsrichters genauso den Verdacht verstärken, der Arbeitnehmer habe die ihm vorgeworfene Tat begangen⁵⁸⁵, wie die Eröffnung eines Hauptverfahrens⁵⁸⁶. Doch kann eine Verdachtskündigung nicht isoliert auf eine derartige Maßnahme gestützt werden⁵⁸⁷. Eine Verdachtskündigung kann folglich auch nicht ausschließlich auf den Umstand gestützt werden, dass die Strafverfolgungsbehörden einen dringenden Tatverdacht bejaht haben⁵⁸⁸, indem sie z. B. einen Haftbefehl erließen, für den gemäß § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts Voraussetzung ist⁵⁸⁹. Schließlich reicht auch bei der Kündigung wegen erwiesener Tat eine strafgerichtliche Verurteilung für sich genommen nicht aus, die Kündigung zu rechtfertigen⁵⁹⁰. Vielmehr sind die Arbeitsgerichte gehalten, den Sachverhalt im Kündigungsschutzprozess ohne Bindung an das Strafurteil selbst aufzuklären und zu bewerten⁵⁹¹. Das gilt entsprechend auch für die Verdachtskündigung⁵⁹².

Der Erlass eines Haftbefehls als solcher stellt keine „objektive“, den Verdacht einer schweren Pflichtverletzung begründende „Tatsache“ dar, so dass derartige Maßnahmen für sich genommen keinen Kündigungsgrund bilden und damit auch nicht geeignet sind, eine eigene Bewertung der den Verdacht begründenden Tat durch die mit der Sache

⁵⁸⁴ BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 51 = NZA 2013, 371.

⁵⁸⁵ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137.

⁵⁸⁶ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231;

⁵⁸⁷ BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 51 = NZA 2013, 371; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231.

⁵⁸⁸ BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 51 = NZA 2013, 371.

⁵⁸⁹ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137.

⁵⁹⁰ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 139; BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, AP BGB § 626 Nr. 160 = NZA 2000, 381; BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Nr. 23 = NZA 1992, 1121.

⁵⁹¹ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 139; BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, AP BGB § 626 Nr. 160 = NZA 2000, 381; BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Nr. 23 = NZA 1992, 1121.

⁵⁹² BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 139.



befassten Gerichte zu ersetzen⁵⁹³. Derartigen Entscheidungen kann nur eine indizielle Bedeutung zukommen⁵⁹⁴. Umgekehrt stellt bei Vorliegen hinreichend verdachtsbegründender Tatsachen die Aufhebung eines Haftbefehls allein keinen Umstand dar, der zwingend als entlastender Gesichtspunkt zu werten wäre und einen dringenden Tatverdacht notwendigerweise entfallen ließe⁵⁹⁵.

Gleichermaßen wird durch einen im Strafverfahren wegen mangelnder Beweise ergangenen Freispruch die Möglichkeit einer Verdachtskündigung für den Arbeitgeber grundsätzlich nicht abgeschnitten⁵⁹⁶. Auf die strafrechtliche Beurteilung kommt es nicht zuletzt wegen der fehlenden Bindungswirkung nämlich nicht an, so dass den Arbeitsgerichten selbst die Aufgabe zukommt, den Sachverhalt im Kündigungsschutzprozess ohne Bindung an das Strafurteil aufzuklären und zu bewerten⁵⁹⁷.

Die kündigungrechtliche Prüfung des „dringenden Verdachts“ einer Straftat oder einer sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung ist nach alledem unabhängig von strafprozessualen Wertungen vorzunehmen⁵⁹⁸.

3. Erhebliche Pflichtverletzung

Der dringende Verdacht muss sich auf eine Straftat oder eine sonstige schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung beziehen. Denn nicht nur das Gewicht des Verdachts muss schwer sein, sondern auch das der Pflichtverletzung selbst, derer der

⁵⁹³ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 139.

⁵⁹⁴ Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2.

⁵⁹⁵ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137; BAG v. 6.11.2003 – 2 AZR 631/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 39 = NZA 2004, 919; vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 471.

⁵⁹⁶ LAG Niedersachsen v. 20.3.2009 – 10 TaBV 71/08, BeckRS 2009, 65210, wonach in einem solchen Falle eine besonders sorgfältige Prüfung durchzuführen ist, ob die Dringlichkeit des Verdachts und die Erschütterung des Vertrauens des Arbeitgebers noch ausreichen, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. So auch Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, S. 269, Rn. 711.

⁵⁹⁷ BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 51 = NZA 2013, 371; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 139, Rn. 26.

⁵⁹⁸ Lunk, NJW 2010, 2753, 2755.



betroffene Arbeitnehmer verdächtigt wird⁵⁹⁹. Der Verdacht muss daher in Beziehung zu einer Handlung bzw. zu einem erheblichen Fehlverhalten mit arbeitsvertragsrelevantem Bezug stehen, die/das eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde, wenn sie/es denn erwiesen wäre⁶⁰⁰. Dies gilt auch bei einer ordentlichen Verdachtskündigung⁶⁰¹. Eine Verdachtskündigung ist daher auszuschließen, wenn bereits die erwiesene Tat mangels Schwere der Vorwürfe eine Tat Kündigung nicht rechtfertigen würde⁶⁰². Ob bei Vorliegen einer im Raum stehenden Straftat der Arbeitgeber der Geschädigte ist, ist unerheblich, sofern die Straftat gegenüber dem Dritten zugleich eine Pflichtverletzung aus dem Arbeitsverhältnis darstellt, beispielsweise bei Eigentums- und Vermögensdelikten zu Lasten von Kunden, Geschäftspartnern oder Mitarbeitern des Arbeitgebers⁶⁰³. Eine derartige schwerwiegende Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten ist gleichermaßen gegeben, wenn ein Orchestermittglied dringend verdächtigt ist, sich minderjährigen Kindern einiger seiner Musikkollegen unsittlich genähert und ein anderes Mädchen sexuell missbraucht zu haben⁶⁰⁴. Dagegen rechtfertigt der Verdacht einer außerdienstlichen Straftat ohne jeglichen Bezug zum Arbeitsverhältnis die Kündigung nicht⁶⁰⁵. Bezieht sich der Verdacht auf ein außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers, muss das dem Verdacht zu Grunde liegende Fehlverhalten vielmehr einen Bezug zum Arbeitsverhältnis und dessen Vertrauensgrundlage haben⁶⁰⁶. Das ist der Fall, wenn es negative Auswirkungen auf den Betrieb hat⁶⁰⁷, wie es beispielsweise bei einem öffentlichen Publimachen von vermeintlichen Missständen gegeben sein kann⁶⁰⁸.

⁵⁹⁹ KR/Griebeling, § 1 KSchG, Rn. 393d.

⁶⁰⁰ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, AP BGB § 626 Nr. 226 = NZA 2010, 698, 701 Rn. 29; Rost, MLR 2011, 8, 9.

⁶⁰¹ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, vgl. Teil B. V.

⁶⁰² BAG v. 6.9.2012 – 2 AZR 270/11, AP BGB § 123 Nr. 72 = NJW 2013, 1115 = NZA 2013, 1087; LAG Nürnberg v. 6.8.2012 – 2 Sa 643/11, NZA-RR 2012, 631, 635.

⁶⁰³ BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 200a.

⁶⁰⁴ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231.

⁶⁰⁵ BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604.

⁶⁰⁶ BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604, Rn. 21.

⁶⁰⁷ BAG v. 10.9.2009 – 2 AZR 257/08, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 60 = NZA 2010, 220.

⁶⁰⁸ LAG Sachsen v. 10.1.2013 – 9 Sa 253/12, BeckRS 2013, 69823.



Für die kündigungsrechtliche Beurteilung der Pflichtverletzung, auf die sich der Verdacht bezieht, ist im Übrigen ihre strafrechtliche Bewertung nicht maßgebend⁶⁰⁹, muss ein Straftatbestand also nicht erfüllt sein⁶¹⁰. Auch der dringende Verdacht einer nicht strafbaren, gleichwohl erheblichen Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten kann ein wichtiger Grund i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB darstellen⁶¹¹. Entscheidend sind der Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch⁶¹². Es muss gerade der Verdacht sein, der das zur Fortführung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses geführt hat⁶¹³. Das gilt im Übrigen unabhängig von der Höhe eines dem Arbeitgeber durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens⁶¹⁴. Maßgebend ist vielmehr der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch⁶¹⁵. Insoweit ist grundsätzlich der Verdacht, der Arbeitnehmer könne zu Lasten des Arbeitgebers ein Bagatelldelikt – z. B. den Diebstahl einer geringwertigen Sache⁶¹⁶ – begangen haben, ausreichend⁶¹⁷, zumal in jüngerer Vergangenheit – wie bereits dargestellt – die Vorstöße, die Verdachtskündigung bei Bagatelldelikten gesetzlich zu verbieten, keine Mehrheiten im Deutschen Bundestag fanden⁶¹⁸. Gleichwohl müssen die Verdachtsmomente hier aber ebenfalls ein solches Gewicht erreichen, dass dem Verdacht eine derart starke vertrauenszerstörende Wirkung zukommt und infolgedessen dem Arbeitgeber die Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann⁶¹⁹. Liegt dies vor, schließt allein die „Geringwertigkeit“ des beim Arbeitgeber betroffenen Rechtsguts die Verdachtskündigung nicht aus⁶²⁰.

⁶⁰⁹ BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 51 = NZA 2013, 371; Bredemeier, öAT 2014, 29, 30.

⁶¹⁰ BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199, 204, Rn. 24.

⁶¹¹ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137.

⁶¹² BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199.

⁶¹³ BAG v. 26.9.2013 – 8 AZR 1026/12, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 139 = NZA 2014, 301 = BeckRS 2014, 66201, Rn. 24.

⁶¹⁴ BAG v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, AP BGB § 626 Nr. 232 = NZA 2011, 571.

⁶¹⁵ Ebd.

⁶¹⁶ Vgl. BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421.

⁶¹⁷ Vgl. z. B. ArbG Berlin v. 28.9.2010 – 1 Ca 5421/10, BeckRS 2010, 74731 = BB 2011, 382;

⁶¹⁸ Vgl. Teil B. II. 4.

⁶¹⁹ Vgl. BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604; Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 1531; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 398.

⁶²⁰ Belling, FS Kissel, S. 11, 25; Ebeling, S. 153; Berger, S. 41, 61.



Als derartige erhebliche Pflichtverletzungen hat die Rechtsprechung beispielsweise den Verdacht der sexuellen Belästigung⁶²¹, den Verdacht der unerlaubten privaten Nutzung von Mobiltelefonen⁶²², den Verdacht einer vorsätzlichen Sabotagehandlung eines Mitarbeiters⁶²³, den Verdacht einer erheblichen Verletzung der dem Arbeitnehmer nach § 241 Abs. 2 BGB obliegenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers⁶²⁴, den Verdacht des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit bzw. den Verdacht des Erschleichens einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit unlauteren Mitteln⁶²⁵ oder auch den Verdacht der Manipulation bei der Zeiterfassung⁶²⁶ anerkannt. Auch ist die Verdachtskündigung einer Flight Managerin möglich, wenn Passagierdaten weitergegeben werden, um zu ermöglichen, dass das von der Arbeitgeberin eingerichtete Bonuspunkteprogramm missbräuchlich genutzt wird⁶²⁷. Auch kann eine Verdachtskündigung bei einem Verdacht des Verstoßes gegen das vertraglich geregelte Wettbewerbsverbot in Betracht kommen⁶²⁸.

II. Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers

Allein das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts einer erheblichen Pflichtverletzung rechtfertigt noch keine Verdachtskündigung⁶²⁹. Daneben verlangt die Rechtsprechung für eine wirksame Verdachtskündigung, dass der Arbeitgeber zuvor alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen und damit seiner

⁶²¹ Vgl. BAG v. 6.8.2000 – 2 ABR 1/00, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 48 = NZA 2001, 91; LAG Berlin-Brandenburg v. 16.10.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001

⁶²² Vgl. LAG Hessen v. 19.12.2011 – 17 Sa 857/11, BeckRS 2012, 68247.

⁶²³ Vgl. LAG Köln v. 28.11.2012 – 3 Sa 561/12, BeckRS 2014, 65728.

⁶²⁴ Vgl. BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68 = NZA 2013, 199; ebenfalls LAG Rheinland-Pfalz v. 4.12.2012 – 3 Sa 316/11, NZA-RR 2013, 129; LAG Berlin-Brandenburg v. 8.2.2012 – 24 Sa 1800/11, BB 2012, 508; ArbG Hamburg v. 22.5.2013 – 26 BV 31/12, BeckRS 2013, 69013; vgl. hierzu auch Mitterer, NZA-RR 2011, 449, 450.

⁶²⁵ BAG v. 26.8.1993 – 2 AZR 154/93, AP BGB § 626 Nr. 112 = NZA 1994, 63; LAG Rheinland-Pfalz v. 11.7.2013 – 10 Sa 100/13, BeckRS 2013, 71999; LAG Hessen v. 20.3.2012 – 19 Sa 1020/11, BeckRS 2012, 71278; LAG Hamm v. 22.9.2004 – 18 Sa 620/04, BeckRS 2005, 41013.

⁶²⁶ BAG v. 9.8.1990 – 2 AZR 127/90, BeckRS 1990, 30919200; BAG v. 24.11.2005 – 2 AZR 39/05, AP BGB § 626 Nr. 197 = NZA 2006, 484.

⁶²⁷ LAG Hessen v. 18.11.2013 – 17 Sa 581/13, JURION 2014, 296083.

⁶²⁸ Ginal, S. 106 ff., der die Möglichkeit der Verdachtskündigung bei Wettmanipulationen im Profifußball untersucht.

⁶²⁹ Langner/Witt, DStR 2008, 825, 827.



Aufklärungs- und Nachforschungspflicht nachgekommen ist⁶³⁰. Mit der Aufklärungspflicht soll dem Ultima-ratio-Prinzip einer jeden Kündigung Genüge getan werden⁶³¹. Schließlich könnte die Kündigung nicht mehr verhältnismäßig und damit entbehrlich sein⁶³², wenn im Zuge einer Aufklärung des Sachverhalts die im Raum stehenden Vorwürfe (vollständig) entkräftet bzw. ausgeräumt oder zumindest in einem milderen Lichte erscheinen würden⁶³³. Erst wenn nach einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung die Vorwürfe nicht ausgeräumt werden konnten, ist eine Verdachtskündigung möglich⁶³⁴.

1. Zumutbare Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts

Mit der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung soll der Arbeitgeber vor voreiligen Entscheidungen bewahrt und gleichzeitig der Gefahr begegnet werden, dass ein Unschuldiger von der Kündigung betroffen wird⁶³⁵. Es ist daher vom Arbeitgeber zu verlangen, alles zu tun, um den – wahren – Sachverhalt aufzuklären⁶³⁶. Unterlässt der Arbeitgeber ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts, ist die Verdachtskündigung (bereits) aus diesem Grunde unwirksam. Schließlich soll der Arbeitgeber seine Kündigung nicht auf einen „Verdacht“ stützen können, den er selbst nur auf Grund eines unfairen oder verkürzten Lagebilds gewonnen hat⁶³⁷.

⁶³⁰ Vgl. hierzu u. a.: BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; BAG v. 8.8.1968 – 2 AZR 348/67, AP BGB § 626 Nr. 57 (mit Anm. Herschel), BAG v. 10.2.1977 – 2 ABR 80/76, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 9 = NJW 1977, 1413; BAG v. 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18 = NZA 1986, 677; BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98, AP BGB § 626 BAG Verdacht strafbarer Handlung Nr. 32 = NZA 2000, 418; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; BAG v. 27.3.2003 – 2 AZR 51/02, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 = NZA 2003, 1193; BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 = Arnold, FD-ArbR 2008, 256782;

⁶³¹ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 140; Stoffels, S. 37, 41.

⁶³² BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 140; BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25 = NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540.

⁶³³ Stoffels, S. 37, 41.

⁶³⁴ BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991.

⁶³⁵ BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316.

⁶³⁶ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203.

⁶³⁷ ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342, Rn. 159.



Der Arbeitgeber darf im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung nicht nur Fakten zu Lasten des verdächtigten Arbeitnehmers zusammentragen, sondern muss auch prüfen, ob es entlastende Fakten gibt, die gegen den Verdacht einer Straftat bzw. schwerwiegenden Pflichtverletzung sprechen⁶³⁸. Gleichmaßen hat der Arbeitgeber auch zu prüfen, ob nicht andere Personen als Täter in Betracht kommen⁶³⁹. Dies ist generelles Mindestmaß einer jeden Aufklärung⁶⁴⁰.

Die sorgfältige und ergebnisoffene⁶⁴¹ Ermittlung, nach der Vorwürfe auch entkräftet werden können, ist nicht zuletzt auch auf Grund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem betroffenen verdächtigten Mitarbeiter erforderlich, da er diesen angemessen zu behandeln und vor falschen Verdächtigungen bzw. Verleumdungen zu schützen hat⁶⁴². Im Einzelfall sind auch mögliche „denunziatorische Motive“ des Hinweisgebers verstärkt in die Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung miteinzubeziehen⁶⁴³. Als Maßstab gilt es, die Sichtweise eines besonnenen, verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgebers heranzuziehen⁶⁴⁴, der sämtlichen Hinweisen nachgeht und dabei mögliche Fehlerquellen ausschließt, um entweder die Unschuld des betroffenen Arbeitnehmers festzustellen oder aber selbst objektive Indiztatsachen oder sogar Nachweise für die Pflichtverletzung zu erhalten⁶⁴⁵.

Sofern mehrere Geschehensabläufe denkbar sind, insbesondere der Arbeitnehmer einen anderen als den zunächst angenommenen behauptet, darf der Arbeitgeber diese Möglichkeit nicht einfach unberücksichtigt lassen, soweit er auch in diese entlastende Richtung Aufklärung leisten kann⁶⁴⁶. Wenn beispielsweise ein Arbeitgeber in Betracht

⁶³⁸ LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.

⁶³⁹ KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 214.

⁶⁴⁰ Hoefs, S. 204.

⁶⁴¹ Vgl. Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2.

⁶⁴² Neufeld, AuA 2013, 78, 79.

⁶⁴³ Lechner, AnwZert ArbR 13/2014, Anm. 2.

⁶⁴⁴ Sprengler, jurisPR-ArbR 35/2013, Anm. 2.

⁶⁴⁵ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136.

⁶⁴⁶ Sprengler, jurisPR-ArbR 35/2013 Anm. 2



kommende Zeugen nicht⁶⁴⁷ oder nicht intensiv genug befragt und dadurch möglichen weiteren Erkenntnisgewinn versäumt, hat er nicht alle ihm zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen⁶⁴⁸. Ebenso hat der Arbeitgeber speziell bei Fehlbeständen in Kassen oder Warenbeständen allen möglichen Ursachen für das Manko nachzugehen⁶⁴⁹. Schließlich kann der Arbeitgeber nicht einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers davon ausgehen, dieser habe sich den Betrag durch eine strafbare Handlung angeeignet, gerade wenn verschiedene Möglichkeiten bestehen, mit denen ein ausgewiesener Differenzbetrag erklärt werden kann⁶⁵⁰.

Hinsichtlich der Zumutbarkeit sind der organisatorische, zeitliche und finanzielle Aufwand der Maßnahme, der Beweiswert des möglichen Erkenntnisgewinns, die Art und Anzahl der bereits durchgeführten Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts sowie die Intensität des Verdachts von entscheidendem Belang⁶⁵¹. Dabei bemisst sich der Umfang der Nachforschungs- und Aufklärungspflicht letztlich nach den Umständen im Einzelfall⁶⁵². Mit Blick auf die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG die Aufklärung bzw. die notwendigen Maßnahmen und Ermittlungen auf jeden Fall „unter verständigen Gründen“ mit der gebotenen Eile durchzuführen⁶⁵³.

⁶⁴⁷ Vgl. hierzu als Beispiel LAG Baden-Württemberg v. 23.5.2014 – 17 Sa 28/13, BeckRS 2014, 70740, Rn. 40.

⁶⁴⁸ LAG Hamm v. 15.12.2011 – 15 Sa 1184/11, BeckRS 2012, 68195.

⁶⁴⁹ BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 32 = NZA 2000, 418.

⁶⁵⁰ LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.

⁶⁵¹ Hoefs, S. 204.

⁶⁵² BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 138; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136; BAG v. 10.2.2005 – 2 AZR 189/04, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = NJW-Spezial 2005, 467 = NZA 2005, 1056; Rost, MLR 2011, 8, 9.

⁶⁵³ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 14.



2. Mittel zur Sachverhaltsaufklärung

Zentrales Element der Sachverhaltsaufklärung ist die Anhörung des Arbeitnehmers, auf die noch gesondert eingegangen wird⁶⁵⁴. Je nach Einzelfall können aber auch noch andere Mittel zur Sachverhaltsaufklärung in Betracht kommen. Bei der Wahl der Mittel bzw. bei der Durchführung der konkreten Aufklärungsmaßnahmen hat der Arbeitgeber sich an Grenzen zu halten, die sich insbesondere aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers, dem Datenschutz, dem Fernmeldegeheimnis sowie aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben können⁶⁵⁵.

Zur Differenzierung des aus den Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird eine Unterteilung in verschiedene Persönlichkeitssphären mit unterschiedlicher Schutzbedürftigkeit und Eingriffsresistenz vorgenommen: Intimsphäre, Privatsphäre und Individualsphäre⁶⁵⁶. Die im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung eingesetzten Mittel dürfen grundsätzlich den Bereich der Intimsphäre, d. h. den Bereich der inneren Gedanken- und Gefühlswelt, nicht berühren⁶⁵⁷. In diesen Kernbereich fallen beispielsweise Selbstgespräche oder Tagebucheinträge, die auch elektronisch festgehalten sein können⁶⁵⁸. Dagegen können die Privatsphäre, die das private Leben im häuslichen Bereich oder im Familienkreis bzw. das sonstige Privatleben umfasst, wie auch die Individualsphäre, die das berufliche und öffentliche Wirken einer Person beinhaltet, durchaus Gegenstand von Maßnahmen sein, wobei für die Individualsphäre in der Regel das schwächste Schutzbedürfnis angenommen wird⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ Vgl. Teil C. III.

⁶⁵⁵ Stoffels, S. 37, 42; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.

⁶⁵⁶ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 80 u. 81.

⁶⁵⁷ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 81.

⁶⁵⁸ Vgl. Wybitul/Pötters, BB 2014, 437, 441.

⁶⁵⁹ Ebd.



a) Befragungen von Dritten

Zur Aufklärung des Sachverhalts kann die Befragung anderer Mitarbeiter oder auch anderer Personen, die an dem etwaigen Vorfall beteiligt waren oder Kenntnisse über ihn haben⁶⁶⁰, notwendig sein. Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers kann insbesondere auch die Anhörung von als Zeugen in Betracht kommenden dritten Personen wie Kunden, Kollegen oder auch des Ehe-/ Lebenspartners des verdächtigten Arbeitnehmers erfordern⁶⁶¹. So kann beispielsweise die Befragung eines Kunden zur Sachverhaltsaufklärung von Unregelmäßigkeiten bei der Abwicklung von Kassiervorgängen im Einzelhandel erforderlich sein⁶⁶². Befragte Mitarbeiter des Arbeitgebers sind dabei verpflichtet, alle Fragen zu beantworten, die im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit stehen und sich auf ihre Arbeitsleistung beziehen⁶⁶³. Der Arbeitgeber hat insoweit nämlich grundsätzlich einen Auskunftsanspruch, wenn er ein schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage hat, diese im Zusammenhang mit dem bestehenden Arbeitsverhältnis steht und die Auskunftspflichtung den Arbeitnehmer nicht übermäßig belastet⁶⁶⁴.

So kann der Arbeitgeber dem zu befragenden Arbeitnehmer im Rahmen seines Direktionsrechts nach § 106 GewO, § 315 BGB die Weisung erteilen, an derartigen Gesprächen teilzunehmen⁶⁶⁵, entsprechend Auskunft zu erteilen und zur Aufklärung des Sachverhalts beizutragen⁶⁶⁶. Seine Aussage kann der befragte Arbeitnehmer lediglich dann verweigern, wenn die Fragen nicht den persönlichen Arbeitsbereich betreffen und eine Antwort ihn unzumutbar belasten würde⁶⁶⁷.

⁶⁶⁰ LAG Hessen v. 17.6.2008 – 4/12 Sa 523/07, RDG 2009, 24 = BeckRS 2008, 57220.

⁶⁶¹ Vgl. LAG Nürnberg v. 10.1.2006 – 6 Sa 238/05, BeckRS 2006, 31369107.

⁶⁶² Vgl. LAG Köln v. 7.10.2009 – 3 Sa 662/09, AuR 2010, 272.

⁶⁶³ Bissels/Lützelers, BB 2012, 189, 190. Zur Aussagepflicht des Mitarbeiterzeugen s. auch Mansdörfer, jM 2014, 167, 171; Vgl. zur Auskunftspflicht des Arbeitnehmers Böhm, S. 147 ff.

⁶⁶⁴ BAG v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 24 = NZA 1996, 637, 638.

⁶⁶⁵ Klasen/Schaefer, BB 2012, 641, 644 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁶⁶ Vgl. Grobys/Panzer/Mengel, Compliance, Rn. 23; Bissels/Lützelers, BB 2012, 189, 190.

⁶⁶⁷ Fritz/Nolden, CCZ 2010, 170, 177; s. hierzu auch Lützelers/Müller-Sartori, CCZ 2011, 19.



b) Tor-, Taschen- bzw. Spindkontrollen

Will sich der Arbeitgeber zur Aufklärung eines Sachverhalts der Durchführung von Taschenkontrollen am Werktor bedienen, ist zu beachten, dass diese zwangsläufig mit Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der betroffenen Arbeitnehmer einhergehen⁶⁶⁸. Sie können daher nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stattfinden. Grundsätzlich bedürfen Taschenkontrollen der Einwilligung der Arbeitnehmer⁶⁶⁹.

Die Einführung von generellen oder stichprobenartig durchgeführten Taschenkontrollen und persönlichen Durchsuchungen, nicht dagegen das Vorgehen im Einzelfall, unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, da von dieser Maßnahme das kollektive Ordnungsverhalten der Belegschaft betroffen ist⁶⁷⁰.

Als Mittel der Sachverhaltsaufklärung kann auch eine Spindkontrolle in Betracht kommen⁶⁷¹. Der persönliche Schrank eines Arbeitnehmers und dessen Inhalt sind Teil der Privatsphäre, der absolut geschützte Intimbereich privater Lebensgestaltung ist hier noch nicht betroffen⁶⁷². Ein Arbeitnehmer muss sich bewusst sein, dass es Umstände gibt, unter denen eine entsprechende Kontrolle des Arbeitgebers erforderlich sein kann. Jedoch gilt auch hier, dass ein Arbeitnehmer grundsätzlich darauf vertrauen können muss, dass ihm zugeordnete Schränke nicht ohne sein Einverständnis geöffnet und durchsucht werden⁶⁷³. Wird die Kontrolle trotzdem durchgeführt, liegt regelmäßig ein schwerwiegender Eingriff in die Privatsphäre vor⁶⁷⁴. Er kann nur beim Vorliegen zwingender Gründe gerechtfertigt sein⁶⁷⁵.

⁶⁶⁸ Hümmelich/Reufels/Mergel, § 1, Rn. 3125; Vgl. auch BAG v. 9.7.2013 – 1 ABR 2/13 (A), AP BetrVG 1972 § 29 Nr. 7 = NZA 2013, 1433.

⁶⁶⁹ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 110; Zur Zulässigkeit von Taschenkontrollen auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung vgl. BAG v. 9.7.2013 – 1 ABR 2/13 (A), AP BetrVG 1972 § 29 Nr. 7 = NZA 2013, 1433 = Dahl, jurisPR-ArbR 5/2014 Anm. 6.

⁶⁷⁰ Vgl. BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421.

⁶⁷¹ Vgl. hierzu Wybitul/Pötters, BB 2014, 437.

⁶⁷² BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890, 893 = NZA 2014, 143.

⁶⁷³ Ebd.

⁶⁷⁴ Ebd.

⁶⁷⁵ Ebd.



Zur Sachverhaltsaufklärung kann auch die Inaugenscheinnahme des Arbeitsplatzes des betroffenen Mitarbeiters und der sich dort befindlichen, frei zugänglichen Gegenstände geeignet sein⁶⁷⁶.

c) Kontrolle von Arbeitsunterlagen

Weiteres Mittel zur Aufklärung eines Sachverhalts kann die Heranziehung und Auswertung geschäftlicher Unterlagen wie beispielweise Kundenkorrespondenz, Aufträge, Bestellvorgänge, Rechnungen, Reise- bzw. sonstige Spesenabrechnungen oder auch von Zeitnachweisen sein⁶⁷⁷. Der Arbeitnehmer hat dabei kein Recht, die Einsichtnahme oder Herausgabe zu verweigern, da er Besitzdiener hinsichtlich dieser Dokumente ist⁶⁷⁸. Dies erstreckt sich nicht nur auf Unterlagen in Papierform. Der Arbeitgeber hat auch das uneingeschränkte Recht, Einsicht in dienstliche Akten und Dokumente zu nehmen, die in elektronischer Form gespeichert sind⁶⁷⁹.

d) Auswertung von Internetnutzungsdaten, Chatprotokollen und E-Mails

Bei der Kontrolle, Analyse und Auswertung von Internetnutzungsdaten, Chatprotokollen und E-Mails ist maßgebend, ob der Arbeitgeber die private Nutzung der Rechner im Betrieb verboten oder sie erlaubt bzw. zumindest geduldet hat.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass bezüglich der Einführung und Nutzung betrieblicher Internet-, Intranet- und E-Mail-Diensten dem Betriebsrat aufgrund der sich ergebenden Überwachungsmöglichkeiten gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein umfassendes Mitbestimmungsrecht zusteht. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass

⁶⁷⁶ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 106.

⁶⁷⁷ Vgl. Stoffels, S. 37, 42.

⁶⁷⁸ LAG Sachsen v. 17.1.2007 – 2 Sa 808/05, LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 96; Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703, 1705; Bissels/Lützel, BB 2012, 189, 190; Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 99.

⁶⁷⁹ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 101.

keine unzulässigen Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers stattfinden⁶⁸⁰.

Soweit der Arbeitgeber die Privatnutzung ausdrücklich untersagt und dieses Verbot auch kontrolliert und durchgesetzt hat, darf er bei berechtigtem Interesse grundsätzlich auch auf die im Account seiner Arbeitnehmer enthaltenen E-Mails – sowohl auf die Verbindungsdaten als auch den Inhalt⁶⁸¹ – als Bestandteil der Unternehmenskommunikation zugreifen⁶⁸². Dieses berechnigte Interesse dürfte durch die Aufklärungspflicht in der Regel gegeben sein⁶⁸³.

Erlaubt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Privatnutzung oder duldet diese zumindest, so ist zunächst umstritten, ob der Arbeitgeber in diesem Fall gegenüber seinen Arbeitnehmern geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 6 TKG erbringt und er somit als Provider auftritt⁶⁸⁴. Sieht man – wie die wohl herrschende Meinung⁶⁸⁵ – den Arbeitgeber als Telekommunikationsanbieter und dementsprechend den Anwendungsbereich des TKG als eröffnet an, wäre der Arbeitgeber als Diensteanbieter gemäß § 88 TKG zur Beachtung des Fernmeldegeheimnisses⁶⁸⁶ verpflichtet und eine Kontrolle von Inhaltsdaten wäre demnach in der Regel unzulässig⁶⁸⁷ bzw. gemäß § 206 Abs. 1 StGB sogar strafbewehrt. Für die Anwendbarkeit des TKG spreche der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des TKG, die Gesetzesbegründung sowie der Umstand, dass der Arbeitgeber ein markttypisches Angebot zur Kommunikation mache und der Arbeitnehmer bei der Privatnutzung somit als Dritter im Sinne des § 3 Nr. 10 TKG anzusehen sei⁶⁸⁸.

⁶⁸⁰ Grobys/Panzer/Panzer-Heemaier, Elektronische Kommunikationsmittel, Rn. 43.

⁶⁸¹ Grimm/Freh, ZWH 3/2013, 89, 92.

⁶⁸² Scheben/Klos, CCZ 2013, 88, 89.

⁶⁸³ Vgl. Seel, öAT 2013, 4.

⁶⁸⁴ Zum Streitstand s. Grobys/Panzer/Panzer-Heemaier, Elektronische Kommunikationsmittel, Rn. 17 ff. mit vielen Nachweisen.

⁶⁸⁵ Vgl. Grobys/Panzer/Panzer-Heemaier, Elektronische Kommunikationsmittel, Rn. 17 mit weiteren Nachweisen; Grimm/Freh, ZWH 3/2013, 89, 92; Bertram, GWR 2012, 388.

⁶⁸⁶ Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insb. die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche (§ 88 Abs. 1 TKG).

⁶⁸⁷ Scheben/Klos, CCZ 2013, 88, 89.

⁶⁸⁸ Vgl. Grobys/Panzer/Panzer-Heemaier, Elektronische Kommunikationsmittel, Rn. 17; Mergel, BB 2004, 2014, 2017.



Der Gegenauffassung nach ist der Anwendungsbereich des TKG im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer nicht eröffnet⁶⁸⁹. Denn Diensteanbieter nach § 3 Nr. 24 TKG sei derjenige, der in der Regel gegen Entgelt nachhaltig Dienste für Dritte anbietet oder an der Erbringung mitwirkt⁶⁹⁰. Der Arbeitgeber verlange aber in der Regel kein Entgelt von seinen Arbeitnehmern dafür, dass sie ihre dienstlichen E-Mail-Accounts auch privat nutzen dürfen, so dass der im TKG geregelte Normalfall des Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen gerade nicht auf den Arbeitgeber zutreffe⁶⁹¹. Außerdem sei zweifelhaft, ob der Arbeitnehmer im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber tatsächlich als Dritter im Sinne des § 3 Nr. 10 TKG anzusehen sei⁶⁹². Des Weiteren bestehe der Sinn und Zweck des TKG gemäß § 1 Abs. 1 TKG in der Stärkung des privaten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation und nicht darin, einen Arbeitnehmer besonders zu schützen⁶⁹³. Die Heranziehung eines wettbewerbsrechtlichen Gesetzes im Bereich freiwilliger Zusatzleistungen des Arbeitgebers wird daher als unsachgemäß empfunden⁶⁹⁴.

An einer höchstrichterlichen Klärung fehlt es hier noch, so dass trotz der beachtlichen Argumente der Gegenseite die noch herrschende Meinung in der Praxis maßgeblich sein sollte⁶⁹⁵. Daher ist davon auszugehen, dass auf Grund des Fernmeldegeheimnisses bei erlaubter bzw. geduldeter privater Nutzung eine inhaltliche Kontrolle der E-Mails nicht zulässig ist.

Allerdings ist der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses gar nicht eröffnet, wenn nicht der E-Mail-Verkehr an sich, sondern nur der auf dem Rechner gespeicherte Inhalt kontrolliert wird, da der Übermittlungsvorgang hier bereits beendet ist⁶⁹⁶. Gleiches gilt für die abgespeicherten Chatprotokolle, die nach Abschluss eines Chatgesprächs auf

⁶⁸⁹ Vgl. Grobys/Panzer/Panzer-Heemaier, Elektronische Kommunikationsmittel, Rn. 18.

⁶⁹⁰ Ebd.

⁶⁹¹ Scheben/Klos, CCZ 2013, 88, 90.

⁶⁹² Vgl. Thüsing, § 3 Rn. 84 ff.; Fülbier/Splittgerber, NJW 2012, 1995, 1999.

⁶⁹³ Scheben/Klos, CCZ 2013, 88, 90; Fülbier/Splittgerber, NJW 2012, 1995, 1999.

⁶⁹⁴ LAG Niedersachsen v. 31.5.2010 – 12 Sa 875/09, NZA-RR 2010, 406, 408; LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011 – 4 Sa 2132/10, NZA-RR 2011, 342 f.; Seel, öAT 2013, 4, 5.

⁶⁹⁵ Seel, öAT 2013, 4, 5.

⁶⁹⁶ Vgl. BVerfG v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06, NJW 2009, 2431, 2432, Rn. 45; Bei der erlaubten bzw. geduldeten privaten Email-Kommunikation über ein dienstliches Email-System kann jedoch fraglich sein, wann der Übermittlungsvorgang beendet ist. Dies hängt u. a. von den technischen Gegebenheiten im Einzelfall ab (vgl. hierzu Hoppe/Braun, MMR 2010, 80ff.).



dem Arbeitsplatzrechner eines Arbeitnehmers verblieben sind, da auch diese lediglich die gespeicherten Inhalte und Umstände einer abgeschlossenen Kommunikation wiedergeben⁶⁹⁷. Hier ist eine Kontrolle bzw. Durchsichtung von Chatprotokollen eines Arbeitnehmers auf einem betrieblichen Rechner dann zulässig, wenn für die Aufklärung keine anderen geeigneteren Mittel zur Verfügung stehen, die Maßnahme erforderlich ist und die Verhältnismäßigkeit insgesamt gewahrt wird⁶⁹⁸.

Bei Verdacht illegaler Downloads, einer Computersabotage am Arbeitsplatz, der Verwendung nicht freigegebener Software bzw. Manipulation gespeicherter Daten ist im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung regelmäßig geboten, die betroffenen Rechner frühzeitig sicherzustellen, zumal dadurch einer etwaigen Beweisunterdrückung vorgebeugt werden kann⁶⁹⁹.

Zur Sachverhaltsaufklärung können auch Erkenntnisse aus sozialen Netzwerken wie z. B. Facebook, StudiVZ, Xing nützlich sein⁷⁰⁰. Die Erkenntnisse können verwendet werden, wenn der Arbeitnehmer sie dort öffentlich gemacht und der Arbeitgeber davon Kenntnis erlangt hat⁷⁰¹.

e) *Videüberwachung*⁷⁰²

Für die Ermittlung des Sachverhalts kann auch die Heranziehung von Videoaufzeichnungen dienlich sein. Die Videüberwachung von Mitarbeitern am Arbeitsplatz

⁶⁹⁷ LAG Hamm v. 10.7.2012 – 14 Sa 1711/10, BeckRS 2012, 71605, Rn. 179 = CCZ 2013, 115.

⁶⁹⁸ LAG Hamm v. 10.7.2012 – 14 Sa 1711/10, BeckRS 2012, 71605 = CCZ 2013, 115; Scheben/Klos, CCZ 2013, 88, 93.

⁶⁹⁹ Wahlers, jurisPR-ITR 6/2014 Anm. 6.

⁷⁰⁰ Vgl. Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553; s. Göpfert/Wilke, ArbRAktuell 2011, 159 bzw. Bauer/Günther, NZA 2013, 67 zur Problematik, ob und inwieweit es sich bei der Kommunikation über facebook um eine vertrauliche Kommunikation handelt.

⁷⁰¹ LAG Hamm v. 10.10.2012 – 3 Sa 644/12, BeckRS 2012, 74357; ArbG Hagen v. 16.5.2012 – 3 Ca 2597/11, BeckRS 2012, 71401; VGH Bayern v. 29.2.2012 – 12 C 12.264, NZA-RR 2012, 302 = BeckRS 2012, 48075.

⁷⁰² Ausführlich hierzu Lohse, S. 165 ff.; Byers/Pracka, BB 2013, 760 ff.; Thüsing, § 11, Rn. 1 ff.



unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG⁷⁰³. Der Arbeitgeber kann auf Videoaufzeichnungen zurückgreifen, sofern die rechtlichen Voraussetzungen für die Einrichtung einer Videoüberwachung gegeben waren⁷⁰⁴.

Die offene Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume ist gemäß § 6b Abs. 1 Nr. 2 und 3 BDSG zulässig, soweit sie zur *Wahrnehmung des Hausrechts* (d. h. zum Schutz des Objekts und der sich dort aufhaltenden Personen) oder zur *Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke* (z. B. zur Verhinderung von Diebstählen oder anderen strafbaren Handlungen) erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen, sprich der überwachten Personen, überwiegen⁷⁰⁵. Bei der Aufklärung und Verhinderung von Diebstählen in Kaufhäusern oder von Raubüberfällen in Bankfilialen ist dies gegeben, da hier das Interesse des Arbeitgebers dem Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer in aller Regel vorgeht⁷⁰⁶.

Nach § 6b Abs. 2 BDSG ist die Videoüberwachung durch geeignete Maßnahmen – z. B. entsprechende Hinweisschilder – kenntlich zu machen. Aus diesem Kennzeichnungsgebot wird teilweise gefolgert, dass die verdeckte Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen ausnahmslos unzulässig sei⁷⁰⁷. Da aber das Kennzeichnungsgebot keine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Verarbeitung oder Nutzung erhobener Daten ist und ein absolutes Verbot heimlicher Videoaufnahmen in öffentlich zugänglichen Räumen im Hinblick auf die durch die Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geschützten Integritätsinteressen des Arbeitgebers verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, kann nach dem BAG auch die heimliche Videoaufzeichnung in öffentlich zugänglichen Räumen zulässig sein⁷⁰⁸. Schließlich muss der Arbeitnehmer bei

⁷⁰³ Vgl. BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP BetrVG 1972 § 75 Nr. 54 = NZA 2008, 1187; Stoffels, S. 37, 43; Grimm/Freh, ZWH 2/2013, 45, 49; Maties, NJW 2008, 2219, 2224. Ausführlich hierzu Schulze/Greve, ArbRAktuell 2014, 245 ff.

⁷⁰⁴ Stoffels, S. 37, 42.

⁷⁰⁵ Hümmerich/Reufels/Mergel, § 1, Rn. 3112; Vgl. BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 34/03, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 42.

⁷⁰⁶ Bayreuther, NZA 2005, 1038, 1039.

⁷⁰⁷ Hümmerich/Reufels/Mergel, § 1, Rn. 3112; Bayreuther, NZA 2005, 1038, 1040.

⁷⁰⁸ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 51; BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025, 1029; Bergwitz, NZA 2012, 353, 357; Bauer/Schansker, NJW 2012, 3537, 3538.



öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen jederzeit und generell mit einer Beobachtung rechnen – nicht nur durch eine Videoüberwachung⁷⁰⁹.

Allerdings unterliegt diese Videoüberwachung genauso wie auch die verdeckte Videoüberwachung nicht öffentlich zugänglicher Arbeits- und Betriebsräume hohen Anforderungen, die durch § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG vorgegeben werden. Demnach dürfen zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

Eine heimliche Videoüberwachung ist mit Blick auf den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer im Falle konkreter Verdachtsmomente einer strafbaren Handlung daher nur dann zulässig, wenn erstens weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, zweitens die verdeckte Videoüberwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt, d. h. die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist, und drittens das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere die Durchführung der Überwachung in ihrer Art und Dauer nicht unverhältnismäßig ist⁷¹⁰.

Heimliche Kontrollmaßnahmen zur Aufdeckung und Klärung von Straftaten oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen müssen folglich unter Abwägung der gegenläufigen Grundrechtspositionen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnis-

⁷⁰⁹ Eckert, DStR 2012, 2235, 2241.

⁷¹⁰ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 50; BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025; Bauer/Schansker, NJW 2012, 3537, 3538; Hümmerich/Reufels/Mergel, § 1, Rn. 3115; Zur Verhältnismäßigkeit der Videoüberwachung vgl. Lohse, S. 185 ff.



mäßigkeit im Einzelfall beurteilt werden⁷¹¹. Insoweit ist eine Überwachungsmaßnahme nur dann angemessen, wenn sie in möglichst engen räumlichen, zeitlichen und personellen Grenzen durchgeführt wird⁷¹².

Vor diesem Hintergrund sind dauerhafte heimliche Videoaufnahmen genauso unzulässig⁷¹³ wie die Überwachung bestimmter Privat- und Intimbereiche am Arbeitsplatz wie beispielsweise der Toilettenräume⁷¹⁴. Gleichmaßen ist die Beobachtung einer Arbeitnehmerin durch einen Detektiv zur Krankenkontrolle mit heimlicher Anfertigung von Videoaufnahmen nicht durch § 32 BDSG gedeckt, wenn es keine ernsthaften Zweifel an der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit gibt und der Verdacht eines Entgeltfortzahlungsbetrugs zu Lasten des Arbeitgebers nicht hinreichend ist, zumal selbst im Falle einer gerechtfertigten Kontrolle der Arbeitsunfähigkeit ein Observationsbericht des Detektivs ausreichend gewesen wäre und das gewählte Mittel der heimlichen Videoaufnahmen demzufolge unverhältnismäßig ist⁷¹⁵.

f) Einsatz von Detektiven/Ermittlern

Ermittlungen bzw. Aufklärungsmaßnahmen durch Detektive oder eigene Ermittler von Werk- bzw. Konzernsicherheitsstellen können ein Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts sein. Im Falle des Verdachts eines Diebstahls von Firmeneigentum und dessen Weiterveräußerung auf einer Auktionsplattform im Internet kann beispielsweise die Durchführung eines Testkaufes in Betracht kommen. Auch kann eine Observierung des betroffenen Mitarbeiters zur Sachverhaltsaufklärung dienlich sein. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass dies in der Regel einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt⁷¹⁶. Insofern handelt ein Arbeitgeber, der wegen des Verdachts einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit einem Detektiv die Überwachung eines Arbeitneh-

⁷¹¹ Vgl. Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 226; BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 52.

⁷¹² Grimm/Freh, ZWH 3/2013, 89, 91 mit weiteren Nachweisen; Schulze/Greve, ArbRAktuell 2014, 245, 246.

⁷¹³ BAG v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AP BetrVG 1972 § 75 Nr. 54 = NZA 2008, 1187, 1192.

⁷¹⁴ Hümmerich/Reufels/Mergel, § 1, Rn. 3115.

⁷¹⁵ LAG Hamm v. 11.7.2013 – 11 Sa 312/13, BeckRS 2014, 65100.

⁷¹⁶ Müller, Teil J, Rn. 1430.



mers überträgt, rechtswidrig, wenn sein Verdacht nicht auf konkreten Tatsachen beruht⁷¹⁷. Für dabei heimlich hergestellte Fotos gilt dasselbe⁷¹⁸. Eine solche rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann einen Schmerzensgeldanspruch begründen⁷¹⁹.

Auch bei Vorliegen eines konkreten Verdachts ist daher darauf zu achten, dass der Einsatz verhältnismäßig ist und auf das unbedingt Erforderliche beschränkt wird⁷²⁰. Unzulässig sind dabei Eingriffe in die Intimsphäre⁷²¹.

Wenn die ermittelten Tatsachen eine Verdachtskündigung rechtfertigen, hat der Arbeitgeber sogar einen Anspruch auf Erstattung von Detektivkosten⁷²². Erstattungsfähig sind jedoch nur solche Detektivkosten, die durch eine Detektivarbeit verursacht wurden, die Tatsachen aufgedeckt hat, die den Verdacht auch tatsächlich stützten⁷²³. Wenn der Arbeitgeber die Obervierung des Arbeitnehmers also vornehmen lässt, weil er den Arbeitnehmer des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit verdächtigt, und sich herausstellt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig war, sich jedoch genesungswidrig verhielt, so begründet diese zufällig gefundene Pflichtwidrigkeit keinen Erstattungsanspruch⁷²⁴.

g) Weitere Mittel zur Sachverhaltsaufklärung

Die hier aufgeführten möglicherweise in Betracht kommenden, vom Arbeitgeber durchzuführenden Aufklärungsmaßnahmen sind keineswegs als abschließend zu

⁷¹⁷ BAG v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13, Pressemitteilung 7/15 des BAG vom 19.2.2015.

⁷¹⁸ Ebd.

⁷¹⁹ Ebd.

⁷²⁰ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 168.

⁷²¹ Balzer/Nugel, NJW 2013, 3397, 3403.

⁷²² BAG v. 26.9.2013 – 8 AZR 1026/12, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 139 = NZA 2014, 301 = BeckRS 2014, 66201.

⁷²³ Ebd.

⁷²⁴ Kern, ArbRAktuell 2014, 133, 134.



betrachten. Schließlich hat der Arbeitgeber alle ihm zur Verfügung stehenden zumutbaren Möglichkeiten zur Sachverhaltsaufklärung auszuschöpfen⁷²⁵.

3. Beweisverwertungsverbot bei Überschreitung der rechtlichen Grenzen

Der Arbeitgeber hat sich bei den zur Klärung des Sachverhalts durchzuführenden Aufklärungsmaßnahmen – wie gesehen – an die jeweils gebotenen Grenzen bzw. Schranken zu halten, die sich insbesondere aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der von der Maßnahme Betroffenen und dem Datenschutzrecht ergeben⁷²⁶. Dem Interesse des Arbeitgebers, seine Rechtsgüter und Vertragsinteressen zu schützen, stehen nämlich die Interessen des Arbeitnehmers auf Wahrung des Persönlichkeitsrechts bzw. des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber⁷²⁷.

Überschreitet der Arbeitgeber diese ihm gebotenen Schranken des Erlaubten aus Unkenntnis, Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz, stellt sich die Frage, ob die dadurch gewonnenen d. h. rechtswidrig erlangten Erkenntnisse in einem der Verdachtskündigung folgenden etwaigen Kündigungsschutzprozess gegen den Arbeitnehmer verwendet werden dürfen? Oder ob sich der Arbeitnehmer nicht im Falle einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, z. B. wegen strafbarer Handlungen oder sonstiger Verletzungen der arbeitsvertraglichen Pflichten, die durch offenen oder heimlichen Einsatz von Arbeitnehmerüberwachung aufgedeckt bzw. aufgeklärt wurden, im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses auf ein sog. Beweisverwertungsverbot berufen und damit den Arbeitgeber möglicherweise in Beweisnot bringen kann?⁷²⁸. Für den Ausgang eines derartigen Rechtsstreits kann diese Frage entscheidend sein.

⁷²⁵ St. Rspr., zuletzt u. a. BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890, 893 = NZA 2014, 143, 145.

⁷²⁶ Vgl. Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2.

⁷²⁷ Ihle, BB 2014, 896.

⁷²⁸ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 219.

Zur praxisnahen Veranschaulichung dieser Frage kann auf einen Sachverhalt zurückgegriffen werden, den das BAG kürzlich zu entscheiden hatte⁷²⁹. Der gekündigte Arbeitnehmer arbeitete in einem Großhandelsmarkt als Verkäufer in der Getränkeabteilung. Nachdem Verdachtsmomente aufgetreten waren, die nach Auffassung des Arbeitgebers nahelegten, dass der betroffene Arbeitnehmer Damenunterwäsche aus dem Sortiment des Großhandelsmarktes gestohlen hatte⁷³⁰, öffnete der Marktleiter im Beisein eines Betriebsratsmitglieds, aber in Abwesenheit des betroffenen Arbeitnehmers, dessen verschlossenen Spind und durchsuchte ihn. Im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses behauptete der Arbeitgeber dann, dass bei dieser Durchsuchung die vom Arbeitnehmer entwendete Damenunterwäsche entdeckt worden sei. Der Marktleiter habe die Wäsche zurück in den Spind gelegt und in Absprache mit dem Betriebsrat abwarten wollen, ob der Arbeitnehmer die Ware bis Dienstschluss noch bezahle. Da der betroffene Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz frühzeitig verlassen habe, sei es nicht gelungen, eine geplante Taschenkontrolle am Ausgang des Marktes durchzuführen. Bei der anschließenden Kontrolle im Spind des Arbeitnehmers sei die fragliche Damenunterwäsche nicht mehr auffindbar gewesen. Der Arbeitgeber lud den betroffenen Arbeitnehmer zu einem Gespräch, daneben gab er ihm Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Nach fruchtlosem Fristablauf kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich. In dem anschließenden Kündigungsschutzprozess ging es insbesondere darum, ob der Arbeitgeber mit dem heimlichen Öffnen des – dem Arbeitnehmer persönlich zugeordneten – Schrankes gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Arbeitnehmers sowie gegen § 32 Abs. 1 BDSG verstoßen hatte und ob der Vortrag des Arbeitgebers von der im Spind aufgefundenen Damenunterwäsche prozessual verwertbar war⁷³¹.

⁷²⁹ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890, 893 = NZA 2014, 143 = ZD 2014, 260. Vgl. hierzu Wybitul/Pötters, BB 2014, 437 ff.; Brink/Wybitul, ZD 2014, 225 ff.; Schuster, ArbRAktuell 2014, 84.

⁷³⁰ Vgl. Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 227: Wiederholt wurden Etiketten von nicht bezahlten Waren im Abfall der Getränkeabteilung gefunden, und zwar im zeitlichen Zusammenhang mit den Arbeitszeiten des Arbeitnehmers. Der Marktleiter beobachtete, wie der betroffene Arbeitnehmer Damenunterwäsche aus dem Sortiment des Großhandelsmarktes im Wert von ca. 20,- EUR betrachtete. Sodann wurden im Mülleimer der Getränkeabteilung vier Etiketten entsprechender Unterwäsche gefunden. Eine Nachfrage bei der Buchhaltung ergab allerdings, dass die fraglichen Artikel nicht bezahlt wurden.

⁷³¹ Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 227; Wybitul/Pötters, BB 2014, 437.



Ebenso wie die Vorinstanzen⁷³² hielt auch das BAG die heimliche Öffnung und Durchsuchung des Schrankes für rechtswidrig. Ob es sich bei der Durchsuchungsmaßnahme tatbestandlich um eine Datenerhebung im Sinne des § 32 Abs. 1 und 2 BDSG handle⁷³³, könne offen bleiben, da die Anforderungen an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG im Ergebnis identisch mit denen der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Eingriffes in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers nach Art. 2 Abs. 1 GG seien⁷³⁴. Denn letztlich könne die Schrankkontrolle nur dann nach § 32 Abs. 1 BDSG erforderlich bzw. verhältnismäßig im Sinne einer Beschränkung des Persönlichkeitsrechts gewesen sein, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen sei⁷³⁵. Dem Arbeitgeber dürften keine ebenso effektiven, den betroffenen Arbeitnehmer weniger belastenden Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen. Hier wäre aber nach Auffassung des BAG eine in Anwesenheit des betroffenen Arbeitnehmers durchgeführte Öffnung und Durchsuchung des Schrankes gegenüber der heimlich vorgenommenen Durchsuchung das mildere Mittel gewesen, da der Arbeitnehmer dadurch auf die Art und Weise der Durchführung hätte Einfluss nehmen können⁷³⁶. Schließlich hätte der Arbeitnehmer dann die Möglichkeit gehabt, die Kontrolle seines Spinds zu verhindern, etwa indem er die gestohlenen Gegenstände freiwillig herausgibt oder durch sonstige Maßnahmen des Rechtsschutzes⁷³⁷. Der Arbeitgeber hätte den Arbeitnehmer daher zunächst befragen und sich dann den Schrank von ihm zeigen lassen müssen⁷³⁸. Die heimliche Spindkontrolle sei unverhältnismäßig und die Beweiserhebung folglich rechtswidrig gewesen.

Daraus folge aber nicht zwangsläufig ein Beweisverwertungsverbot. Schließlich kenne die ZPO selbst für rechtswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel kein –

⁷³² Vgl. LAG Hessen v. 18.4.2012 – 18 Sa 1474/11, BeckRS 2012, 71641.

⁷³³ So Brink, jurisPR-ArbR 20/2013 Anm. 1.

⁷³⁴ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 147, Rn. 25.

⁷³⁵ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 147, Rn. 28.

⁷³⁶ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 147, Rn. 31; Schuster, ArbRAktuell 2014, 84.

⁷³⁷ Jacobi, ArbRB 2014, 70, 71.

⁷³⁸ Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 229.

ausdrückliches – prozessuales Verwendungs- bzw. Beweisverwertungsverbot⁷³⁹. Aus § 286 ZPO i. V. m. Art. 103 Abs. 1 GG folge vielmehr die grundsätzliche Verpflichtung der Gerichte, den von den Parteien vorgetragene Sachverhalt und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen⁷⁴⁰. Die Verwertung von Beweismitteln, die der Arbeitgeber rechtswidrig erlangt habe, scheidet jedoch dann aus, wenn sich deren prozessuale Verwertung als erneuter bzw. fortgesetzter Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers darstelle, der nicht durch überwiegende Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sei⁷⁴¹. Insoweit sei vorliegend die Verwertung der aus der heimlichen Durchsuchung des Schrankes gewonnenen Erkenntnisse ausgeschlossen⁷⁴². Das Verwertungsverbot impliziere hier auch ein weitergehendes Erhebungsverbot. Dieses schließt daher aus, Personen, welche die Öffnung und Kontrolle des Spindes selbst durchgeführt haben oder zu ihr hinzugezogen wurden, als Zeugen zu hören⁷⁴³.

Auch nach dieser Entscheidung des BAG kann keineswegs angenommen werden, dass jedes rechtswidrig erlangte Beweismittel sogleich pauschal ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht⁷⁴⁴. Es bleibt im Grundsatz dabei, dass im Einzelfall im Wege einer Güterabwägung geklärt werden muss, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers oder das Interesse des Arbeitgebers an der Verwertung des Beweismittels den Vorrang verdient⁷⁴⁵. So lässt das BAG beispielsweise in anderen Entscheidungen – wie bereits dargestellt⁷⁴⁶ – die Verwertung heimlicher Videoaufzeichnungen zu, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer

⁷³⁹ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 145, Rn. 20; BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 247 Rn. 43.

⁷⁴⁰ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 145, Rn. 20; BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, 247 Rn. 43. Vgl. BVerfG v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619, Rn. 60.

⁷⁴¹ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 145, Rn. 19.

⁷⁴² BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 145, Rn. 19; Schuster, ArbRAktuell 2014, 84.

⁷⁴³ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 145, Rn. 19; Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 229.

⁷⁴⁴ Vgl. Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 230; Wybitul/Pötters, BB 2014, 437, 442.

⁷⁴⁵ Vgl. Stoffels, S. 37, 43.

⁷⁴⁶ Vgl. Teil C. III. 2 e).



anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit das praktisch einzig verbleibende Mittel und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist⁷⁴⁷. Sowohl die Informationsbeschaffung als auch die -verwertung dürfen also nicht unverhältnismäßig sein⁷⁴⁸.

Voraussetzung einer zulässigen Sachverhaltsaufklärung ist es daher, sich bei den Ermittlungs- und Aufklärungsmaßnahmen an die „Spielregeln“ zu halten, die sich aus den Grenzen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Betroffenen sowie den datenschutzrechtlichen Bestimmungen⁷⁴⁹ ergeben. Nicht zwangsläufig ist die Maßnahme, die den schnellsten Aufklärungserfolg verspricht, geeignet, erforderlich und angemessen als taugliches Beweismittel⁷⁵⁰. Aus den zur Verfügung stehenden, gleich effektiven Maßnahmen hat der Arbeitgeber das mildeste Mittel mit der geringsten Eingriffsintensität auszuwählen⁷⁵¹. Heimliche Überwachungs- bzw. Aufklärungsmaßnahmen sollten, wegen des wesentlich massiveren Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers, nur als allerletztes Mittel in Betracht gezogen werden. Der Arbeitgeber muss prüfen, ob eine offen durchgeführte Ermittlung nicht genauso erfolgsversprechend ist⁷⁵². Er muss sich auch im Klaren sein, dass durch die Hinzuziehung des Betriebsrats eine rechtswidrige Maßnahme nicht „geheilt“ und damit legitimiert wird⁷⁵³ bzw. die Verletzung des Datenschutzrechts⁷⁵⁴ oder des Persönlichkeitsrechts relativiert oder verringert wird⁷⁵⁵. Im Gegenteil: So sehr es aus innerbetrieblicher Sicht nachvollziehbar ist, einen „neutralen, vertrauenswürdigen“ Zeugen bei der Durchführung der Maßnahme hinzuzuziehen, und man damit etwa Vorwürfen, man habe dem betroffenen Arbeitnehmer etwas „untergejubelt“, entgegnetreten kann,

⁷⁴⁷ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 50; BAG v. 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025.

⁷⁴⁸ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

⁷⁴⁹ Vgl. hierzu Checkliste bei Wybitul/Pötters, BB 2014, 437, 442.

⁷⁵⁰ Stück, CCZ 2014, 191.

⁷⁵¹ Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 230; Wybitul/Pötters, BB 2014, 437, 442.

⁷⁵² Henne, GWR 2014, 71; Zimmermann/Glück, jurisPR-ArbR 14/2014 Anm. 2; Stück, CCZ 2014, 191.

⁷⁵³ Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 230; Schulze/Greve, ArbRAktuell 2014, 245, 246; Zimmermann/Glück, jurisPR-ArbR 14/2014 Anm. 2.

⁷⁵⁴ Stück, CCZ 2014, 191.

⁷⁵⁵ Ihle, BB 2014, 896.



verstärkt die Hinzuziehung weiterer Personen bei Durchführung der Maßnahme den Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen⁷⁵⁶.

Ob mitbestimmungswidrig erlangte Beweismittel ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen, hat das BAG bislang offen gelassen⁷⁵⁷. Sofern der Betriebsrat über diesen Umstand im Rahmen der Kündigungsanhörung unterrichtet wurde und er der Verwertung dieses Beweismittels zustimmt, was insbesondere durch die Zustimmung zur Kündigung zum Ausdruck gebracht werden kann, soll kein Verwertungsverbot bestehen⁷⁵⁸. Letztlich dürfte sich die Frage der Beweisverwertung auch im Falle eines mitbestimmungswidrigen Verhaltens bei der Sachverhaltsaufklärung nach den allgemeinen Abwägungsgrundsätzen richten⁷⁵⁹. Soweit das Beweismittel im Übrigen in zulässiger Weise gewonnen worden ist, dürfte allein aus dem Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte kein Beweisverwertungsverbot hergeleitet werden⁷⁶⁰.

III. Die Arbeitnehmeranhörung

Im Rahmen der Erfüllung seiner Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Sachverhalts hat der Arbeitgeber dem verdächtigen Arbeitnehmer die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

1. Anhörungspflicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung

Vor Ausspruch einer Tat Kündigung kann eine Anhörung des betroffenen Mitarbeiters aus Gründen der Fairness und des Respekts durchgeführt werden. Sie ist tatsächlich

⁷⁵⁶ Vgl. BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890 = NZA 2014, 143, 147, Rn. 35; Brink/Wybitul, ZD 2014, 225, 230; Brink, jurisPR-ArbR 20/2013 Anm. 1.; a. A. Wybitul/Pötters, BB 2014, 437, 441; wohl auch Jacobi, ArbRB 2014, 70, 71.

⁷⁵⁷ Stoffels, S. 37, 43; Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 332.

⁷⁵⁸ BAG v. 23.4.2009 – 6 AZR 189/08, AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 40 = NZA 2009, 974.

⁷⁵⁹ Moll/Dendorfer, § 35, Rn. 332.

⁷⁶⁰ Müller, Teil J, Rn. 1432 mit weiteren Nachweisen; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553.



sinnvoll⁷⁶¹, jedoch rechtlich nicht erforderlich⁷⁶² und ihre (Nicht-) Durchführung hat keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Kündigung. Dagegen ist bei einer Verdachtskündigung die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers eine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung⁷⁶³. Dieses Erfordernis hat die Rechtsprechung aus dem im gesamten Kündigungsrecht geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁶⁴ bzw. dem Ultima-ratio-Prinzip⁷⁶⁵ entwickelt⁷⁶⁶. Denn anders als bei einem auf Grund von Tatsachen bewiesenen Sachverhalt besteht bei der Verdachtskündigung in besonderem Maße die Gefahr, dass der betroffene Arbeitnehmer zu Unrecht beschuldigt wird.

Durch die Anhörung soll der Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden, die gegen ihn bestehenden Verdachtsmomente zu entkräften bzw. zu widerlegen sowie Entlastungs- oder Rechtfertigungsgründe vorzubringen⁷⁶⁷. Er soll die Gelegenheit erhalten, sich möglichst unbefangen mit den vorgebrachten Vorwürfen auseinanderzusetzen. Möglicherweise führt schon seine spontane Reaktion zu einer Entlastung⁷⁶⁸. Die Anhörung kann und soll dazu führen, den bestehenden Verdacht auszuräumen oder zumindest eine Erklärung zu finden, die nachvollziehbar ist, „mit der man leben

⁷⁶¹ Rost, MLR 2011, 8, 9.

⁷⁶² Vgl. Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203; ArbG Berlin v. 20.12.2013 – 28 Ca 13574/13, BeckRS 2014, 69930, das auf andere Fallgruppen des Anhörungsgebots verweist, bei denen Aufklärung über Vorwürfe zu betreiben ist, die dem Arbeitgeber durch Dritte zugetragen worden sind. Vgl. auch Wilhelm, NZA-RR 2002, 449 ff., der sich mit der Anhörungspflicht vor Ausspruch einer Abmahnung auseinandersetzt und eine derartige Pflicht nur dann annimmt, wenn sie einzelvertraglich oder kollektivrechtlich ausdrücklich angeordnet ist.

⁷⁶³ Zuletzt BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015; Zuvor bereits: BAG v. 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 17 = NJW 1986, 3159 = NZA 1986, 674; BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 283/86, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 19 = NZA 1987, 699; BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25 = NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540; BAG v. 18.9.1997 – 2 AZR 36/97, AP BGB § 626 Nr. 138 = NJW 1998, 1508 = NZA 1998, 95; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137; mit der früher geäußerten Kritik an der Pflicht zur Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung hat sich Hoefs, S. 186 ff. ausführlich auseinandergesetzt.

⁷⁶⁴ Bredemeier, öAT 2014, 29.

⁷⁶⁵ BAG v. 30.5.1978 – 2 AZR 630/76, AP BGB § 626 Nr. 70; BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 180/06, AP BGB § 174 Nr. 20 = NZA-RR 2007, 571, 575; BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 73.

⁷⁶⁶ Rost, MLR 2011, 8, 9.

⁷⁶⁷ vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 474; Langner/Witt, DStR 2008, 825, 827.

⁷⁶⁸ Ebeling, S. 167; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, Rn. 35.

kann⁷⁶⁹. Insofern kann mit der Anhörung auch die Störung des Vertrauensverhältnisses beseitigt werden⁷⁷⁰.

Für die Beurteilung des Vertrauensverlustes beim Arbeitgeber und seinen Kündigungsentschluss kann nämlich die Einlassung des Arbeitnehmers im Rahmen der Anhörung mit entscheidend sein⁷⁷¹. Damit hat die Anhörungspflicht letztlich zwei Schutzfunktionen: zum einen soll der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten, sich zu den Vorwürfen äußern zu können, zum anderen soll durch die Anhörungsverpflichtung auch eine ordnungsgemäße Willensbildung beim Arbeitgeber hinsichtlich des Kündigungsentschlusses erreicht werden⁷⁷². Würde die Anhörung unterbleiben, wäre die Kündigung nicht mehr verhältnismäßig bzw. ultima ratio⁷⁷³. Insofern bedarf es für die Ableitung des Anhörungserfordernisses nicht eines Rückgriffes auf das justizielle Grundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG auf rechtliches Gehör⁷⁷⁴.

Bei schuldhafter Verletzung der dem Arbeitgeber obliegenden Anhörungspflicht ist die Kündigung aus formellen Gründen unwirksam⁷⁷⁵. Vor diesem Hintergrund kann die Anhörung folglich nur aus Gründen unterbleiben, die der Arbeitgeber nicht zu vertreten hat⁷⁷⁶. Ein derartiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn der betroffene Mitarbeiter sich weigert, an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, inhaltlich zu dem Verdacht Stellung zu nehmen und sich entsprechend substantiiert zu äußern⁷⁷⁷.

⁷⁶⁹ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.

⁷⁷⁰ Ebd.

⁷⁷¹ Vgl. Langner/Witt, DStR 2008, 825, 827.

⁷⁷² Vgl. Ebeling, S. 169 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁷³ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 23; BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316; BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 140; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, Rn. 51.

⁷⁷⁴ So Lembke, RdA 2013, 82, 85; Stoffels, S. 37, 41.

⁷⁷⁵ Tschöpe/Rinck, Teil 3 F, Rn. 42.

⁷⁷⁶ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.

⁷⁷⁷ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, Rn. 16; LAG Schleswig-Holstein v. 28.10.2009 – 3 Sa 278/09, BeckRS 2011, 66403; HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645; Von Steinau-Steinrück/Glanz, NJW-Spezial 2008, 274; Berkowsky, Arbeitsrecht aktiv 2009, 23, 25. Vgl. Teil C. III. 5.



2. Formelle Anforderungen an die Anhörung (Zeitpunkt, Ort, Einladung, etc.)

Im Zusammenhang mit der Durchführung der Anhörung eines verdächtigten Arbeitnehmers sind zunächst formale Gesichtspunkte hinsichtlich der Umstände der Anhörung zu klären. Schließlich muss eine Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers vom Arbeitgeber so gestaltet werden, dass dem Arbeitnehmer eine Äußerung den Umständen nach zumutbar ist⁷⁷⁸. Insofern stellt sich zunächst die Frage, in welcher Form die Anhörung selbst durchgeführt wird: Bedarf es zwingend einer persönlichen mündlichen Anhörung oder kann die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers auch schriftlich erfolgen? Des Weiteren ist zu klären, ob an die Einladung zu einer derartigen Anhörung formale und auch inhaltliche Anforderungen zu stellen sind. Schließlich bedarf es im Hinblick auf die Umstände der Anhörung auch noch einer Klärung, ob für eine ordnungsgemäße Anhörung bestimmte Anforderungen an Zeitpunkt, Ort und Ablauf der Anhörung einzuhalten sind.

a) Form der Anhörung

Eine bestimmte Form der Arbeitnehmeranhörung ist nicht vorgeschrieben⁷⁷⁹. Insofern kann die Anhörung des verdächtigten Arbeitnehmers sowohl mündlich im Rahmen eines persönlichen Anhörungsgesprächs bzw. Telefonats⁷⁸⁰ als auch schriftlich bzw. per E-Mail⁷⁸¹ mittels eines Anhörungsschreibens erfolgen⁷⁸². Für die schriftliche Variante spricht, dass ein schriftlich eingeleitetes Verfahren Unklarheiten verhindern und Beweis Zwecken besser dienen kann⁷⁸³. Gleichwohl dürfte sich ein derartiges Verfahren

⁷⁷⁸ LAG Berlin-Brandenburg v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001; Müller, Teil D, Rn. 889.

⁷⁷⁹ Lembke, RdA 2013, 82, 87; Gaul/Schmidt-Lauber, ArbRB 2012, 18; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553; Lange/Vogel, DB 2010, 1066, 1068; Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203; Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15; Fischer, BB 2003, 522; Müller, Teil D, Rn. 881.

⁷⁸⁰ Dabei muss die Vertraulichkeit gewährleistet sein: Nach LAG Köln v. 15.4.1997 – 13 (2) Sa 812/96, NZA 1998, 203 ist das nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer sich telefonisch zu dem Vorwurf einer Kassenmanipulation äußern soll, sich das Telefon im Ladenlokal befindet und unbeteiligte Dritte (Kunden) anwesend sind. Vgl. Teil C. III. 2.d).

⁷⁸¹ Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2011, 457, 462.

⁷⁸² Müller, Teil D, Rn. 881.

⁷⁸³ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203; Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15, 16.



in erster Linie nur bei einfachen Sachverhalten anbieten⁷⁸⁴. Denn gerade die umfassende, aber für eine ordnungsgemäße Anhörung gleichermaßen notwendige Darstellung aller bereits bekannten be- und entlastenden Tatsachen – auf die im Folgenden im Zuge der inhaltlichen Anforderungen an eine derartige Arbeitnehmeranhörung noch einzugehen ist – dürfte im Rahmen eines persönlichen Gesprächs für den Arbeitgeber einfacher darzustellen sein⁷⁸⁵, zumal er so Unterlagen zur Einsichtnahme für den betroffenen Arbeitnehmer bereit stellen und ggf. auch Rückfragen des Arbeitnehmers sofort beantworten kann⁷⁸⁶. Auf diese Weise kann ein unmittelbares Frage- und Antwortspiel stattfinden, in dessen Verlauf Unklarheiten sofort und direkt geklärt werden können⁷⁸⁷. Daher ist diese Form der Anhörung aus Sicht des Arbeitgebers grundsätzlich zu bevorzugen, zumal auch hier die aus Beweisgründen sicherlich sinnvolle Dokumentation des Gesprächs in Form eines Protokolls der Anhörung umfassend festgehalten werden kann⁷⁸⁸. Zu beachten ist hier selbstredend, dass unter Anhörung insbesondere das „Zuhören“ zu verstehen ist, also der Arbeitnehmer die Gelegenheit erhalten muss, ausführlich zu Wort kommen zu können.

Fraglich ist, ob die vom Arbeitgeber gewählte Form der Anhörung für den betroffenen Arbeitnehmer bindend ist. Oder ob es ihm frei steht, sich auf anderem Wege als in der vom Arbeitgeber gewünschten Form zu den Vorwürfen zu äußern und sich beispielsweise auf eine schriftliche Stellungnahme zu beschränken, obwohl der Arbeitgeber zu einem persönlichen Anhörungsgespräch eingeladen hatte.

Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Teilnahme an der vom Arbeitgeber anberaumten persönlichen Anhörung dürfte nur dann bestehen, wenn der Arbeitgeber berechtigt wäre, den betroffenen Arbeitnehmer zur Teilnahme an der Anhörung im Rahmen des dem Arbeitgeber zustehenden Weisungsrechts anzuweisen⁷⁸⁹. Dieses Weisungsrecht des Arbeitgebers ist nach § 106 Sätze 1, 2 GewO auf „Inhalt, Ort und

⁷⁸⁴ Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2011, 457, 462.

⁷⁸⁵ Ebd.

⁷⁸⁶ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.

⁷⁸⁷ Hunold, NZA-RR 2012, 399, 400.

⁷⁸⁸ Vgl. zur Dokumentation Müller, Teil D, Rn. 882.

⁷⁸⁹ Vgl. Urban, ArbRAktuell 2011, 87; Zur Teilnahmepflicht des Arbeitnehmers an Personalgesprächen s. auch Stück, DB 2007, 1137, 1138.



Zeit der Arbeitsleistung“ sowie auf „Ordnung und Verhalten im Betrieb“ beschränkt⁷⁹⁰. Der Arbeitgeber kann folglich den Arbeitnehmer zur Teilnahme an Gesprächen verpflichten, in denen er Weisungen vorbereiten, erteilen oder ihre Nichteinhaltung beanstanden will⁷⁹¹. Demgegenüber reicht sein Weisungsrecht aber nicht soweit, als dass er die Teilnahme an Gesprächen, die mit den in § 106 GewO genannten Zielen nicht im Zusammenhang stehen, anweisen und er diese Gespräche durch einseitige Anordnung zu nach § 106 Sätze 1, 2 GewO verbindlichen Dienstpflichten erheben könnte⁷⁹².

Infolgedessen ist der Arbeitnehmer nicht zur Teilnahme an einem Gespräch verpflichtet, das zum Gegenstand und Ziel eine bereits im Vorfeld von ihm abgelehnte, aber vom Arbeitgeber dennoch weiterverfolgte Vertragsänderung hat⁷⁹³. Gleichermäßen kann der Arbeitgeber nicht anordnen, an einem Trennungsgespräch teilzunehmen⁷⁹⁴.

Auch wenn bei der Anhörung zu dem Verdacht einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung die Sachverhaltsaufklärung im Vordergrund steht und sie daher in aller Regel nicht einem „Trennungsgespräch“ gleichgesetzt werden kann, so hat sie zumindest „trennungsvorbereitenden“ Charakter. Denn ihre Durchführung ist Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann dadurch eingeleitet werden. Doch es besteht keine Verpflichtung des Arbeitnehmers, an dem vom Arbeitgeber gewünschten mündlichen Verfahren teilzunehmen⁷⁹⁵. Der Arbeitgeber muss es vielmehr grundsätzlich akzeptieren, wenn der Arbeitnehmer ihn stattdessen auf eine schriftliche Stellungnahme verweist⁷⁹⁶.

⁷⁹⁰ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, AP GewO § 106 Nr. 3 = NZA 2009, 1011.

⁷⁹¹ Ebd.

⁷⁹² Ebd., Rn. 24.

⁷⁹³ Vgl. ebd.; Urban, ArbRAktuell 2011, 87.

⁷⁹⁴ Reinecke, AuR 2011, 234, 235.

⁷⁹⁵ Hunold, NZA-RR 2012, 399, 401; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 403.

⁷⁹⁶ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203; Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15, 16; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 386.

b) Einladung zur Anhörung

Die Initiative zur Durchführung der Arbeitnehmeranhörung muss vom Arbeitgeber ausgehen. Dies ergibt sich aus seiner Verpflichtung, vor Ausspruch einer Verdachtskündigung den Sachverhalt umfassend aufzuklären und den Arbeitnehmer zu den Verdachtsmomenten anzuhören. Infolgedessen obliegt die Einladung des verdächtigten Arbeitnehmers zur Anhörung dem Arbeitgeber⁷⁹⁷.

Für die Einladung zur Arbeitnehmeranhörung bedarf es keiner bestimmten Form⁷⁹⁸. Der Arbeitgeber kann den betroffenen Arbeitnehmer mündlich, in Form eines Telefonats bzw. eines persönlichen Gesprächs, oder schriftlich einladen⁷⁹⁹. Auch eine Einladung per E-Mail ist möglich⁸⁰⁰. Welche Form letztlich gewählt wird, bleibt dem Arbeitgeber überlassen. Im Streitfall muss er aber in der Lage sein, den Zugang der Einladung darzulegen und ggf. zu beweisen⁸⁰¹.

Umstritten ist, welche Anforderungen an den Inhalt der Einladung zur Arbeitnehmeranhörung zu stellen sind. Da dem Arbeitnehmer eine substantiierte Einlassung ermöglicht werden müsse, wird hier gefordert, dass das Augenmerk bereits auf die Anbahnung einer möglichen Trennung gerichtet wird⁸⁰². Folglich müsse es – offenbar unter Bezugnahme auf die vertragliche Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers (§ 241 Abs. 2 BGB) – eine Verpflichtung geben, dem Arbeitnehmer das Thema der Anhörung bereits vorher mitzuteilen⁸⁰³ bzw. auf den Themenkreis der Anhörung sowie die in Betracht kommenden Folgen hinzuweisen (z. B. „Anhörung im Vorfeld einer beabsichtigten Kündigung wegen des Verdachts falscher Arbeitszeitaufzeichnungen“)⁸⁰⁴. Nur dann werde der Arbeitnehmer nämlich a) in die Lage versetzt,

⁷⁹⁷ Gaul/Schmidt-Lauber, ArbRB 2012, 18.

⁷⁹⁸ Stoffels, S. 37, 44.

⁷⁹⁹ Gaul/Schmidt-Lauber, ArbRB 2012, 18.

⁸⁰⁰ Ebd.

⁸⁰¹ Ebd.

⁸⁰² ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342, Rn. 164.

⁸⁰³ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402; Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203. So wohl auch Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15, 16.

⁸⁰⁴ LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353; ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342.



sich zu entscheiden, ob er sich zu den Vorwürfen generell äußern soll oder nicht⁸⁰⁵, b) ihm die Gelegenheit gegeben, sich auf das Anhörungsgespräch mental vorzubereiten⁸⁰⁶, c) ihm die Chance gegeben, sich im Vorfeld der Anhörung mit einer Person seines Vertrauens – beispielsweise einem Betriebsratsmitglied – zu besprechen⁸⁰⁷, und d) ihm auch die Möglichkeit gegeben, ggf. zu dem Gespräch selbst eine Person seines Vertrauens, einen Vertreter des Betriebsrats oder einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen⁸⁰⁸. Diese Hinweispflicht gelte beispielsweise dann, „wenn es sich um täglich mehrfache Vorwürfe aus den vergangenen zwei Wochen handelt“⁸⁰⁹. Denn nur dann werde der Arbeitnehmer in den Stand versetzt, gegebenenfalls zu recherchieren, ob in den vergangenen zwei Wochen an den einzelnen Tagen tatsächlich die Annahme des Arbeitgebers zutrifft oder von einem anderen Sachverhalt auszugehen ist⁸¹⁰. Mit diesem Erfordernis werde der Tatsache Rechnung getragen, dass dem betroffenen Arbeitnehmer neben gravierendsten Folgen für seine Erwerbsgrundlage spätestens bei strafrechtlichen Bezügen des Verdachts „auch Zäsuren für seine zivile Existenz als Mitglied der staatlichen Gemeinschaft drohen können“⁸¹¹.

Eine allgemeine Aufforderung, der Arbeitnehmer möge zu einem Personalgespräch erscheinen, ist sicherlich nicht ausreichend⁸¹². Gleichermaßen stellt es keinen hinreichenden Versuch des Arbeitgebers dar, den Sachverhalt umfassend aufzuklären, wenn er einen einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung verdächtigten Arbeitnehmer unter dem Vorwand, ein Fachgespräch mit ihm führen zu wollen, in die Räume der Geschäftsführung bestellt, um ihn dann zu der beabsichtigten Verdachtskündigung anzuhören⁸¹³. Auch wenn der Arbeitnehmer unter dem Vorwand, es handele sich um ein Gespräch über die Übernahme zusätzlicher Schichten, zu der Anhörung

⁸⁰⁵ Vgl. Rost, MLR 2011, 8, 10.

⁸⁰⁶ LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353; ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342, Rn. 165.

⁸⁰⁷ Gaul/Schmidt-Lauber, ArbRB 2012, 18, 19.

⁸⁰⁸ Vgl. Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 155a; LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353; ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342.

⁸⁰⁹ LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353.

⁸¹⁰ Ebd.

⁸¹¹ ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342, Rn. 164.

⁸¹² Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203; Lingemann, Teil 3, Rn. 616.

⁸¹³ LAG Düsseldorf v. 25.6.2009 – 5 TaBV 87/09, NZA-RR 2010, 184; Hunold, NZA-RR 2012, 399, 401.



einbestellt wird, ist eine Anhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt und eine etwaige Kündigung unwirksam⁸¹⁴.

Dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zu der Anhörung laden darf, ist einleuchtend⁸¹⁵. Dem Arbeitgeber müsste hier in der Tat vorgehalten werden, dass sich ein derartiges Vorgehen nicht mit dem Gebot einer fairen Sachverhaltsaufklärung vereinbaren lässt⁸¹⁶ und dass mit einem solchen Verhalten Sinn und Zweck des Anhörungsgesprächs torpediert werden⁸¹⁷. Schließlich geht es bei der Anhörung auch um die Wiederherstellung des Vertrauens bzw. um die Klärung, inwieweit ein Vertrauensverlust tatsächlich gegeben ist. Wenn man als Arbeitgeber hier selbst etwas „verschleiert“, zeugt das gerade nicht von vertrauensvoller Zusammenarbeit⁸¹⁸. Konsequenterweise wäre in derartigen Fällen eine Anhörung dann nicht ordnungsgemäß erfolgt.

Höchstrichterlich noch nicht geklärt ist die Frage, ob es für eine ordnungsgemäße Anhörung tatsächlich erforderlich ist, dass der verdächtige Arbeitnehmer unter explizitem Hinweis auf den Zweck des Gesprächs und den entsprechenden Themenkreis eingeladen werden muss⁸¹⁹. Kritiker dieses Erfordernisses sehen hierin die Schaffung einer „neuen formalen und inhaltlichen Hürde“, die nicht in das Gefüge der bisherigen Rechtsprechung des BAG passe und zu Friktionen mit der derzeit geltenden Rechtslage führe⁸²⁰. Schließlich sei die Anhörung nicht dazu bestimmt, als „verfahrensrechtliches Erschwernis die Aufklärung zu verzögern und die Wahrheit zu verdunkeln“⁸²¹. Sie solle vielmehr dazu dienen, den Sachverhalt, der einer im Raum stehenden Verdachtskündigung zu Grunde gelegt werden soll, soweit zu konkretisieren, dass dem betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit verschafft wird, sich darauf substantiiert einlassen zu

⁸¹⁴ LAG Berlin-Brandenburg v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001.

⁸¹⁵ Vgl. Stoffels, S. 37, 44.

⁸¹⁶ Lembke, RdA 2013, 82, 88.

⁸¹⁷ Vgl. Hunold, Anm. zu LAG Düsseldorf v. 25.6.2009 – 5 TaBV 87/09, NZA-RR 2010, 184, 186.

⁸¹⁸ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.

⁸¹⁹ So LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353; ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342.

⁸²⁰ Vgl. Dzida, NZA 2013, 412.

⁸²¹ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, 810.



können⁸²². Grundsätzlich habe der Arbeitgeber zwar den Arbeitnehmer über alle erheblichen Umstände zu unterrichten, aus denen der Verdacht abgeleitet werde⁸²³. Soweit nun aber gefordert werde, dass Themenkreis und Zweck des Gesprächs bereits detailliert in der Einladung aufgeführt und die Einladung derart präzise formuliert werden müsse, dass der betroffene Arbeitnehmer schon vor dem Gespräch eigene Recherchen durchführen könne, werde übersehen, dass es auch aus der Sicht des BAG Fallkonstellationen gebe, in denen nicht einmal im Anhörungsgespräch selbst über die Verdachtsmomente näher informiert werden müsse⁸²⁴. Nämlich dann wenn der Arbeitnehmer erklärt, er werde sich zum Vorwurf nicht äußern⁸²⁵. Insoweit müsse es bei der Sachverhaltsmitteilung im Anhörungsgespräch bleiben. Es gebe keine Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer den Gegenstand der Anhörung bereits im Vorfeld bekannt zu geben und dem Arbeitnehmer eine Vorbereitungszeit einzuräumen⁸²⁶.

Dieser Einwand überzeugt nur teilweise. Das BAG hat in der Tat entschieden, dass eine Verletzung der Anhörungspflicht dann nicht vorliegt, wenn der Arbeitnehmer erklärt hat, er werde sich zu dem Vorwurf nicht äußern⁸²⁷. Dies setzt aber zwangsläufig voraus, dass der Arbeitnehmer mit dem im Raum stehenden Vorwurf zuvor konkret konfrontiert worden war. Nach einer jüngeren Entscheidung des LAG Hessen sei es bei sehr überschaubaren Sachverhalten nicht erforderlich, dem Arbeitnehmer im Rahmen einer Einladung zur Anhörung zumindest den Themenkreis des Gesprächs zu benennen⁸²⁸. Ob der Arbeitgeber aber bereits bei der Einladung zur Anhörung generell den Zweck des Gesprächs und den Themenkreis mitteilen muss oder ob er dies erst zu Beginn der Anhörung anzugeben hat, macht letztlich keinen Unterschied, sofern „lediglich“ die Mitteilung des Themenkreises zur Auflage gemacht wird.

⁸²² BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25 = NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540.

⁸²³ Dzida, NZA 2013, 412, 414.

⁸²⁴ Ebd.

⁸²⁵ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; ErfK/Müller-Glöße, § 626 BGB, Rn. 178.

⁸²⁶ Vgl. Egli, S. 124.

⁸²⁷ Vgl. BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, 810.

⁸²⁸ LAG Hessen v. 27.6.2013 – 15 Sa 143/13, BeckRS 2013, 73932, Rn. 53.

Problematisch wird es aber in der Tat - und insoweit sind die Bedenken zu teilen - wenn die Einladung bereits derart präzise formuliert sein muss, dass der betroffene Arbeitnehmer im Vorfeld der Anhörung den Sachverhalt aus seiner Sicht und mit seinen Mitteln recherchieren kann. Dann stellt sich nämlich die Frage, ob der relativ pauschale Hinweis in der Einladung „Anhörung im Vorfeld einer beabsichtigten Kündigung wegen des Verdachts falscher Arbeitszeitaufzeichnungen“ dem noch Genüge tut oder ob es nicht im Hinblick auf die Ermöglichung einer Vorbereitung der Anhörung durch den Arbeitnehmer durch eigene Recherchen, Durchsicht von Unterlagen oder Gespräche des Arbeitnehmers mit Dritten konkreter Hinweise seitens des Arbeitgebers in der Einladung wie Datumsangabe, möglicher Tatort etc. bedarf⁸²⁹.

Letzteres wäre aber zu weitgehend. Der betroffene Arbeitnehmer soll durch den Hinweis in der Einladung in die Lage versetzt werden, sich auf dieses für ihn in der Regel zweifelsohne nicht alltägliche und möglicherweise belastende Gespräch mental einzustellen und nicht „überrumpelt“ zu werden. Es soll auch verhindert werden, dass der betroffene Arbeitnehmer sich im Anhörungsgespräch einer größeren Gruppe von Vertretern des Arbeitgebers gegenüber sieht, ohne überhaupt zu wissen, weshalb das Gespräch konkret geführt wird⁸³⁰.

Insoweit ist an eine ordnungsgemäße Anhörung das Erfordernis einer Einladung zu knüpfen, die den Arbeitnehmer mit den notwendigen Informationen versorgt und es ihm ermöglicht, zu entscheiden, ob er sich zu den Vorwürfen äußern will oder nicht⁸³¹. Hierfür ist grundsätzlich ausreichend⁸³², dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in der Einladung darüber informiert, dass ein dringender konkreter Verdacht einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung gegen ihn besteht⁸³³. Nur wenn die Komplexität des Vorwurfs, der die Verdachtskündigung rechtfertigen soll, zwangsläufig eine intensivere

⁸²⁹ Vgl. Dzida, NZA 2013, 412, 415.

⁸³⁰ Vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353, 355.

⁸³¹ Vgl. Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2205.

⁸³² Vgl. Lembke, RdA 2013, 82, 88, der darauf hinweist, dass hinsichtlich der Einladung des Arbeitnehmers keine strengeren Anforderungen gestellt werden könnten als bei der Ladung des Beschuldigten zur Vernehmung nach § 133 StPO. Dort gelte nach herrschender Meinung, dass der Gegenstand der Beschuldigung in der Ladung nicht bezeichnet werden müsse, wenn dadurch der Untersuchungszweck gefährdet würde.

⁸³³ Vgl. Hunold, NZA-RR 2012, 399, 400.



Vorbereitung des betroffenen Arbeitnehmers erfordert⁸³⁴, muss der Arbeitgeber konkreter auf den Themenkreis der Anhörung eingehen⁸³⁵.

Dies dürfte durchaus auch im Arbeitgeberinteresse sein. Denn bei überraschender Konfrontation⁸³⁶ mit den Verdachtsmomenten kann sich der Arbeitnehmer darauf berufen, dass er sich zu einer konkreten Einlassung derzeit nicht imstande sehe⁸³⁷. Allerdings muss in derartigen Fällen eine Skizzierung des Themenkreises ausreichend sein. Die Übermittlung einer Zusammenfassung eines komplexen Verdachtssachverhalts im Rahmen der Einladung darf nicht zur Voraussetzung gemacht werden⁸³⁸. Schließlich soll in der Einladung nur der Themenkreis des Anhörungsgesprächs benannt werden, damit der Arbeitnehmer sich darauf einstellen kann, die eigentliche Anhörung soll aber nicht vorverlagert werden.

Von dieser Pflicht zur Mitteilung des Gesprächsgegenstands im Rahmen der Einladung zur Anhörung ist allerdings eine wichtige Ausnahme zuzulassen: Sofern die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer - durch die Mitteilung des Sachverhalts entsprechend gewarnt – Beweismittel vernichtet, andere Mitarbeiter zu beeinflussen versucht oder den Sachverhalt anderweitig verdunkelt⁸³⁹ und der Arbeitgeber diese Gefahr auch nicht durch rechtzeitige Maßnahmen zur Beweissicherung beseitigen kann⁸⁴⁰, muss es dem Arbeitgeber möglich sein, bei der Einladung auf die Bezeichnung des Gesprächsgegenstands zu verzichten⁸⁴¹. Die Bedeutung bzw. die Ernsthaftigkeit des Gesprächs müsste dann in einem solchen Falle durch eine Einladung zu einem „wichtigen Personalgespräch“ unterstrichen werden⁸⁴².

⁸³⁴ LAG Hessen v. 4.9.2003 – 9 Sa 1399/02, BeckRS 2003 30451600; Gaul/Schmidt-Lauber, ArbRB 2012, 18; Esch, jurisPR-ArbR 46/2014 Anm. 4; Müller, Teil D, Rn. 891.

⁸³⁵ A. A. Dzida, NZA 2014, 809, 814.

⁸³⁶ So Hahn, S. 102.

⁸³⁷ Rost, MLR 2011, 8, 10; so wohl auch Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15, 16.

⁸³⁸ So wohl auch Dzida, NZA 2014, 809, 814.

⁸³⁹ Vgl. Stoffels, S. 37, 44; Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2011, 457, 460; Lembke, RdA 2013, 82, 88; Lange/Vogel, DB 2010, 1066, 1069; Esch, jurisPR-ArbR 46/2012 Anm. 4.

⁸⁴⁰ Vgl. Lange/Vogel, DB 2010, 1066, 1069.

⁸⁴¹ Vgl. Stoffels, S. 37, 44.

⁸⁴² Vgl. ebd.



Daneben ist dem Arbeitnehmer im Rahmen der Einladung zur Anhörung auch mitzuteilen, wer voraussichtlich an dem Gespräch teilnehmen wird. Dies gebietet die Fairness und die Fürsorgepflicht gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter. Schließlich spielt die Kenntnis der voraussichtlichen Teilnehmer für den Arbeitnehmer eine große Rolle bei der Entscheidung, ob und inwieweit er sich auf das Gespräch vorbereitet, ob er im Vorfeld den Rat bei Dritten sucht bzw. ob er jemanden zu dem Gespräch hinzuziehen will. Ob der betroffene Arbeitnehmer ein Recht hat, Dritte zu dem Anhörungsgespräch hinzuzuziehen, und ob der Arbeitgeber eine Pflicht hat, den Arbeitnehmer auf die mögliche Beteiligung bzw. die Teilnahme Dritter an der Anhörung hinzuweisen, wird im Folgenden⁸⁴³ noch zu erörtern sein.

Soweit gefordert wird, dass der Arbeitgeber im Zuge seiner vertraglichen Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers (§ 241 Abs. 2 BGB) diesen im Rahmen der Einladung zur Anhörung nicht nur über den Themenkreis, sondern auch über in Betracht kommende arbeitsrechtliche Konsequenzen hinzuweisen hat⁸⁴⁴ - etwa mittels des Hinweises, dass arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zur außerordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses zu erwarten sind, sofern in der Anhörung die bestehenden Verdachtsmomente nicht ausgeräumt werden⁸⁴⁵ - ist anzumerken, dass ein derartiger Hinweis nicht erforderlich ist, wenn der betroffene Arbeitnehmer bereits in der Lage ist, die Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses zu erkennen. Dies wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer von der Pflicht zur Erbringung seiner Arbeitsleistung freigestellt wurde⁸⁴⁶. Ob eine Hinweispflicht bei der Einladung zur Anhörung im Übrigen existiert, hat das BAG bislang offen gelassen.

Eine derartige Hinweispflicht setzt zwangsvorläufig voraus, dass zum Zeitpunkt der Einladung zu einem derartigen Anhörungsgespräch besagte Kündigungsabsicht überhaupt (schon) besteht. Das mag für eine Vielzahl der Fälle in der Praxis zutreffen. Doch sind auch Fälle denkbar, bei denen es vor der eigentlichen Anhörung des

⁸⁴³ Vgl. Teil C. III. 3. b).

⁸⁴⁴ Eine derartige Hinweispflicht bejahend: ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342; Fischer, BB 2003, 522, 523; Seeling/Zwickel, MDR 2008, 1020, 1022.

⁸⁴⁵ LAG Hessen v. 1.8.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781.

⁸⁴⁶ Vgl. BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, Rn. 38; Scharff, AuA 2014, 250.



Mitarbeiters notwendig ist, diesen zunächst informativ zu befragen. Wenn beispielsweise eine Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber offenbart, dass sie von einem Arbeitskollegen mehrfach durch anzügliche Berührungen sexuell belästigt worden sei, und sich der Verdacht der sexuellen Belästigung trotz umfassender Aufklärungsbemühungen einzig auf die Aussage der Arbeitnehmerin stützen lässt, ist im Rahmen der Sachverhaltsermittlung ein Gespräch mit dem „beschuldigten“ Arbeitnehmer unabdingbar.

Hier von einem verständigen und gerecht denkendem Arbeitgeber zu verlangen, zu diesem Gespräch zum Vorwurf der sexuellen Belästigung bereits mit dem Hinweis auf eine beabsichtigte Kündigung einzuladen für den Fall, dass der Vorwurf nicht entkräftet werden könne, geht davon aus, dass er vor der Einlassung des verdächtigten Arbeitnehmers schon antizipiert, dass es – egal wie sich der Mitarbeiter äußert – zu einer Kündigung kommen wird. Die Ermittlung hat aber ergebnisoffen⁸⁴⁷ zu erfolgen. Schließlich hat der Arbeitgeber nicht zuletzt auf Grund seiner Fürsorgepflichten den verdächtigten Arbeitnehmer angemessen zu behandeln und ihn insbesondere vor falschen Verdächtigungen bzw. Verleumdungen zu schützen⁸⁴⁸. Sollte sich nach der informativen Befragung der Verdacht nicht ausräumen lassen, so hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer entsprechend offiziell zur Anhörung einzuladen. In diesen Fällen dürfte diesem aber die Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses dann bereits bewusst sein.

c) Zeitpunkt der Anhörung - Regelfrist

Die Frage, bis wann die Anhörung des Arbeitnehmers durchgeführt sein muss, ist für die Praxis von besonderer Relevanz. Die Anhörung hat im Zuge der gebotenen Sachverhaltsaufklärung zu erfolgen. Da der Arbeitnehmer mit der Anhörung die Möglichkeit erhalten soll, auf den Willensbildungsprozess des Arbeitgebers Einfluss nehmen zu können, muss diese zwangsläufig vor Ausspruch der Kündigung durchge-

⁸⁴⁷ Vgl. Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2.

⁸⁴⁸ Neufeld, AuA 2013, 78, 79.



führt werden⁸⁴⁹. Gleichmaßen muss sie vor der Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG durchgeführt werden⁸⁵⁰.

Des Weiteren ist bei der Terminierung bzw. tatsächlichen Durchführung der Anhörung die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu beachten⁸⁵¹. Demnach kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Zeitpunkt, zu dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Das soll dann anzunehmen sein, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht⁸⁵². Sofern der Kündigungsberechtigte lediglich Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann er Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Solange nämlich der Arbeitgeber die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt, ist der Lauf der Ausschlussfrist gehemmt⁸⁵³.

Um den Lauf der Frist nicht länger als notwendig hinauszuschieben, muss eine Anhörung des Arbeitnehmers allerdings innerhalb einer kurzen Frist erfolgen⁸⁵⁴. Die Frist darf im Allgemeinen, und ohne dass besondere Umstände vorliegen, nicht mehr als eine Woche betragen⁸⁵⁵. Es handelt sich um eine sog. Regelfrist, von der bei Vorliegen

⁸⁴⁹ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; LAG Köln v. 7.10.2009 – 3 Sa 662/09, AuR 2010, 272.

⁸⁵⁰ LAG Hamm v. 30.3.2012 – 18 Sa 1801/11, BeckRS 2012, 72717; Hunold, NZA-RR 2012, 399, 400; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 155c; Müller, Teil D, Rn. 880; Ebeling, S. 162; Hoefs, S. 194.

⁸⁵¹ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 401.

⁸⁵² BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 799 = NJW 2011, 2231.

⁸⁵³ BAG v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 46 = NZA 2006, 101.

⁸⁵⁴ Stoffels, S. 37, 44.

⁸⁵⁵ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 799 = NJW 2011, 2231; BAG v. 6.7.1972 – 2 AZR 386/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 178.



besonderer Umstände abgewichen werden darf⁸⁵⁶. Der Arbeitgeber hat dann darzulegen und zu beweisen, dass die Überschreitung der Regelfrist aus sachlich erheblichen bzw. verständigen Gründen gerechtfertigt war⁸⁵⁷. Beispielsweise kann dies gegeben sein, wenn der betroffene Arbeitnehmer seine Bereitschaft zur Teilnahme an der Anhörung geäußert hat, ihm aber auf Grund einer urlaubs- oder krankheitsbedingten Abwesenheit die Teilnahme an der Anhörung innerhalb der Regelfrist von einer Woche nicht möglich ist⁸⁵⁸.

d) Ort der Anhörung

Die Anhörung kann zwar – wie ausgeführt – auch telefonisch oder schriftlich erfolgen, sinnvollerweise wird sie aber im Rahmen eines persönlichen Gesprächs durchgeführt⁸⁵⁹, da hier unmittelbare Klarstellungen und Nachfragen sofort möglich sind⁸⁶⁰. Das persönliche Anhörungsgespräch hat dabei grundsätzlich dort stattzufinden, wo der betroffene Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zu erbringen hat, d. h. am Arbeitsort des Arbeitnehmers und damit in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers⁸⁶¹. Der Arbeitgeber hat auch bei der Wahl des Ortes, an dem die Anhörung stattfinden soll, darauf zu achten, dass das Gespräch nicht unter für den betroffenen Arbeitnehmer unzumutbaren Umständen durchgeführt wird⁸⁶². Schließlich muss der Arbeitnehmer in der Lage sein, unbefangen antworten zu können⁸⁶³. Dementsprechend hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass die Vertraulichkeit des Gesprächs sichergestellt ist⁸⁶⁴ und der Arbeitnehmer nicht einem unnötigen Situationsdruck („Verhöratmosphäre“ durch dunklen Raum, große Personenzahl auf Arbeitgeberseite etc.) ausgesetzt⁸⁶⁵, sondern vielmehr eine

⁸⁵⁶ BAG v. 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, AP BGB § 626 Nr. 204 = NZA 2006, 1211, 1214; Lembke, RdA 2013, 82, 87.

⁸⁵⁷ Müller, Teil D, Rn. 912.

⁸⁵⁸ LAG Köln v. 25.1.2001 – 6 Sa 1310/00, BB 2001, 1748; Gaul/Schmidt-Lauber, ArbRB 2012, 18, 19; Ausführlich hierzu s. Teil C. III. 6.

⁸⁵⁹ Ebeling, S. 167.

⁸⁶⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.

⁸⁶¹ Vgl. Urban, ArbRAktuell 2011, 87.

⁸⁶² Vgl. Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2011, 457, 464; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 155b.

⁸⁶³ Ebeling, S. 167.

⁸⁶⁴ Müller, Teil D, Rn. 890.

⁸⁶⁵ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.



ungestörte bzw. neutrale Gesprächsatmosphäre geschaffen wird⁸⁶⁶. Diese ist beispielsweise dann nicht gegeben, wenn die Anhörung telefonisch und in Gegenwart von Kollegen oder gar Kunden erfolgt⁸⁶⁷.

e) Dokumentation der Anhörung

Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG setzt die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zur Aufdeckung von Straftaten unter anderem voraus, dass die tatsächlichen Anhaltspunkte, die den Verdacht begründen, der Beschäftigte habe im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen, entsprechend dokumentiert werden⁸⁶⁸. Zudem sollte allein schon aus Beweisgründen eine entsprechende Dokumentation vorgenommen werden. Bei einem persönlichen Anhörungsgespräch bietet sich die Anfertigung eines Gesprächsprotokolls an, das neben Ort, Zeit und anwesenden Personen auch den Ablauf sowie den Inhalt des Gesprächs möglichst detailliert beschreibt⁸⁶⁹.

Hilfreich ist es hier, die gegen den Mitarbeiter erhobenen Vorwürfe, die mitgeteilten verdachtsbegründenden Indiztatsachen sowie die gestellten Fragen und die entsprechenden Antworten wortgenau zu protokollieren⁸⁷⁰. Ein allgemein gehaltenes Protokoll, das den Inhalt des Gesprächs nur in der Weise wiedergibt, dass der Arbeitnehmer „alle Vorwürfe eingeräumt“ habe, und aus dem nicht klar hervorgeht, was eigentlich eingeräumt wurde, verfehlt den Zweck und ist daher nicht sachdienlich⁸⁷¹.

Für den Arbeitgeber könnte es von Vorteil sein, das Protokoll noch im Beisein des betroffenen Arbeitnehmers anzufertigen und von diesem gegenzeichnen zu lassen⁸⁷². Unterschreibt nämlich der betroffene Arbeitnehmer diese Protokollierung als

⁸⁶⁶ Gaul, *Aktuelles Arbeitsrecht* 2011, 457, 464.

⁸⁶⁷ Vgl. LAG Köln v. 15.4.1997 – 13 (2) Sa 812/96, NZA 1998, 203.

⁸⁶⁸ Vgl. Lembke, *RdA* 2013, 82, 87.

⁸⁶⁹ Müller, *Teil D*, Rn. 882.

⁸⁷⁰ Müller, *Teil D*, Rn. 883.

⁸⁷¹ Vgl. dazu etwa LAG Berlin-Brandenburg v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001; Müller, *Teil D*, Rn. 884.

⁸⁷² Stoffels, S. 37, 46.



vollständig und zutreffend – wozu er nicht verpflichtet ist – erleichtert dies die Darlegung des Sachverhalts im Rahmen eines möglichen späteren Kündigungsschutzprozesses⁸⁷³. Wird der Weg der schriftlichen Anhörung gewählt, sollte der Arbeitgeber den Zugang des Anhörungsschreibens beim Arbeitnehmer sicherstellen und einen Nachweis darüber führen⁸⁷⁴. Dem Anhörungsschreiben sollten die konkreten Verdachtsmomente nebst entsprechender Beweismittel zu entnehmen sowie eine Frist zur Stellungnahme gesetzt worden sein⁸⁷⁵.

3. Beteiligung / Teilnahme Dritter bei der Arbeitnehmeranhörung

Ob der betroffene Arbeitnehmer einen Anspruch darauf hat, weitere Personen zur Anhörung hinzuziehen, ist sehr umstritten. Insbesondere stellt sich hier – wie bei Personalgesprächen generell – die Frage des Rechts auf Hinzuziehung eines betriebsfremden Dritten wie beispielsweise eines Rechtsbeistands.

a) Beteiligung und Teilnahme Dritter bei Personalgesprächen

Gemäß § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung näher bestimmen, was nach § 106 Satz 2 GewO auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb gilt. Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber daher frei, jedes mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängende Thema zum Gegenstand eines sog. Personalgesprächs zu machen und mittels des ihm zustehenden Weisungsrechts den Arbeitnehmer zur Teilnahme an einem derartigen Gespräch anzuweisen⁸⁷⁶. Der Arbeitnehmer ist zur Teilnahme an Gesprächen verpflichtet, deren Inhalt von diesem Weisungsrecht umfasst wird, wenn es also um Fragen zur ordnungsgemäß erbrachten vertraglichen Leistung, um die Einhaltung der betrieblichen Ordnung oder um das Verhalten des Arbeitnehmers

⁸⁷³ Gaul, *Aktuelles Arbeitsrecht* 2011, 457, 465.

⁸⁷⁴ Müller, *Teil D*, Rn. 882.

⁸⁷⁵ Fuhlrott, *ArbRAktuell* 2012, 553.

⁸⁷⁶ Urban, *ArbRAktuell* 2011, 87.



geht⁸⁷⁷. Insofern stellt die Teilnahme an einem solchen Personalgespräch die Erbringung der Hauptleistungspflicht dar⁸⁷⁸. Nach § 613 BGB hat der Arbeitnehmer seine Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Infolgedessen kann der Arbeitnehmer in der Regel keinen Helfer zur Erfüllung der Arbeitsleistung mitbringen. Er muss vielmehr in der Lage sein, diese Pflicht selber erfüllen zu können, um damit auch die Voraussetzung der persönlichen Eignung zu erfüllen. Die vertragliche Dienstleistung hat der Arbeitnehmer höchstpersönlich zu erbringen. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer grundsätzlich auch höchstpersönlich an dem Gespräch teilnehmen und kann sich nicht von einem Dritten vertreten lassen⁸⁷⁹.

Aus dem streng personenbezogenen Charakter des Arbeitsverhältnisses ist zudem grundsätzlich auch ein Verbot für den Arbeitnehmer abzuleiten, zur Erfüllung bzw. zur Wahrnehmung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten gegen den Widerstand des Arbeitgebers betriebsfremde Personen wie einen Rechtsanwalt oder einen Gewerkschaftssekretär zum Gespräch hinzuzuziehen⁸⁸⁰. Vielmehr hat er das Gespräch alleine wahrzunehmen. Der Arbeitgeber darf nämlich erwarten, „*dass sich der Arbeitnehmer einem Personalgespräch persönlich stellt und hierbei mitwirkt*“⁸⁸¹. Das gilt auch für Gespräche im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX. Hier besteht grundsätzlich keine Pflicht des Arbeitgebers, zu diesen Gesprächen einen Rechtsbeistand des Arbeitnehmers hinzuzuziehen⁸⁸².

Sofern der Gegenstand des Personalgesprächs nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt ist, ist die Teilnahme des Arbeitnehmers nicht verpflichtend⁸⁸³. Dann hat der Arbeitnehmer neben der Möglichkeit, seine Teilnahme an einem derartigen Gespräch zu verweigern, auch die Möglichkeit, seine Teilnahme unter die

⁸⁷⁷ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, AP GewO § 106 Nr. 3 = NZA 2009, 1011.

⁸⁷⁸ Müller/Deeg, ArbRAktuell 2010, 620.

⁸⁷⁹ Vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 14.9.2011 – 3 Sa 43/11, BeckRS 2012, 65889; Hunold, AuA 2013, 142, 143; Kandaouroff/Rose, DB 2008, 1210.

⁸⁸⁰ Urban, ArbRAktuell 2011, 87; LAG Hamm v. 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047; Müller/Deeg, ArbRAktuell 2010, 620; Kandaouroff/Rose, DB 2008, 1210; Lange/Vogel, DB 2010, 1066.

⁸⁸¹ LAG Hamm v. 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047.

⁸⁸² LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2014 – 5 Sa 518/14, BeckRS 2015, 65551.

⁸⁸³ Vgl. BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, AP GewO § 106 Nr. 3 = NZA 2009, 1011.



Bedingung zu stellen, dass es ihm gestattet wird, einen Dritten, d. h. eine (externe) Vertrauensperson seiner Wahl, hinzuzuziehen⁸⁸⁴.

So hat das BAG⁸⁸⁵ zu Gesprächen anlässlich der Mitteilung über die Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer zugebilligt, eine Vertrauensperson hinzuziehen zu dürfen, da hier Dinge zur Sprache kommen könnten, mit denen der Arbeitnehmer erstmals konfrontiert und von denen er deshalb überrascht wird⁸⁸⁶. Eine Grenze findet dieses Recht dort, wo durch die Teilnahme eines Dritten der Zweck des Gesprächs gefährdet wird oder wo berechnete Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen⁸⁸⁷.

Zieht der Arbeitgeber selbst eine betriebsfremde Person zu dem Personalgespräch hinzu, so verlässt der Arbeitgeber selbst die rein persönliche Beziehung zwischen ihm und dem Arbeitnehmer⁸⁸⁸. Dies hat zur Folge, dass dem Arbeitnehmer nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Chancen- bzw. „Waffengleichheit“ die Hinzuziehung einer betriebsfremden Person ebenfalls ermöglicht werden muss⁸⁸⁹. Wenn die eine Partei sich „verstärkt“ bzw. „aufrüstet“, muss das konsequenterweise auch der anderen Partei erlaubt sein⁸⁹⁰.

Während sich für die Hinzuziehung eines externen Dritten zu Personalgesprächen keine generelle gesetzliche Grundlage findet, hat der Gesetzgeber die Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds ausdrücklich geregelt. Demnach sind in den §§ 81 Abs. 4 Satz 3, 82 Abs. 2 Satz 2, 83 Abs. 1 Satz 2 und 84 Abs. 1 Satz 2 BetrVG Themenbereiche und Anlässe explizit benannt, bei denen dem einzelnen Arbeitnehmer die Hinzuziehung des

⁸⁸⁴ Fuhlrott/Naumann, AuA 2013, 407; Müller/Deeg, ArbRAktuell 2010, 620; Urban, ArbRAktuell 2011, 87; Vgl. auch LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 14.9.2011 – 3 Sa 43/11, BeckRS 2012, 65889; Müller, ArbRAktuell 2011, 516.

⁸⁸⁵ Vgl. BAG v. 15.5.2013 – 7 AZR 665/11, BeckRS 2013, 72628, wobei die Entscheidung unmittelbar nur den speziellen Bereich des Bühnenrechts betraf.

⁸⁸⁶ Vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 13.12.2013 – 13 Sa 1446/13, 13 Sa 1539/13, BeckRS 2014, 68083, Rn. 15.

⁸⁸⁷ BAG v. 15.5.2013 – 7 AZR 665/11, BeckRS 2013, 72628.

⁸⁸⁸ Vgl. LAG Hamm v. 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047.

⁸⁸⁹ Lange/Vogel, DB 2010, 1066, 1067; Kandaoureff/Rose, DB 2008, 1210; Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2204; LAG Hamm v. 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047.

⁸⁹⁰ Rudkowski, NZA 2011, 612, 614.



Betriebsrats zu Gesprächen mit dem Arbeitgeber von Gesetzes wegen ausdrücklich gestattet wird⁸⁹¹.

Aus der klaren gesetzgeberischen Benennung der Themenbereiche und Anlässe, zu denen der Betriebsrat hinzugezogen werden kann, kann im Umkehrschluss gefolgert werden⁸⁹², dass es bei den von diesen Regelungen nicht erfassten Konstellationen gerade keinen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch auf Hinzuziehung des Betriebsrats gibt und damit ein generelles Recht auf Hinzuziehung eines Mitgliedes des Betriebsrats gerade nicht besteht⁸⁹³. Unabhängig davon kann es sich im Einzelfall gleichwohl anbieten, auf Wunsch oder mit Zustimmung des Arbeitnehmers ein Mitglied des Betriebsrats zu einem Personalgespräch hinzuziehen, wenn das für das Gespräch förderlich sein könnte⁸⁹⁴.

Da die Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 SGB IX den schwerbehinderten Menschen im Betrieb „beratend und helfend“ zur Seite stehen sollen, liegt hier der Schluss nahe, dass ein Mitglied der Schwerbehindertenvertretung einen schwerbehinderten Arbeitnehmer schon nach dem Gesetzeswortlaut auf Wunsch zu einem Personalgespräch begleiten darf und es dabei wohl nicht darauf ankommt, ob der Gegenstand des Gesprächs schwerbehindertenspezifisch ist⁸⁹⁵.

b) Sonderfall einer Anhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung

Bereits in der Literatur war vereinzelt vertreten worden, dass sich die Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Verdachtskündigung von dem sonst üblichen Personalgespräch über Ausgestaltung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses unterscheidet, da der Arbeitgeber hier die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bereits als gefährdet sehe. Man müsse daher dem betroffenen Mitarbeiter grundsätzlich auch dann das Recht

⁸⁹¹ Fuhlrott/Naumann, AuA 2013, 407, 408.

⁸⁹² Stück, DB 2007, 1137, 1139.

⁸⁹³ BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 418; Richardi/Thüsing, § 82 BetrVG, Rn. 14a; Stück, DB 2007, 1137, 1139.

⁸⁹⁴ Vgl. Hunold, AuA 2013, 142, 143; Fuhlrott/Naumann, AuA 2013, 407, 408.

⁸⁹⁵ Hunold, AuA 2013, 142, 143.



zubilligen, zur Anhörung einen externen Dritten wie einen Rechtsanwalt hinzuziehen zu dürfen, wenn der Arbeitgeber selbst keinen anwaltlichen oder sonstigen externen Beistand hinzuziehe⁸⁹⁶.

Nachdem man mit dieser Forderung der Übertragung der rechtsstaatlichen Grundsätze der StPO auf den Bereich der Verdachtskündigung also sehr nahe kommt⁸⁹⁷, hat das BAG in einem obiter dictum ausgeführt, dass man „dem Arbeitnehmer die Zuziehung eines Rechtsanwalts für die Anhörung zuzugestehen“ habe⁸⁹⁸.

Darauf Bezug nehmend bejaht die Instanzgerichtsbarkeit einen Anspruch des Arbeitnehmers, auch einen Rechtsanwalt bzw. eine „Vertrauensperson“⁸⁹⁹ zu der Anhörung hinzuziehen zu dürfen oder sich über einen Rechtsanwalt innerhalb einer bestimmten Frist zu äußern⁹⁰⁰, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber selbst einen betriebsfremden Dritten hinzugezogen hat. Praktisch bedeutet dies, dass dem Arbeitnehmer auf Wunsch die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes ermöglicht, das Anhörungsgespräch also unterbrochen und zu einem späteren Zeitpunkt fortgesetzt werden muss⁹⁰¹.

Nach jüngeren Entscheidungen des ArbG Berlin soll dem Arbeitnehmer bereits schon vor der ersten Anhörung d. h. von vorneherein ein Anspruch auf Beiziehung eines Rechtsanwalts zustehen⁹⁰². Das Gericht liefert jedoch keine stichhaltige Begründung, weshalb ein genereller Anspruch des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines

⁸⁹⁶ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2204; Rost, MLR 2011, 8, 10; so wohl auch Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, KSchR, § 626 BGB, Rn. 155b.

⁸⁹⁷ Alt, S. 120.

⁸⁹⁸ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, Rn.18.

⁸⁹⁹ LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353, 355.

⁹⁰⁰ LAG Berlin-Brandenburg v. 6.11.2009 – 6 Sa 1121/09, BeckRS 2009, 74071; LAG Berlin-Brandenburg v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001; LAG Berlin-Brandenburg v. 30.3.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353; ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342, Rn. 165.

⁹⁰¹ Vgl. LAG Hessen v. 27.6.2013 – 15 Sa 143/13, BeckRS 2013, 73932, Rn. 53; Spielberger/Kaiser, Schnellbrief Arbeitsrecht 2/2014, 12, 15; Lembke, RdA 2013, 82, 88.

⁹⁰² ArbG Berlin v. 18.5.2012 – 28 Ca 3881/12, BeckRS 2012, 70875; ArbG Berlin v. 12.7.2013 – 28 Ca 3420/13, BB 2013, 2100 = BeckRS 2013, 71342, Rn. 165.



Rechtsanwalts schon im Vorfeld der Anhörung mit entsprechender Informationspflicht des Arbeitgebers bestehen soll⁹⁰³.

Soweit zur Erfüllung der Sachverhaltsaufklärungspflicht gefordert wird, der Arbeitgeber habe es dem Arbeitnehmer zu gestatten, einen Rechtsanwalt, eine andere externe Vertrauensperson wie beispielsweise einen Familienangehörigen oder einen Gewerkschaftssekretär zum Anhörungsgespräch hinzuzuziehen bzw. über einen Rechtsanwalt eine schriftliche Stellungnahme innerhalb einer bestimmten Frist abzugeben, so ist dem zuzustimmen. Denn zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung und der dazu erforderlichen Arbeitnehmeranhörung gehört von Beginn an die Wahrung der Verteidigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers⁹⁰⁴. Zudem wird mit der Hinzuziehung der Vertrauensperson auch nicht gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des § 613 BGB verstoßen, da dieser sich auf die Erbringung der Arbeitsleistung beschränkt⁹⁰⁵.

Die Teilnahme an der Anhörung vor einer Verdachtskündigung bzw. generell die Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung ist für den Arbeitnehmer nicht verpflichtend⁹⁰⁶. Nimmt der Arbeitnehmer dennoch an der Anhörung teil und bittet er, zur Anhörung, nicht zuletzt auch wegen des möglicherweise strafrechtlich relevanten Sachverhalts einen externen anwaltlichen Beistand hinzuziehen zu dürfen, so hat der Arbeitgeber dies zu dulden. Zumal in der Hinzuziehung dieser Person durchaus auch die Chance liegt, dass das Gespräch bzw. die Gesprächsatmosphäre versachlicht wird⁹⁰⁷.

Nicht geklärt ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein Arbeitgeber bei Vorhandensein eines Betriebsrats den Arbeitnehmer auf die Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds beschränken und die Hinzuziehung eines betriebsfremden Rechtsanwalts verweigern kann⁹⁰⁸. Da es dem Arbeitnehmer allein überlassen sein sollte, wen er zur Wahrnehmung seiner „Verteidigungsinteressen“ hinzuzieht, sollte der Arbeitnehmer auch bei Vorhandensein eines Betriebsrats – unabhängig von dessen

⁹⁰³ Spielberger/Kaiser, Schnellbrief Arbeitsrecht 2/2014, 12, 15.

⁹⁰⁴ Vgl. Brodtrück, ArbRAktuell 2012, 385; Stoffels, S. 37, 45.

⁹⁰⁵ Stoffels, S. 37, 46.

⁹⁰⁶ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 403; Häcker, ArbRB 2015, 89, 91.

⁹⁰⁷ Vgl. Hunold, NZA-RR 2012, 399, 401.

⁹⁰⁸ Vgl. Lange/Vogel, DB 2010, 1066, 1068.



möglichen Beteiligungsrechten an der Anhörung, worauf noch einzugehen ist – einen externen Dritten seiner Wahl zu dem Anhörungsgespräch hinzuziehen können.

Sofern gefordert wird, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor dem Gespräch auf die Möglichkeit zur Hinzuziehung eines Rechtsanwalts oder einer sonstigen Vertrauensperson explizit hinzuweisen hat, ist dies abzulehnen⁹⁰⁹. Mit dieser Forderung nach einer Hinweispflicht soll offensichtlich erreicht werden, dass der Arbeitnehmer seine Verteidigungsmöglichkeiten voll ausnutzen kann und dadurch das Risiko von irreversiblen Folgen bei einer Verdachtskündigung gegenüber einem „Unschuldigen“ minimiert wird⁹¹⁰. Ob und inwieweit Verteidigungsinteressen verfolgt werden, ist aber einzig und allein Sache des Arbeitnehmers.

Jeder Vertragspartei obliegt es nämlich ausschließlich selbst, sich um die Wahrnehmung eigener Belange und Interessen zu kümmern und für die Beratung durch Heranziehung anwaltlicher Hilfe zu sorgen⁹¹¹. Eine „Rechtsmittelbelehrungspflicht“ würde dies aushebeln, zumal eine derartige Pflicht der Vorgabe des BAG⁹¹² widerspräche, dass die Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Verdachtskündigung nicht als verfahrensrechtliche Erschwernis ausgestaltet werden darf⁹¹³. Auch wenn der Arbeitgeber selbst einen Rechtsanwalt oder einen Verbandsvertreter zu dem Anhörungsgespräch hinzuzieht, muss er den Arbeitnehmer nicht vorab auf die Möglichkeit hinweisen, er könne seinerseits eine Vertrauensperson hinzuziehen⁹¹⁴.

Zusammenfassend: Der Arbeitgeber muss also darauf eingehen, wenn der Arbeitnehmer von sich aus die Beiziehung eines Rechtsanwalts oder einer sonstigen externen Vertrauensperson wünscht. Er muss auch darauf eingehen, wenn der Arbeitnehmer nach Bekanntgabe der Verdachtsmomente vom Arbeitgeber die Einräumung einer Frist von wenigen Tagen fordert, um innerhalb derer erst nach Beratung mit einem Rechtsanwalt

⁹⁰⁹ So wohl auch Stoffels, S. 37, 46; Spielberger/Kaiser, Schnellbrief Arbeitsrecht 2/2014, 12, 15; Hunold, NZA-RR 2012, 399, 402; Lembke, RdA 2013, 82, 89; Müller, Teil D, Rn. 895.

⁹¹⁰ Vgl. Brodtrück, ArbRAktuell 2012, 385.

⁹¹¹ Spielberger/Kaiser, Schnellbrief Arbeitsrecht 2/2014, 12, 15; Hunold, NZA-RR 2012, 399, 402.

⁹¹² Vgl. BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, 810.

⁹¹³ Dzida, NZA 2013, 412, 415.

⁹¹⁴ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 403; Lembke, RdA 2013, 82, 88.



selbst oder durch diesen Stellung zu nehmen⁹¹⁵. Dazu kann der Arbeitgeber einen weiteren Anhörungstermin – diesmal unter Hinzuziehung des Rechtsanwalts oder einer anderen externen Vertrauensperson - anberaumen, wobei der Termin umgehend – spätestens innerhalb einer Woche – stattfinden sollte⁹¹⁶, um die Regelfrist, innerhalb derer die Anhörung durchzuführen ist, einzuhalten⁹¹⁷.

Sofern der Arbeitgeber aber partout die Anwesenheit eines Rechtsanwalts auf seinem Betriebsgelände bzw. dessen Anwesenheit bei der Anhörung nicht gestatten will, so bleibt ihm letztlich nur die Möglichkeit, das Anhörungsgespräch abzusagen und die Anhörung auf schriftlichem Wege durchzuführen⁹¹⁸. Dabei sollte die Frist zur Stellungnahme so bemessen sein, dass dem betroffenen Mitarbeiter die Beratschlagung mit seinem Anwalt oder einer anderen externen Vertrauensperson möglich ist, sie aber ebenfalls keinesfalls länger als eine Woche betragen sollte⁹¹⁹.

Kommt der Arbeitgeber diesem im Rahmen der Anhörung geäußerten Wunsch des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nicht nach, führt dies im Übrigen nicht per se zur Unwirksamkeit der darauf erfolgten Kündigung. Hier ist zu unterscheiden, ob der Wunsch zur Hinzuziehung eines Rechtsanwalts am Anfang des Anhörungsgesprächs, also noch vor einer Einlassung des Arbeitnehmers, oder mitten im Gespräch, d. h. nach einer teilweise bereits erfolgten Stellungnahme, geäußert wird.

Gibt der Arbeitnehmer an, dass er ohne seinen Rechtsanwalt keine Stellungnahme abgeben werde, so kann der Arbeitgeber daraus in der Regel nicht ohne Weiteres ableiten, dass der Arbeitnehmer kein Interesse an der Sachverhaltsaufklärung habe, und das Anhörungsverfahren als beendet erklären⁹²⁰. Tut er dies dennoch, dürfte dies in der Tat regelmäßig zur Unwirksamkeit der Anhörung, damit zur Nichterfüllung der Pflicht,

⁹¹⁵ Hunold, NZA-RR 2012, 399, 402; Römermann, Personalmagazin 09/12, 78, 79.

⁹¹⁶ Müller, Teil D, Rn. 896.

⁹¹⁷ Vgl. Teil C. III. 2. c).

⁹¹⁸ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 404.

⁹¹⁹ Müller, Teil D, Rn. 896.

⁹²⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 404.



den Sachverhalt umfassend aufzuklären, und schließlich zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung führen⁹²¹.

Äußert der Arbeitnehmer seinen Wunsch auf Hinzuziehung des Rechtsanwalts aber erst, nachdem er sich bereits (teilweise) zur Sache eingelassen hat, so ist der nun anschließende Verlauf der Anhörung prozessual nicht weiter verwertbar⁹²². Soweit sich der Mitarbeiter vor seinem Verlangen auf Hinzuziehung eines anwaltlichen Beistandes jedoch zur Sache eingelassen hat, bleibt dies prozessual verwertbar⁹²³. Ist die Stellungnahme des Arbeitnehmers dabei als abschließend zu betrachten, hat der Arbeitgeber seiner Anhörungs- bzw. Aufklärungspflicht Genüge getan und das spätere Begehren des Arbeitnehmers, nun noch seinen Anwalt hinzuzuziehen, ist insoweit unbeachtlich⁹²⁴.

Der Wunsch, einen Rechtsanwalt oder sonst einen externen Dritten zur Anhörung hinzuzuziehen, dürfte in der betrieblichen Praxis (derzeit noch) eine untergeordnete Rolle spielen. Relevanter ist regelmäßig das Verlangen des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds. Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit der betroffene Arbeitnehmer ein Recht hat, zur Anhörung vor einer Verdachtskündigung ein Betriebsratsmitglieds seines Vertrauens hinzuziehen zu dürfen. Ein genereller Anspruch des Arbeitnehmers auf Begleitung durch ein Betriebsratsmitglied bei jedwedem Personalgespräch ist – wie bereits erörtert – nicht gegeben. Ein derartiger Anspruch folgt insbesondere nicht aus § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG⁹²⁵. Das Recht des Arbeitnehmers nach § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist vielmehr begrenzt auf Gespräche über die in § 82 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bezeichneten Themenbereiche⁹²⁶.

⁹²¹ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 404.

⁹²² LAG Hessen v. 1.8.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781; Stoffels, S. 37, 46; hierzu ausführlicher Spielberger/Kaiser, Schnellbrief Arbeitsrecht 2/2014, 12, 15.

⁹²³ LAG Hessen v. 1.8.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781; Lembke, RdA 2013, 82, 89; wohl auch LAG Düsseldorf v. 25.6.2009 – 5 TaBV 87/09, NZA-RR 2010, 184.

⁹²⁴ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 404.

⁹²⁵ BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 418.

⁹²⁶ BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 418; Richardi/Thüsing, § 82 BetrVG, Rn. 14a.



Da Gegenstand einer Anhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung die Aufklärung bzw. die Erörterung von Verdachtsmomenten bezüglich einer etwaigen Verletzung von Schutz- und Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB ist und es eben gerade um keinen der in § 82 Abs. 2 Satz 1 BetrVG genannten Themenbereiche geht, insbesondere nicht um die Beurteilung des Leistungsvermögens des betroffenen Arbeitnehmers, ist einer Auffassung zufolge der Anwendungsbereich des § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG bei der Anhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung nicht eröffnet. Ein Recht zur Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds sei daher abzulehnen⁹²⁷.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es bei einem Anhörungsgespräch im Vorfeld einer Verdachtskündigung durchaus um Inhalte geht, die unter § 82 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu subsumieren sind: neben der regelmäßig erfolgten Beurteilung der Leistung des Arbeitnehmers wird es in derartigen Gesprächen insbesondere auch um die – möglicherweise nicht mehr vorhandenen – beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten des betroffenen Mitarbeiters im Betrieb gehen⁹²⁸. Die Erörterung der Perspektiven der beruflichen Entwicklung des Arbeitnehmers schließt schließlich auch negative Beurteilungen des Arbeitgebers und die Erläuterung des Fehlens von beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten im Betrieb mit ein⁹²⁹. Insoweit ist der Anwendungsbereich des § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG eröffnet und ein Recht auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds besteht⁹³⁰.

Im Übrigen reicht es für den Anspruch auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds aus, wenn die Gesprächsthemen zumindest teilweise identisch mit den in § 82 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bezeichneten Sachverhalten sind⁹³¹. Es ist nicht erforderlich, dass es sich ausschließlich um solche Gesprächsthemen handelt⁹³². Daneben spricht auch der Sinn und Zweck des Hinzuziehungsrechts nach § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG für eine

⁹²⁷ Lange/Vogel, DB 2010, 1066, 1068.

⁹²⁸ Stoffels, S. 37, 45; Lembke, RdA 2013, 82, 88.

⁹²⁹ BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 418.

⁹³⁰ So auch Stoffels, S. 37, 45; Lembke, RdA 2013, 82, 88; Hunold, NZA-RR 2012, 399, 402; Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15, 16.

⁹³¹ BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 418.

⁹³² BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 418; Richardi/Thüsing, § 82 BetrVG, Rn. 14a; NomosKo ArbR/Besgen, § 82 BetrVG, Rn. 11.



Anwendung im konkreten Fall der Arbeitnehmeranhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung. Schließlich soll durch die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds ein etwa vorhandenes intellektuelles Übergewicht ausgeglichen oder abgemildert werden⁹³³.

Des Weiteren wird durch die Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds auch dafür gesorgt, dass für den Mitarbeiter bei der Anhörung eine Person seines Vertrauens als Zeuge anwesend ist, so dass insoweit dem hinzugezogenen Betriebsratsmitglied eine bedeutende Kontroll- und Korrekturfunktion zukommen kann⁹³⁴. Außerdem macht die Beiziehung auch im Hinblick darauf Sinn, dass gemäß § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG der Betriebsrat vor seiner beabsichtigten Stellungnahme ohnehin den betroffenen Mitarbeiter hören soll⁹³⁵.

Letztlich ist das Recht des Mitarbeiters, im Rahmen der Anhörung zur Verdachtskündigung ein Betriebsratsmitglied seines Vertrauens hinzuzuziehen, zu bejahen. Es besteht auch hier keine Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer auf die Möglichkeit der Beiziehung eines Betriebsrats hinzuweisen⁹³⁶. Allerdings dürfte ein derartiger Hinweis aus Arbeitgebersicht durchaus Sinn machen. Schließlich ist ein Betriebsratsmitglied im Gegensatz zu einem externen Dritten in der Regel mit den betrieblichen Gegebenheiten und Abläufen bestens vertraut⁹³⁷.

Außerdem zeigt die betriebliche Praxis, dass es mit Blick auf die nach § 102 Abs. 1 BetrVG vor Ausspruch der Kündigung erforderliche Anhörung des Betriebsrats durchaus hilfreich sein kann, wenn man bei der Betriebsratsanhörung auf die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds bei der Arbeitnehmeranhörung verweisen kann⁹³⁸. Das entbindet aber nicht davon, die Anhörung des Arbeitnehmers genauso wie die einzelnen Verdachtsmomente im Rahmen der Betriebsratsanhörung zur beabsichtigten Kündigung (nochmals) umfassend darzustellen⁹³⁹.

⁹³³ Vgl. BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 418; Richardi/Thüsing, § 82 BetrVG, Rn. 14; Stoffels, S. 37, 45.

⁹³⁴ BAG v. 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, AP BetrVG 1972 § 82 Nr. 3 = NZA 2005, 416, 419.

⁹³⁵ Lembke, RdA 2013, 82, 88.

⁹³⁶ Lembke, RdA 2013, 82, 89; Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15, 16.

⁹³⁷ Vgl. Hunold, NZA-RR 2012, 399, 402.

⁹³⁸ Vgl. Lembke, RdA 2013, 82, 88; Stoffels, S. 37, 45.

⁹³⁹ Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15, 16; vgl. Teil C. V.



4. Inhalt der Anhörung

Die Anhörung des Arbeitnehmers dient der dem Arbeitgeber vor Ausspruch einer Verdachtskündigung obliegenden umfassenden Sachverhaltsaufklärung und damit auch einer möglichen Entlastung des betroffenen Mitarbeiters⁹⁴⁰. Deshalb hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über den im Raum stehenden Vorwurf und die Indiztatsachen so konkret zu unterrichten, dass der Arbeitnehmer sich bei der Anhörung substantiiert darauf einlassen kann⁹⁴¹. Das BAG hat klargestellt, dass die Anhörung des Arbeitnehmers nicht den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung genügen muss⁹⁴², da die jeweiligen Anhörungen unterschiedlichen Zwecken dienen und damit nicht vergleichbar sind⁹⁴³. Vielmehr richtet sich der Umfang nach den Umständen des Einzelfalls⁹⁴⁴. Dabei sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen⁹⁴⁵. Allerdings reicht es grundsätzlich nicht aus, den Arbeitnehmer im Rahmen der Anhörung lediglich mit allgemein gehaltenen Vorwürfen oder nicht substantiierten Wertungen zu konfrontieren⁹⁴⁶.

Die Anhörung muss sich auf einen bereits bestehenden, greifbaren Sachverhalt beziehen⁹⁴⁷. Das Ziel der Anhörung darf nicht die Gewinnung weiterer Belastungsmomente sein. Sollte zur reinen Sachverhaltsermittlung ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer erforderlich sein, so kann dies informativ erfolgen, ersetzt aber keine formelle Anhörung. Diese hat dann im Nachgang separat zu erfolgen, sofern ein dringender Verdacht gegeben ist.

⁹⁴⁰ Gaul, *Aktuelles Arbeitsrecht* 2011, 457, 462.

⁹⁴¹ KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 230; Müller, Teil D, Rn. 886.

⁹⁴² BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 140; Fischer, BB 2003, 522, 523.

⁹⁴³ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; Lembke, RdA 2013, 82, 87; Müller, Teil D, Rn. 886; Rost, MLR 2011, 8, 9; HaKo/Gallner, § 1 KSchG, Rn. 645.

⁹⁴⁴ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 24; Stoffels, S. 37, 45; Lembke, RdA 2013, 82, 87; Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2205.

⁹⁴⁵ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; Müller, Teil D, Rn. 886; Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 1509.

⁹⁴⁶ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; Rost, MLR 2011, 8, 9; Stoffels, S. 37, 45; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 230 mit weiteren Nachweisen.

⁹⁴⁷ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; Müller, Teil D, Rn. 886; Rost, MLR 2011, 8, 9.



Der Arbeitgeber darf dem Arbeitnehmer dabei keine wesentlichen Erkenntnisse vorenthalten, die er zum Zeitpunkt der Anhörung bereits gewonnen hat, aus denen er den Verdacht der begangenen Pflichtverletzung ableitet⁹⁴⁸ und die für den Kündigungsentschluss ausschlaggebend sind⁹⁴⁹. Alle Karten müssen sozusagen auf den Tisch.

Die Anhörung ist so durchzuführen, dass dem Mitarbeiter sämtliche relevanten Tatsachen vorgehalten und die dazugehörigen Beweismittel wie z. B. Schriftstücke (Quittungen, Belege, etc.) oder Zeugenaussagen benannt werden⁹⁵⁰. Der Arbeitgeber sollte also den Arbeitnehmer zu möglichst präzisen Belastungstatsachen anhören⁹⁵¹.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Herausgabe bzw. Einsichtnahme von Beweismaterial hätte oder eine Gegenüberstellung mit Belastungszeugen bzw. eine Teilnahme an Befragungen Dritter verlangen könnte⁹⁵². Gleichermäßen setzt die Ordnungsmäßigkeit einer Anhörung nicht voraus, dass der betroffene Arbeitnehmer Einblick in die Ermittlungsunterlagen des Arbeitgebers⁹⁵³ (z. B. einen Untersuchungsbericht)⁹⁵⁴ oder in die Unterlagen erhält, die im Laufe des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens erhoben worden waren und der Anklage zu Grunde gelegt sind⁹⁵⁵. Schließlich wird mit der Anhörung nicht der Zweck verfolgt, dem betroffenen Mitarbeiter eine zuverlässige bzw. realistische Einschätzung darüber zu geben, ob der Arbeitgeber wohl in der Lage sein werde, die im Raum stehenden Vorwürfe zu beweisen⁹⁵⁶.

Letztlich kommt es darauf an, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhält, bestimmte, zeitlich und räumlich belastende Vorhaltungen zu bestreiten oder den Verdacht

⁹⁴⁸ BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; Lembke, RdA 2013, 82, 87; Rost, MLR 2011, 8, 10; Müller, Teil D, Rn. 886; vHH/L/Krause, § 1 KSchG, Rn. 474.

⁹⁴⁹ LAG Köln v. 14.5.2008 – 7 TaBV 6/08, BeckRS 2009, 50444; Hunold, NZA-RR 2012, 399, 403.

⁹⁵⁰ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553.

⁹⁵¹ HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645.

⁹⁵² BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604, Rn. 23; Müller, Teil D, Rn. 886; HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 644; Schlegel, S. 107.

⁹⁵³ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 401.

⁹⁵⁴ Vgl. Dzida, NZA 2014, 809, 813.

⁹⁵⁵ LAG München v. 19.3.2009 – 3 Sa 25/09, BeckRS 2009, 67431, das darauf hinweist, dass ansonsten das Anhörungserfordernis zu einem verfahrensrechtlichen Erschwernis für den Ausspruch einer Verdachtskündigung werden würde; Hunold, NZA-RR 2012, 399, 403.

⁹⁵⁶ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 401.



entkräftende Tatsachen darzulegen und so zur Aufklärung des für den Arbeitgeber noch unklaren Sachverhalts beizutragen⁹⁵⁷. Andernfalls würden die Verteidigungsmöglichkeiten des betroffenen Arbeitnehmers in unzulässiger Weise beschränkt⁹⁵⁸ und der eigentliche Sinn und Zweck der Anhörung, zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen und eine unnötige Kündigung zu vermeiden, verfehlt⁹⁵⁹.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Arbeitnehmer die gegen ihn erhobenen Vorwürfe einschließlich der Indiztatsachen, auf denen sich der Verdacht aufbaut, bereits kennt – beispielsweise auf Grund eines gegen ihn ergangenen Durchsuchungsbefehls⁹⁶⁰. Hier muss es genügen, wenn der Arbeitgeber dem betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit zum Vorbringen entlastender Tatsachen gibt⁹⁶¹.

5. Reaktionsmöglichkeit des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich im Rahmen seiner Treuepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) gehalten, an der Aufklärung des Sachverhalts und damit der Anhörung mitzuwirken⁹⁶². Jedoch ist er nicht verpflichtet, sich zu den Vorwürfen zu äußern, da er sich nicht selbst belasten muss⁹⁶³. Insofern stellt die Weigerung des Arbeitnehmers, an der Aufklärung mitzuwirken, selbst keinen Kündigungsgrund dar⁹⁶⁴. Auf der anderen Seite kann eine die Wirksamkeit der Verdachtskündigung in Frage stellende Verletzung der Aufklärungs- bzw. der darin enthaltenen Anhörungspflicht gerade dann vorliegen, wenn die Anhörung vom Arbeitgeber schuldhaft unterlassen bzw. nicht ordnungsgemäß

⁹⁵⁷ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 140; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; Stoffels, S. 37, 45; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 230 mit weiteren Nachweisen.

⁹⁵⁸ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; Rost, MLR 2011, 8, 10.

⁹⁵⁹ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2205.

⁹⁶⁰ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809; Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 1510.

⁹⁶¹ Vgl. BAG v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 42 = NZA-RR 2008, 344.

⁹⁶² KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 214; Rost, MLR 2011, 8, 10.

⁹⁶³ BAG v. 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, AP BGB § 626 Nr. 218 = NZA-RR 2009, 362.

⁹⁶⁴ ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 178; Hoefs, S. 207; Heilmann, S. 63 f.; Naujok, AuR 1998, 398.



durchgeführt worden ist⁹⁶⁵. Anders ausgedrückt: Eine Anhörung kann nur aus Gründen unterbleiben, die vom Arbeitgeber nicht zu vertreten sind⁹⁶⁶.

Hier spielt die Bereitschaft des Arbeitnehmers, an der Aufklärung bzw. an der Anhörung mitzuwirken, zwangsläufig eine große Rolle. Denn wenn ein Arbeitnehmer zu einem persönlichen Anhörungsgespräch eingeladen wird und ihm – wie hier vertreten wird – der Themenkreis des Gesprächs bereits im Rahmen der Einladung skizziert worden ist, sind als Reaktion darauf grundsätzlich zunächst zwei Möglichkeiten denkbar: entweder er erscheint zur Anhörung oder er erscheint nicht. Da einerseits ein Erscheinen zur Anhörung nicht zwangsläufig bedeutet, dass der betroffene Arbeitnehmer auch konkret zu den Vorwürfen Stellung nimmt, und andererseits aus einem Nichterscheinen des Arbeitnehmers nicht automatisch eine mangelnde Mitwirkung des Arbeitnehmers geschlossen werden kann⁹⁶⁷, bedarf es hier einer näheren Beleuchtung der verschiedenen möglichen Szenarien.

a) Der Arbeitnehmer erscheint ... und nimmt Stellung

Nimmt der betroffene Arbeitnehmer an der Anhörung teil und lässt sich zu den vorgehaltenen Verdachtsmomenten substantiiert ein, ist zum einen denkbar, dass der Verdacht (vorläufig) zerstreut wird. Zum anderen ist genauso vorstellbar, dass der Arbeitnehmer die Zweifel an seiner Täterschaft nicht beseitigen kann. Werden im Anschluss an die Anhörung des Arbeitnehmers weitere (Ermittlungs-) Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts durchgeführt und dadurch das Entlastungsvorbringen aus Sicht des Arbeitgebers widerlegt, so hat der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Verdachtskündigung nochmals anzuhören⁹⁶⁸. Auch wenn sich der Arbeitnehmer zunächst einlässt, dann aber äußert, er wolle sich nicht wieder einlassen, muss der Arbeitgeber ihn erneut anhören, wenn er auf Grund weiterer Ermittlungen zu

⁹⁶⁵ BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809.

⁹⁶⁶ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.

⁹⁶⁷ Vgl. HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645.

⁹⁶⁸ BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25 = NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 401.



wichtigen neuen Verdachtstatsachen und neuen Vorwürfen gelangt⁹⁶⁹. Die erneute Anhörung muss in diesen Fällen dann innerhalb einer kurzen Frist erfolgen, die regelmäßig nicht länger als eine Woche sein darf⁹⁷⁰. Bei Einhaltung dieser Regelfrist ist der Lauf der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB gehemmt⁹⁷¹.

Soweit der Arbeitnehmer im Rahmen des persönlichen Anhörungsgesprächs wünscht, einen Rechtsanwalt oder eine andere Vertrauensperson hinzuziehen, so sollte der Arbeitgeber – wie bereits erörtert – dem entsprechen, das Anhörungsgespräch beenden und zu einem neuen, weiteren Anhörungstermin einladen, der spätestens innerhalb einer Woche stattfinden sollte⁹⁷².

b) Der Arbeitnehmer erscheint ... und schweigt

Erscheint der Arbeitnehmer zu der Anhörung und gibt dabei an, keine Stellungnahme abgeben zu wollen und zu den Vorwürfen zu schweigen, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber seiner Aufklärungs- bzw. Anhörungspflicht nachgekommen ist. Der Arbeitnehmer ist weder vertraglich noch anderweitig verpflichtet, sich im Rahmen der Anhörung zu äußern⁹⁷³. Sein Schweigen auf den dringenden Verdacht einer schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung führt nicht dazu, dass der Vortrag des Arbeitgebers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt⁹⁷⁴. Will der Arbeitnehmer sich nicht zu den Vorwürfen äußern und gibt hierfür keine relevanten Gründe an, z. B. vorheriges Nachprüfen von Unterlagen oder Beratung mit einem Rechtsanwalt, so muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in der – versuchten – Anhörung nicht weiter über die Verdachtsmomente informieren. Die weitere Anhörung ist überflüssig, weil sie eben

⁹⁶⁹ LAG Köln v. 12.12.2007 – 7 Sa 120/07, BeckRS 2008, 56530, Rn. 50.

⁹⁷⁰ BAG v. 12.2.1973 – 2 AZR 116/72, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 6; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 401.

⁹⁷¹ Ausführlich hierzu Teil C. IV.

⁹⁷² Müller, Teil D, Rn. 896.

⁹⁷³ ArbG Frankfurt v. 14.7.2004 – 9 Ca 12072/03, JurionRS 2004, 43921, Rn. 21.

⁹⁷⁴ LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2009 – 22 Sa 5/09, BeckRS 2009, 73044, Rn. 45; ArbG Koblenz v. 6.5.2008 – 3 Ca 2816/07, AE 2009, 60; Lingemann, Teil 3, Rn. 620 ist der Auffassung, dass das Schweigen des Arbeitnehmers zu Vorgängen, die aus seiner eigenen Wahrnehmung stammen, im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch zu seinen Lasten berücksichtigt werden kann.



nicht zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Willensbildung beim Arbeitgeber beitragen kann⁹⁷⁵.

Der Arbeitgeber ist in diesem Fall seiner Aufklärungspflicht ordnungsgemäß nachgekommen. Allerdings ist hierfür Voraussetzung, dass die Verweigerungshaltung des Arbeitnehmers seine abschließende Stellungnahme darstellt⁹⁷⁶. In derartigen Fällen sollte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer rein vorsorglich noch die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme geben und ihm hierfür eine detaillierte, schriftliche Unterrichtung über die Vorwürfe samt Beweismittel überreichen⁹⁷⁷. Ein Unterlassen der Anhörung dürfte dann nämlich unschädlich sein und der Arbeitgeber seiner Aufklärungspflicht vollkommen ordnungsgemäß nachgekommen sein, wenn der Arbeitnehmer sich innerhalb der gesetzten – angemessenen – Frist dennoch nicht geäußert hat⁹⁷⁸.

c) Der Arbeitnehmer will erscheinen, aber zu einem anderem Termin

Teilt der Arbeitnehmer auf die Einladung zur Anhörung mit, dass er sich grundsätzlich zu den Vorwürfen äußern wolle, er aber nicht in der Lage sei, so kurzfristig einen Anhörungstermin wahrzunehmen, so lässt sich hieraus die Bereitschaft des Arbeitnehmers entnehmen, die Anhörung zu einem späteren Zeitpunkt oder an einem anderen Ort durchzuführen, auch wenn er keine weitergehende Begründung für seine Verhinderung⁹⁷⁹ angibt⁹⁸⁰. Da dies keine ernsthafte und endgültige Ablehnung einer Teilnahme an einem Anhörungsgespräch darstellt, hat der Arbeitgeber in derartigen Fällen eine Terminsverlegung anzubieten⁹⁸¹. Erst aus der daraus folgenden Reaktion des Arbeitnehmers lassen sich aussagekräftige Schlussfolgerungen ziehen, ob eine mangelnde Mitwirkung des Arbeitnehmers tatsächlich gegeben ist.

⁹⁷⁵ BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991.

⁹⁷⁶ Ebd.; Vgl. HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645.

⁹⁷⁷ Hunold, NZA-RR 2012, 399, 401; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553; Wlachojiannis, Betrieb und Wirtschaft 2003, 782, 784.

⁹⁷⁸ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 26.

⁹⁷⁹ Zur Verhinderung wegen Arbeitsunfähigkeit, Urlaub und Untersuchungshaft s. Teil C. III. 6.

⁹⁸⁰ Vgl. LAG Hessen v. 13.10.2011 – 5 Sa 224/11, BeckRS 2012, 69041.

⁹⁸¹ Vgl. ebd.

Parallel bietet sich für den Arbeitgeber auch in derartigen Fällen an, dem Arbeitnehmer die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme unter angemessener Fristsetzung zu geben und ihm hierfür ein detailliertes Anhörungsschreiben mit den Vorwürfen samt Beweismitteln zu überreichen, um so dem Anhörungserfordernis und damit der Aufklärungspflicht gerecht zu werden⁹⁸².

d) Der Arbeitnehmer erscheint nicht bzw. meldet sich nicht

Erscheint der Arbeitnehmer nicht zum angesetzten persönlichen Anhörungsgespräch, sollte der Arbeitgeber nicht eine mangelnde Mitwirkung des betroffenen Arbeitnehmers annehmen⁹⁸³. Vielmehr sollte der Arbeitgeber mit Hinblick auf das Gebot der verständigen Eile den Arbeitnehmer umgehend kontaktieren und klären, weshalb er nicht erschienen ist⁹⁸⁴. Denn schließlich bezieht sich die dem Arbeitgeber obliegende Durchführung von Aufklärungsmaßnahmen auch auf die Gründe für die Nichtteilnahme am anberaumten Anhörungsgespräch⁹⁸⁵. Lässt sich trotz telefonisch oder schriftlich versuchter Kontaktaufnahme der Hinderungsgrund nicht klären, hat der Arbeitgeber grundsätzlich alles Erforderliche getan, um den Sachverhalt durch Befragung des betroffenen Arbeitnehmers aufzuklären⁹⁸⁶.

Allerdings sollte auch in diesen Fällen der Arbeitgeber dem verdächtigten Arbeitnehmer rein vorsorglich erneut offiziell ein Einladungsschreiben zu einer Anhörung zukommen lassen und zugleich eine abschließende schriftliche Stellungnahme unter angemessener

⁹⁸² Vgl. Hunold, NZA-RR 2012, 399, 401.

⁹⁸³ Vgl. HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645; Gleiches gilt für den Fall, wenn im Rahmen eines schriftlichen Anhörungsverfahrens der Arbeitnehmer innerhalb der gesetzten Frist keine Stellungnahme abgibt (vgl. Müller, Teil D, Rn. 915).

⁹⁸⁴ Vgl. Müller, Teil D, Rn. 915; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 384.

⁹⁸⁵ LAG Sachsen v. 2.9.2011 – 6 Sa 469/10, BeckRS 2012, 65180; so wohl auch Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2011, 457, 461, der annimmt, dass wenn der Arbeitnehmer sich nicht meldet, obwohl ihm die Einladung zur Anhörung zugegangen ist, dem Anhörungserfordernis Genüge getan sei.

⁹⁸⁶ Müller, Teil D, Rn. 916.



Fristsetzung ermöglichen⁹⁸⁷. Lässt der Arbeitnehmer auch diese Frist verstreichen, so ist ein Unterlassen der Anhörung unschädlich⁹⁸⁸.

e) Der Arbeitnehmer will nicht erscheinen

Erklärt der Arbeitnehmer nach Erhalt der Einladung zur Anhörung klar und unmissverständlich⁹⁸⁹, dass er nicht gewillt sei, sich in irgendeiner Form zu den Verdachtsmomenten gegen ihn zu äußern und nach seinen Kräften in irgendeiner Weise an der Aufklärung mitzuwirken, und unterbleibt aus diesem Grunde die Anhörung, so liegt keine Verletzung der Anhörungspflicht vor. Das Fehlen der Anhörung steht der Wirksamkeit der Verdachtskündigung dann nicht entgegen⁹⁹⁰.

Ist der Arbeitnehmer nicht bereit ist, sich substantiiert zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, und gibt er hierfür keine nachvollziehbaren, gewichtigen Gründe an (z. B. vorherige Prüfung von Dokumenten, Beratung mit Rechtsanwalt)⁹⁹¹, so ist die Anhörung überflüssig, weil sie zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Willensbildung des Arbeitgebers nichts beitragen kann⁹⁹². Da in einem etwaigen Kündigungsschutzverfahren der Arbeitgeber für die Erfüllung seiner Aufklärungspflicht darlegungs- und beweispflichtig ist⁹⁹³, sollte er die Verweigerung einer Stellungnahme bzw. die Umstände für die fehlende Mitwirkungsbereitschaft dokumentieren⁹⁹⁴. Doch sollte er auch hier dem Arbeitnehmer nochmals die Gelegenheit zu einer schriftlichen

⁹⁸⁷ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.

⁹⁸⁸ Vgl. BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 26; Müller, Teil D, Rn. 901.

⁹⁸⁹ Sträßner, PflR 2010, 655, 657.

⁹⁹⁰ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, Rn. 16; LAG Schleswig-Holstein v. 28.10.2009 – 3 Sa 278/09, BeckRS 2011, 66403; HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645; Von Steinau-Steinrück/Glanz, NJW-Spezial 2008, 274; Berkowsky, Arbeitsrecht aktiv 2009, 23, 25; Lunk, NJW 2010, 2753, 2756; Römermann, Personalmagazin 09/12, 78, 79; Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 1520; Stöhr, JuS 2010, 1052, 1053.

⁹⁹¹ Müller, Teil D, Rn. 899.

⁹⁹² BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 25; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, Rn. 16; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 231.

⁹⁹³ Vgl. Berkowsky, Arbeitsrecht aktiv 2009, 23, 25; Rost, MLR 2011, 8, 10.

⁹⁹⁴ Vgl. Müller, Teil D, Rn. 901.



Stellungnahme geben, um der Aufklärungspflicht und dem Anhörungserfordernis gerecht zu werden⁹⁹⁵.

f) Ergebnis

Die Konstellationen zeigen, dass aus Sicht des Arbeitgebers eine fehlende Bereitschaft zur Mitwirkung des Arbeitnehmers nicht vorschnell angenommen werden kann⁹⁹⁶. Schließlich geht er bei der nicht ausreichend durch Tatsachen belegten Schlussfolgerung einer fehlenden Mitwirkungsbereitschaft seitens des Arbeitnehmers zwangsläufig das Risiko ein, dass dies sich nur dann nicht zu seinen Ungunsten auswirkt, wenn die Annahme, der Arbeitnehmer sei nicht an einer Aufklärung interessiert und verweigere seine Mitwirkung, durch dessen späteres Verhalten⁹⁹⁷ bestätigt wird⁹⁹⁸. Auf der anderen Seite ist aus Sicht des Arbeitnehmers die vom Arbeitgeber gesetzte angemessene „Nachfrist“ zur Stellungnahme grundsätzlich zu wahren, wenn er in der Sache eine Stellungnahme abgeben will⁹⁹⁹.

6. Verzögerungen bei der Anhörung

Für die Anhörung des Arbeitnehmers gilt – wie bereits dargestellt – eine Regelfrist von einer Woche¹⁰⁰⁰. Dem Arbeitgeber obliegt es, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Anhörung innerhalb der Regelfrist sicherzustellen¹⁰⁰¹. Ein Überschreiten der Regelfrist darf nur aus erheblichen oder verständlichen Gründen erfolgen, die vom Arbeitgeber nicht zu vertreten sind¹⁰⁰² und die ihren Ursprung in der Sphäre des Arbeitnehmers haben¹⁰⁰³.

⁹⁹⁵ Vgl. Hunold, NZA-RR 2012, 399, 401; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553.

⁹⁹⁶ HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645.

⁹⁹⁷ Vgl. Dörner, Kündigungsschutz, Rn. 1521; APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 353a.

⁹⁹⁸ BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 283/86, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 19 = NZA 1987, 699; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 231.

⁹⁹⁹ Baumgarten, ArbRAktuell 2014, 415.

¹⁰⁰⁰ Vgl. Teil C. III. 3. c).

¹⁰⁰¹ Müller, Teil D, Rn. 911; Rost, MLR 2011, 8, 10.

¹⁰⁰² Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.

¹⁰⁰³ Vgl. Stoffels, S. 37, 46.



Insoweit sind die Fälle problematisch, bei denen eine Anhörung innerhalb der einwöchigen Regelfrist überhaupt nicht möglich ist oder bei denen die Anhörung innerhalb dieser Regelfrist nicht abgeschlossen werden kann¹⁰⁰⁴. Hier stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung zur Anhörung des Arbeitnehmers ausnahmsweise entbehrlich ist oder zumindest die einwöchige Regelfrist zur Durchführung der Arbeitnehmeranhörung überschritten werden kann¹⁰⁰⁵.

a) Arbeitsunfähigkeit

Ist der betroffene Arbeitnehmer infolge einer Erkrankung arbeitsunfähig, kann der Arbeitgeber nicht einfach ohne weiteres das Ende dieser Arbeitsunfähigkeit abwarten und erst danach das Anhörungsgespräch ansetzen¹⁰⁰⁶. Der Arbeitgeber ist vielmehr nicht zuletzt wegen der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB verpflichtet, die Aufklärung mit der gebotenen Eile durchzuführen¹⁰⁰⁷. Alleine die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hemmt den Beginn der Aufklärungsfrist nicht¹⁰⁰⁸. Daher obliegt es ihm, in einem solchem Fall durch Nachfrage bei dem betroffenen Arbeitnehmer zu klären, ob dieser trotz der Arbeitsunfähigkeit in der Lage ist, an einem Anhörungsgespräch persönlich teilzunehmen bzw. eine schriftliche Stellungnahme¹⁰⁰⁹ zu den Vorwürfen abzugeben¹⁰¹⁰.

Lässt sich die Anhörung auf Grund der Arbeitsunfähigkeit nicht durchführen oder lehnt der Arbeitnehmer unter Berufung auf seine Krankheit die Anhörung ab, hat der Arbeitgeber alles ihm Zumutbare getan, die Aufklärungs- und Ermittlungsmaßnahmen

¹⁰⁰⁴ Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 384.

¹⁰⁰⁵ Stoffels, S. 37, 46.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402; Lembke, RdA 2013, 82, 89; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 384; Müller, Teil D, Rn. 918.

¹⁰⁰⁷ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.

¹⁰⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605.

¹⁰¹⁰ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2206; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 384; Langner/Witt, DStR 2008, 825, 827; Lunk, NJW 2010, 2753, 2756; Römermann, Personalmagazin 09/12, 78, 79; Rost, MLR 2011, 8, 10.



mit der gebotenen Eile durchzuführen¹⁰¹¹. Es ist dann nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitgeber angesichts einer vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und der Bitte um Fristverlängerung eine Verlängerung der ursprünglich gesetzten Frist zur Stellungnahme einräumt¹⁰¹².

Das BAG hat in diesem Zusammenhang zuletzt klargestellt, dass der Arbeitgeber für den Fall, dass der Arbeitnehmer krankheitsbedingt längerfristig auch an einer schriftlichen Stellungnahme auf die ihm übermittelten Fragen gehindert ist, nicht notwendigerweise die Zeit abzuwarten habe, zu der sich der betroffene Arbeitnehmer wieder äußern kann¹⁰¹³. Warte der Arbeitgeber diesen Zeitpunkt nicht ab, stelle dies nicht automatisch eine Verletzung seiner ihm obliegenden Aufklärungspflicht dar¹⁰¹⁴. Je nach den Umständen des Einzelfalls könne dem Arbeitgeber in diesen Fällen eine weitere Verzögerung unzumutbar sein¹⁰¹⁵. Schließlich könnten mehrere vergeblich verlaufende Fristverlängerungen die Annahme rechtfertigen, der Arbeitnehmer wolle sich in Wahrheit ohnehin nicht äußern¹⁰¹⁶ und nur auf Zeit spielen¹⁰¹⁷. Grundsätzlich sei es dem Arbeitgeber in der Regel zuzumuten, einige Tage warten zu müssen¹⁰¹⁸. Verzögere sich die Anhörung um mehrere Wochen, so sei ein weiteres Abwarten weniger hinzunehmen, es sei denn, die bisherigen Aufklärungsmaßnahmen hätten sowieso schon längere Zeit gedauert und es drohten keine Ansprüche des Arbeitnehmers aus etwaigem Annahmeverzug¹⁰¹⁹.

¹⁰¹¹ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.

¹⁰¹² LAG Rheinland-Pfalz v. 15.7.2009 – 7 Sa 104/09, BeckRS 2009, 72953, das darauf hinweist, dass die verlängerte Frist über den letzten Tag der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit zumindest kurz hinausgehen muss, damit der Arbeitnehmer nach seiner Genesung entsprechend noch eine Stellungnahme abgeben kann. Endet die Fristverlängerung mit dem bescheinigten Ende der Arbeitsunfähigkeit, ist die eingeräumte Fristverlängerung ungeeignet, zur weiteren Sachverhaltsaufklärung beizutragen.

¹⁰¹³ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015.

¹⁰¹⁴ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 28.

¹⁰¹⁵ Ebd.

¹⁰¹⁶ Ebd.

¹⁰¹⁷ Baumgarten, ArbRAktuell 2014, 415.

¹⁰¹⁸ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 28.

¹⁰¹⁹ Ebd.



Wenn sich der Arbeitnehmer auf die Anfrage des Arbeitgebers, ob er trotz der Arbeitsunfähigkeit zur Anhörung bereit sei, überhaupt nicht äußert und es dem Arbeitgeber auch nicht möglich ist, auf andere Weise zu erfahren, ob der Arbeitnehmer grundsätzlich zur Stellungnahme gewillt ist, sollte der Arbeitgeber den Ablauf der Frist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB vorsorglich nicht als gehemmt ansehen¹⁰²⁰. Vielmehr sollte die (Verdachts-) Kündigung innerhalb der Kündigungserklärungsfrist auch ohne durchgeführte Arbeitnehmeranhörung erklärt werden, da ansonsten die Gefahr besteht, die Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB eben nicht einzuhalten¹⁰²¹.

b) Urlaub

Befindet sich der Arbeitnehmer im Urlaub, kann die Einhaltung der Regelfrist ebenfalls erschwert sein, da der Arbeitnehmer auf Grund seiner Abwesenheit nicht greifbar ist. Teilweise wird hier vertreten, dass der Arbeitgeber den Urlaub des Arbeitnehmers abwarten dürfe und der Beginn der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB bis zur Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Urlaub gehemmt sei, jedenfalls soweit der Urlaub den Zeitraum von zwei Wochen nicht übersteige¹⁰²². Eine Pflicht zum Tätigwerden bestünde für den Arbeitgeber nur bei längerem Urlaub¹⁰²³.

Diese Ansicht überzeugt nicht. Genauso wie im Falle der Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitgeber unabhängig von der Länge des Urlaubs zu prüfen, ob der betroffene Arbeitnehmer bereit und in der Lage ist, sich kurzfristig zu dem im Raum stehenden Verdacht zu äußern¹⁰²⁴. Denn allein aus der urlaubsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers vom Betrieb des Arbeitgebers kann nicht geschlossen werden, dass der Arbeitnehmer überhaupt nicht erreichbar sei¹⁰²⁵.

¹⁰²⁰ Lunk, NJW 2010, 2753, 2756.

¹⁰²¹ LAG Köln v. 25.1.2001 – 6 Sa 1310/00, BB 2001, 1748; Müller, Teil D, Rn. 921; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 384; Langner/Witt, DStR 2008, 825, 827.

¹⁰²² LAG Niedersachsen v. 6.3.2001 – 12 Sa 1766/00, LAGE § 626 BGB Ausschlussfrist Nr. 14.

¹⁰²³ Ebd.

¹⁰²⁴ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 385; Lunk, NJW 2010, 2753, 2756; Römermann, Personalmagazin 09/12, 78, 79; Rost, MLR 2011, 8, 10.

¹⁰²⁵ Vgl. Langner/Witt, DStR 2008, 825, 828.



Sollte nach versuchter Kontaktaufnahme auf Grund der urlaubsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers die Durchführung der Anhörung nicht möglich sein – z. B. weil der Arbeitnehmer sich auf einer Auslandsreise in Übersee befindet – oder erklärt der Arbeitnehmer mit einer anderen sachlichen Begründung, dass ihm eine Einlassung erst nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub möglich sei, ist eine Überschreitung der Regelfrist und damit eine Hemmung der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB gerechtfertigt¹⁰²⁶. Dabei muss für den Arbeitgeber allerdings erkennbar sein, dass der Arbeitnehmer ohne schuldhaftes Hinauszögern an der Anhörung tatsächlich teilnehmen will¹⁰²⁷. Denn wenn der Arbeitnehmer eine unverzügliche Stellungnahme völlig unbegründet bloß unter Hinweis auf seinen Urlaub ablehnt, kann dies als fehlende Mitwirkungsbereitschaft gewertet werden. Ein weiteres Abwarten des Arbeitgebers wäre dann nicht erforderlich¹⁰²⁸.

Ist der Arbeitnehmer trotz versuchter telefonischer und schriftlicher (auch per E-Mail) erfolgter Kontaktaufnahme nicht zu erreichen, muss im Einzelfall geprüft werden, ob und wie lange die Regelfrist „gehemmt“ ist. Der Arbeitgeber sollte dem verdächtigten Arbeitnehmer in diesem Fall rein vorsorglich ein Anhörungsschreiben zukommen lassen und zugleich eine abschließende schriftliche Stellungnahme unter Fristsetzung ermöglichen¹⁰²⁹.

c) Untersuchungshaft

Eine Erschwernis für die Durchführung der Anhörung kann die Untersuchungshaft des Mitarbeiters sein¹⁰³⁰. Nach Auffassung des LAG Düsseldorf soll eine Anhörung des Arbeitnehmers dann nicht erforderlich sein, wenn der Arbeitnehmer sich auf Grund eines Haftbefehls, der auch den Schluss auf gegen den Arbeitgeber gerichtete Delikte

¹⁰²⁶ Müller, Teil D, Rn. 924; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 385; Lunk, NJW 2010, 2753, 2756.

¹⁰²⁷ Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht 2011, 457, 461.

¹⁰²⁸ Lembke, RdA 2013, 82, 89.

¹⁰²⁹ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 402.

¹⁰³⁰ Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 385.



zulässt, in Untersuchungshaft befindet¹⁰³¹. Eine Anhörung sei demnach auch deshalb obsolet, weil unter den Umständen der Untersuchungshaft nicht damit zu rechnen sei, dass sich unter diesen Voraussetzungen Anhaltspunkte für eine andere Entscheidung des Arbeitgebers ergeben könnten¹⁰³².

Demgegenüber hat das LAG München klargestellt, dass der Umstand, dass gegen den wegen Verdachts erheblicher Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers gekündigten Arbeitnehmer ein Haftbefehl wegen Flucht- und Verdunkelungsgefahr erlassen worden war, zwar ein starkes Indiz für das Vorliegen eines so schwerwiegenden Verdachts darstelle, dass dieser als wichtiger Grund an sich geeignet sei¹⁰³³, dieser Umstand aber für sich genommen die Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Verdachtskündigung nicht generell entbehrlich mache¹⁰³⁴.

Dem ist zuzustimmen. Denn wenn schon die rechtskräftige Verurteilung des Arbeitnehmers in einem strafgerichtlichen Verfahren für die Arbeitsgerichte nicht bindend ist, kann dies erst recht nicht für vorläufige Entscheidungen der Staatsanwaltschaft gelten¹⁰³⁵. Eine Verdachtskündigung kann nämlich nicht ausschließlich auf den Umstand gestützt werden, dass die Strafverfolgungsbehörden einen dringenden Tatverdacht bejaht haben¹⁰³⁶.

Des Weiteren ist die Vernehmung vor dem Haftrichter nicht mit einer Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung gleichzusetzen, da sie eine unterschiedliche Zielrichtung verfolgt¹⁰³⁷. Während es bei der Vernehmung um die Prüfung geht, ob ein dringender Tatverdacht nach § 112 StPO gegeben ist, verfolgt die Anhörung u. a. den Zweck, Klarheit zu bekommen, ob „wirklich“ objektive auf Tatsachen gestützte

¹⁰³¹ LAG Düsseldorf v. 13.8.1998 – 13 Sa 345/98, NZA-RR 1999, 640.

¹⁰³² Ebd.

¹⁰³³ LAG München v. 19.3.2009 – 3 Sa 25/09, BeckRS 2009, 67431.

¹⁰³⁴ Ebd.; Rost, MLR 2011, 8, 11.

¹⁰³⁵ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, 139; BAG v. 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, AP BGB § 626 Nr. 160 = NZA 2000, 381; BAG v. 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Nr. 23 = NZA 1992, 1121; Lunk, NJW 2010, 2753, 2756.

¹⁰³⁶ BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 51 = NZA 2013, 371.

¹⁰³⁷ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2204.



Verdachtsmomente gegeben sind, die das Vertrauen des Arbeitgebers in eine ungestörte Fortführung des Arbeitsverhältnisses (massiv) erschüttern¹⁰³⁸. Insofern ist die Anhörung bei einem in Untersuchungshaft befindlichen Arbeitnehmer keineswegs generell entbehrlich und es bedarf auch hier im Regelfall ihrer Durchführung¹⁰³⁹.

Bei der Durchführung der Anhörung von einem sich in Untersuchungshaft befindlichen Arbeitnehmer kann im Übrigen ein sachlicher Grund für eine – geringfügige – Überschreitung der einwöchigen Regelfrist dann vorliegen, wenn wegen der Besonderheiten des Falles (z. B. erschwerte Kommunikation mit dem Arbeitnehmer¹⁰⁴⁰ oder Beschlagnahme von eigenen Unterlagen mit der Folge, dass der Arbeitgeber keine Kenntnis über die maßgeblichen Umstände des Strafverfahrens hat¹⁰⁴¹) der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, den Sachverhalt trotz entsprechender Bemühungen wie z. B. Einsichtnahme in strafrechtliche Ermittlungsakten näher aufzuklären¹⁰⁴².

d) Kein Abschluss der Anhörung innerhalb der Regelfrist

Ein Sachgrund für die Überschreitung der Regelfrist kann schließlich auch dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber das Anhörungsverfahren zwar zügig eingeleitet, sich aus der abgegebenen Stellungnahme des Arbeitnehmers jedoch weiterer Klärungsbedarf ergeben hat. Sofern sich die neu aufgeworfenen Fragen nicht innerhalb der Regelfrist klären lassen, ist ein Überschreiten der Frist zulässig. Dabei müssen die erforderlichen weiteren Aufklärungsmaßnahmen zügig durchgeführt und die erneute Anhörung ebenfalls unverzüglich terminiert und durchgeführt werden.

Gleichermaßen ist auch im schriftlichen Anhörungsverfahren ein Überschreiten der Regelfrist grundsätzlich zulässig, wenn nach Klärung offener Fragen aus der Stellungnahme des Arbeitnehmers eine ergänzende mündliche Anhörung angesetzt

¹⁰³⁸ So auch Lunk, NJW 2010, 2753, 2756; Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2204; Langner/Witt, DStR 2008, 825, 828.

¹⁰³⁹ So auch Langner/Witt, DStR 2008, 825, 828, die auch auf die Möglichkeit des schriftlichen Verfahrens verweisen.

¹⁰⁴⁰ Rost, MLR 2011, 8, 11.

¹⁰⁴¹ Vgl. LAG Köln v. 8.8.2000 – 5 Sa 452/00, NZA-RR 2001, 185.

¹⁰⁴² Müller, Teil D, Rn. 927; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 385.



werden muss und diese ergänzende mündliche Anhörung gleichermaßen kurzfristig nach Eingang der schriftlichen Stellungnahme erfolgt¹⁰⁴³.

Daneben kann sich ein zulässiges Überschreiten der Regelfrist auch aus sonstigen Umständen ergeben¹⁰⁴⁴. Zu denken ist hier insbesondere an Fälle, in denen auf Grund der Komplexität der Tatsachen, auf die der Verdacht der Pflichtverletzung gestützt wird, dem Arbeitnehmer im Rahmen der Anhörung umfassendes Beweismaterial zur Stellungnahme vorgelegt wird¹⁰⁴⁵ bzw. in denen auf Grund des Umfangs eine Stellungnahme seitens des Arbeitnehmers bzw. die Prüfung eines vom Arbeitnehmer eingeschalteten Rechtsanwalts innerhalb der einwöchigen Frist nicht zu leisten ist¹⁰⁴⁶. Die Frist für die Stellungnahme ist hier im Zweifel lieber etwas länger zu bemessen als zu kurz¹⁰⁴⁷.

e) Ergebnis

Treten zeitliche Verzögerungen der Anhörung durch die hier beschriebenen „Störfälle“ ein, stellen diese in der Praxis den Arbeitgeber vor die (teilweise) schwierige Entscheidung, wie er mit diesem „Störfall“ umzugehen hat. Auf der einen Seite hat er für die ordnungsgemäße Durchführung der Anhörung zu sorgen und muss gewährleisten, dass der Arbeitnehmer auch die Gelegenheit zur Stellungnahme wahrnehmen kann. Auf der anderen Seite hat er für die im Raum stehende Verdachtskündigung grundsätzlich sowohl die einwöchige Regelfrist zur Durchführung der Anhörung als auch die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu wahren. Es wird hier letztlich auf die Umstände des Einzelfalles ankommen.

Die Praxis zeigt durchaus, dass nach Kontaktversuchen seitens des Arbeitgebers – teilweise auch unter Einbindung der Interessenvertreter – trotz des vermeintlichen

¹⁰⁴³ Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2204; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 385; Müller, Teil D, Rn. 929.

¹⁰⁴⁴ Müller, Teil D, Rn. 930.

¹⁰⁴⁵ Vgl. zu derartigen komplexen Sachverhalten Dzida, NZA 2014, 809.

¹⁰⁴⁶ LAG Düsseldorf v. 17.3.1998 – 16 Sa 632/96, BeckRS 1998, 40964; Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382, 385; Müller, Teil D, Rn. 930; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406.

¹⁰⁴⁷ Scharff, AuA 2014, 250, 251.



„Störfalls“ einer krankheitsbedingten oder urlaubsbedingten Abwesenheit eine Anhörung des Arbeitnehmers auch noch innerhalb der Regelfrist durchführbar sein kann, zumal mit den heutigen Kommunikationsmitteln wie E-Mail, SMS, etc. und den dazugehörigen gängigen und allseits verbreiteten Kommunikationsgeräten wie Mobiltelefonen, Smartphones, Tablets etc. eine Erreichbarkeit des Arbeitnehmers eher möglich ist als das in früheren Zeiten vielleicht der Fall war.

Gleichwohl mag es – wie ausgeführt – Fälle geben, in denen sich die zeitliche Verzögerung und damit ein Überschreiten der Regelfrist nicht vermeiden lässt. Hier sollte der Arbeitgeber sorgfältig prüfen, ob ein sachlicher Grund für das Überschreiten der Regelfrist tatsächlich vorliegt. Im Zweifel wird ihm nichts anderes übrig bleiben, als eine Kündigung unter Beachtung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der Verdachtsmomente auszusprechen¹⁰⁴⁸. Sollte der Arbeitnehmer sich später dann noch zu den Vorwürfen äußern, bleibt noch die Möglichkeit, auf der einen Seite zu erklären, dass aus der Kündigung keine Rechte abgeleitet werden oder auf der anderen Seite der vorsorgliche Ausspruch einer weiteren Kündigung¹⁰⁴⁹.

7. Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Anhörung

Die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeitnehmeranhörung ist Wirksamkeitsvoraussetzung jeder Verdachtskündigung. Die Nichterfüllung seiner Anhörungspflicht hat für den Arbeitgeber weitreichende Folgen. Denn wenn er schuldhaft die sich aus der Pflicht zur umfassenden Klärung des Sachverhalts ergebende Anhörungspflicht verletzt, kann er sich im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses nicht auf die Verdachtskündigung berufen, d. h. eine lediglich auf einen Verdacht gestützte Kündigung ist unwirksam¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸ Stoffels, S. 37, 46.

¹⁰⁴⁹ Lembke, RdA 2013, 82, 89; Gaul/Schmidt-Lauber, ArbRB 2012, 18.

¹⁰⁵⁰ BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25 = NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540; LAG Rheinland-Pfalz v. 10.9.2009 – 10 Sa 189/09, BeckRS 2010, 65402.



Zwar kann – wie gesehen – ausnahmsweise dann keine schuldhafte Verletzung der Anhörungspflicht vorliegen, wenn der Arbeitnehmer von vorneherein nicht bereit war, sich auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe einzulassen und nach seinen Kräften an der Aufklärung mitzuwirken¹⁰⁵¹. Doch sollte der Arbeitgeber nicht vorschnell eine fehlende Mitwirkung annehmen: fehlende Mitwirkung ist nur unter strengen Voraussetzungen zu bejahen, um auszuschließen, dass lediglich ein ungeschicktes Verhalten des Arbeitnehmers auf diese Weise missverstanden wird¹⁰⁵². Die Verletzung der Anhörungspflicht kann zudem – wie gesehen – in unterschiedlichsten Varianten vorkommen: zu denken ist an formelle Fehler im Hinblick auf die Einladung und Durchführung der Anhörung, aber auch an inhaltliche Mängel bei der eigentlichen Anhörung.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an eine ordnungsgemäß durchgeführte Arbeitnehmeranhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung mögen hoch sein. Doch bei sorgfältiger Vorbereitung und Durchführung der Anhörung kann man ihnen durchaus gerecht werden. Zumal unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Anhörungspflicht: es gilt, voreilige Entscheidungen zu vermeiden und der Gefahr zu begegnen, dass einem Arbeitnehmer, der sich nichts hat zu Schulden kommen lassen, gekündigt wird¹⁰⁵³.

IV. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB

Auch bei der Verdachtskündigung ist die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu wahren, wonach die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen kann, nachdem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Bei § 626 Abs. 2 BGB handelt es sich

¹⁰⁵¹ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 25; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809, Rn. 16; Vgl. Teil C. III. 5.

¹⁰⁵² Vgl. HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 645.

¹⁰⁵³ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.



um einen gesetzlich konkretisierten Verwirkungstatbestand¹⁰⁵⁴, dessen Erfüllung dazu führt, dass der konkrete Sachverhalt nicht mehr zum Anlass einer außerordentlichen Kündigung genommen werden kann¹⁰⁵⁵. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, dem Arbeitnehmer rasch Klarheit darüber zu verschaffen, ob der Kündigungsberechtigte einen bestimmten Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nimmt oder nicht¹⁰⁵⁶.

1. Fristbeginn

Gemäß § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB beginnt die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB mit dem Zeitpunkt, zu dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis erlangt¹⁰⁵⁷. Dazu ist positive Kenntnis erforderlich¹⁰⁵⁸. Bei den für die Kenntnis maßgebenden Tatsachen ist zu unterscheiden, ob der Kündigungsgrund aus einem in sich abgeschlossenen Lebenssachverhalt hergeleitet wird oder aus einem sog. Dauertatbestand¹⁰⁵⁹. Ein Dauertatbestand¹⁰⁶⁰ liegt vor, wenn auf der Grundlage eines Kausalverlaufs fortlaufend neue kündigungsrelevante Tatsachen eintreten, die zu weiteren Störungen des Vertragsverhältnisses führen oder ein noch nicht abgeschlossener, länger andauernder Zustand vorliegt¹⁰⁶¹. In derartigen Fällen muss der Kündigungsberechtigte dann nicht bereits binnen zwei Wochen nach Beginn des Dauertatbestandes kündigen¹⁰⁶². Zur Fristwahrung reicht es vielmehr aus, wenn der den

¹⁰⁵⁴ BAG v. 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 16 = NZA 2014, 962, Rn. 22; BAG v. 26.9.2013 – 2 AZR 741/12, AP BGB § 626 Nr. 246 = NZA 2014, 529, Rn. 22; Lembke, RdA 2013, 82, 90.

¹⁰⁵⁵ Zimmermann/Pfeiffer, jurisPR-ArbR 21/2013, Anm. 6.

¹⁰⁵⁶ BAG v. 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 16 = NZA 2014, 962, Rn. 22; BAG v. 25.10.2010 – 2 AZR 171/09, AP BGB § 626 Nr. 231 = NZA-RR 2011, 177, Rn. 15; BAG v. 26.6.2008 – 2 AZR 190/07, AP BGB § 626 Nr. 213 = NZA 2008, 1415, Rn. 23.

¹⁰⁵⁷ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231.

¹⁰⁵⁸ Ebd.

¹⁰⁵⁹ BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 187.

¹⁰⁶⁰ S. hierzu Müller, Teil B, Rn. 662.

¹⁰⁶¹ BAG v. 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, AP BGB § 626 Nr. 225.

¹⁰⁶² HaKo/Gieseler, § 626 BGB, Rn. 124.



Dauertatbestand begründende Umstand zumindest noch zwei Wochen vor dem Zugang der Kündigung bestanden hat¹⁰⁶³.

Weder der gegen einen Arbeitnehmer bestehende Verdacht einer Straftat oder einer anderen schweren Pflichtverletzung noch eine begangene Straftat stellen einen solchen Dauertatbestand dar¹⁰⁶⁴. Schließlich setzt sich der Verdacht aus einer Reihe von Indizien zusammen, die diesen Verdacht „dringend“ machen und die dann zu einem bestimmten Zeitpunkt ausreichen, den bestimmten Arbeitnehmer als den „wahrscheinlichen Täter“ einzuordnen.

Die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt vielmehr ab dem Zeitpunkt, an dem der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will oder nicht¹⁰⁶⁵ bzw. ob ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht¹⁰⁶⁶. So muss er im Falle der beabsichtigten außerordentlichen Verdachtskündigung Kenntnis von den Fakten haben, auf Grund derer er sich ein zutreffendes Urteil über den Verdacht und seine Tragweite bilden und schließlich eine Entscheidung bezüglich des Ausspruchs der Kündigung treffen kann¹⁰⁶⁷. Ausschlaggebend ist allein die positive Kenntnis der maßgeblichen Indiztatsachen; grob fahrlässige Unkenntnis ist hingegen nicht ausreichend¹⁰⁶⁸. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶³ BAG v. 28.10.2010 – 2 AZR 688/09, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 148 = NZA-RR 2011, 155.

¹⁰⁶⁴ BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 31 = NZA 1994, 171 = NJW 1994, 1675; BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 192.

¹⁰⁶⁵ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 14; BAG v. 26.9.2013 – 2 AZR 741/12, AP BGB § 626 Nr. 246 = NZA 2014, 529, Rn. 22.

¹⁰⁶⁶ BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 44 = NZA-RR 2008, 630, 631, Rn. 18; Lembke, RdA 2013, 82, 90; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 405.

¹⁰⁶⁷ BAG v. 22.11.2012 – 2 AZR 732/11, AP BGB § 626 Nr. 241 = NZA 2013, 665, 668, Rn. 30; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 405.

¹⁰⁶⁸ BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 44 = NZA-RR 2008, 630, 631, Rn. 18.

¹⁰⁶⁹ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 14.



Abgestellt wird dabei auf den Kündigungsberechtigten. Dieser Begriff kennzeichnet nicht nur die Parteirolle im Arbeitsverhältnis, hier also den Arbeitgeber, sondern vielmehr diejenige natürliche Person, der im gegebenen Fall das Recht zusteht, die außerordentliche Kündigung auszusprechen¹⁰⁷⁰. Auf Arbeitgeberseite sind beispielweise der Inhaber eines Einzelkaufmännischen Betriebes, die Mitglieder der Organe von juristischen Personen und Körperschaften sowie sonstige rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Personen wie z. B. der Personalleiter regelmäßig als kündigungsberechtigt anzusehen¹⁰⁷¹.

Da § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB ausdrücklich auf die Kenntnisnahme des Kündigungsberechtigten abstellt, ist die Kenntnis anderer Personen für den Beginn der Zwei-Wochen-Frist grundsätzlich unbeachtlich¹⁰⁷². Die Kenntnis eines Dritten muss sich der Kündigungsberechtigte nach Treu und Glauben nur dann zurechnen lassen, wenn der Dritte eine einem gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter des Arbeitgebers vergleichbare selbstständige Stellung einnimmt, er zur Feststellung der für eine außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen verpflichtet ist und auf Grund seiner herausgehobenen Position im Betrieb nach den Umständen zu erwarten ist, er werde den Kündigungsberechtigten über den Kündigungssachverhalt unverzüglich unterrichten¹⁰⁷³. Die erforderliche herausgehobene Position dürfte bei einem Personalreferenten zutreffen, bei einem unmittelbaren Vorgesetzten des Verdächtigten in der Regel jedoch nicht¹⁰⁷⁴. Jedoch trifft den Arbeitgeber ein Organisationsverschulden, wenn in derartigen Fällen die Informationsweitergabe verspätet erfolgt¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁰ BAG v. 6.7.1972 – 2 AZR 386/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3; LAG Niedersachsen v. 6.8.2010 – 10 Sa 1410/08, BeckRS 2010, 74913.

¹⁰⁷¹ Vgl. BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 180; Lembke, RdA 2013, 82, 90.

¹⁰⁷² Lembke, RdA 2013, 82, 90.

¹⁰⁷³ BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 181; Lembke, RdA 2013, 82, 90.

¹⁰⁷⁴ Vgl. BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 181.

¹⁰⁷⁵ BAG v. 23.10.2008 – 2 AZR 388/07, AP BGB § 626 Nr. 217 = BeckRS 2009, 54457; Lembke, RdA 2013, 82, 90.



2. Hemmung der Frist

Der Arbeitgeber ist gleichermaßen berechtigt wie auch verpflichtet, einen Sachverhalt, der ihn zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, zunächst soweit wie möglich aufzuklären¹⁰⁷⁶. Daher beginnt die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB noch nicht zu laufen, wenn der Kündigungsberechtigte, der bislang nur erste Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, nach pflichtgemäßem Ermessen zur Sachverhaltsklärung weitere Ermittlungen anstellt und den betroffenen Arbeitnehmer anhört¹⁰⁷⁷. Dies gilt allerdings nur solange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts, der notwendigen Beweismittel oder auch von entlastendem Material verschaffen sollen¹⁰⁷⁸. Der Arbeitgeber soll schließlich nicht durch die Ausschlussfrist veranlasst werden, ohne eine hinreichende Prüfung der Umstände oder vorhandener Beweismittel die Kündigung auszusprechen¹⁰⁷⁹. Das trifft insbesondere auf die Verdachtskündigung zu¹⁰⁸⁰.

Bei komplexen Sachverhalten und zunächst nur vagen Verdachtsmomenten bedarf es unter Umständen umfangreicher und zeitintensiver Aufklärungsmaßnahmen¹⁰⁸¹, die nur solange die Ausschlussfrist hemmen, wie sie nicht ohne nachvollziehbare Gründe hinausgezögert¹⁰⁸², sondern mit der gebotenen Eile¹⁰⁸³ durchgeführt werden. Unerheblich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder nicht¹⁰⁸⁴, solange sie nicht von vornherein als offensichtlich unergiebig eingeordnet werden können; alle erfolgversprechenden

¹⁰⁷⁶ Vgl. Rost, MLR 2011, 8, 10.

¹⁰⁷⁷ BAG v. 21. 2. 2013 – 2 AZR 433/12, NZA-RR 2013, 515, Rn. 27; BAG v. 25.10.2010 – 2 AZR 171/09, AP BGB § 626 Nr. 231 = NZA-RR 2011, 177, Rn. 15.

¹⁰⁷⁸ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015, Rn. 14; Rost, MLR 2011, 8, 10.

¹⁰⁷⁹ BAG v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 46 = NZA 2006, 101; Fuhrott, ArbRAktuell 2012, 605.

¹⁰⁸⁰ Rost, MLR 2011, 8, 10.

¹⁰⁸¹ Vgl. hierzu ausführlich Dzida, NZA 2014, 809 ff.

¹⁰⁸² BAG v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 42 = NZA-RR 2008, 344; Lembke, RdA 2013, 82, 90.

¹⁰⁸³ Dzida, NZA 2014, 809 weist darauf hin, dass bei komplexen Sachverhalten die Aufklärungsmaßnahmen auch deutlich länger als zwei oder drei Monate dauern können.

¹⁰⁸⁴ BAG v. 21. 2. 2013 – 2 AZR 433/12, NZA-RR 2013, 515, Rn. 27; Dzida, NZA 2014, 809, 810.

Maßnahmen dürfen ergriffen werden, selbst wenn sie im Nachhinein keinen Erfolg hatten.

Umstritten ist, ob der Beginn der Ausschlussfrist dadurch gehemmt wird, dass der Arbeitgeber sich Rechtsrat darüber einholt, ob die bislang ermittelten Tatsachen die beabsichtigte Verdachtskündigung tragen oder ob weitere Aufklärungsmaßnahmen unternommen werden müssen¹⁰⁸⁵. Bei überschaubaren, rechtlich „einfachen“ Sachverhalten kann eine Hemmung der Frist durch die Einholung von Rechtsrat nicht begründet werden.

Dagegen kann es bei komplexen Sachverhalten, die mit schwierigen rechtlichen Fragestellungen verbunden sind, für den Kündigungsberechtigten schwierig sein, ohne die Einschaltung von Experten wie eines Rechtsanwalts oder eines Steuerberaters richtig einzuordnen, ob beispielsweise ein steuerrechtlich rechtmäßiges gestalterisches Verhalten oder eine Steuerhinterziehung gegeben ist¹⁰⁸⁶. Bei derartigen Konstellationen ist die Hemmung der Frist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu bejahen, wenn der Arbeitgeber Expertenrat dazu einholt, ob die bislang ermittelten Tatsachen die beabsichtigte Kündigung tragen oder ob es weiterer Aufklärungsmaßnahmen bedarf¹⁰⁸⁷.

Andernfalls wäre der Arbeitgeber auf Grund der Frist gezwungen zu kündigen¹⁰⁸⁸, obwohl sich dies im Nachhinein – nach erfolgter rechtlicher Prüfung – als vorschnell und als Vorverurteilung des Arbeitnehmers erweisen könnte, was es eigentlich zu verhindern gilt¹⁰⁸⁹. Klar ist aber auch, dass zur Beachtung der gebotenen Eile die Einholung des Rechtsrats zügig erfolgen muss.

Zu den für die Aufklärung notwendigen Maßnahmen gehört weiter die Arbeitnehmeranhörung¹⁰⁹⁰. Insofern beginnt die Zwei-Wochen-Frist zur Erklärung der außerordentli-

¹⁰⁸⁵ Ablehnend LAG Hamm v. 1.10.1998 – 8 Sa 969/08, BeckRS 1998, 31015669. Kritisch hierzu Heinemeyer/Thomas, BB 2012, 1218, 1220.

¹⁰⁸⁶ Dzida, NZA 2014, 809, 811.

¹⁰⁸⁷ Ebd.

¹⁰⁸⁸ Vgl. ebd.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406.

¹⁰⁹⁰ BAG v. 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 46 = NZA 2006, 101; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605.



chen Verdachtskündigung grundsätzlich nicht vor der Anhörung des Arbeitnehmers zu laufen, sofern diese innerhalb einer kurzen Frist erfolgt, die im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen¹⁰⁹¹ und – wie bereits dargestellt¹⁰⁹² – nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten werden darf¹⁰⁹³.

3. Parallel laufendes Ermittlungs- oder Strafverfahren

Hat der Arbeitgeber Kenntnis davon, dass gegen den betroffenen Arbeitnehmer ein polizeiliches bzw. staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren oder gar ein Strafverfahren läuft, darf er den Aus- bzw. Fortgang des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abwarten und seinen Kündigungsentschluss von dessen Ausgang abhängig machen¹⁰⁹⁴. Gleichwohl ist er nicht gehindert, unabhängig vom Ausgang des jeweiligen Verfahrens bereits vorher eine Verdachtskündigung auszusprechen, sofern er auf Grund seiner eigenen Aufklärung einschließlich der durchgeführten Arbeitnehmeranhörung zu dem Ergebnis kommt, dass ein hinreichend dringender Tatverdacht besteht und er dadurch das Vertrauen in die Redlichkeit des betroffenen Arbeitnehmers verloren hat¹⁰⁹⁵.

Sieht er auf Grund des laufenden Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens von eigenen weiteren Ermittlungen ab und will eben den Aus- bzw. Fortgang des jeweiligen Verfahrens abwarten, darf er nicht zu einem beliebig willkürlich gewählten Zeitpunkt außerordentlich kündigen¹⁰⁹⁶. Es bedarf in zeitlicher Hinsicht dann eines neu hinzugetretenen sachlichen Grundes, wie beispielsweise die Erlangung von Kenntnissen über neue Tatsachen oder neue Beweismittel¹⁰⁹⁷. Der Arbeitgeber muss davon ausgehen können, nunmehr einen neuen und ausreichenden Kenntnisstand zur Kündigung zu

¹⁰⁹¹ BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 54 = NZA 2014, 1015; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 799 = NJW 2011, 2231; BAG v. 6.7.1972 – 2 AZR 386/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 178.

¹⁰⁹² Vgl. Teil C. III. 5 und 6.

¹⁰⁹³ BAG v. 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, AP BGB § 626 Nr. 204 = NZA 2006, 1211, 1214; Lembke, RdA 2013, 82, 87.

¹⁰⁹⁴ BAG v. 22.11.2012 – 2 AZR 732/11, AP BGB § 626 Nr. 241 = NZA 2013, 665, 668, Rn. 31.

¹⁰⁹⁵ Rost, MLR 2011, 8, 11.

¹⁰⁹⁶ BAG v. 22.11.2012 – 2 AZR 732/11, AP BGB § 626 Nr. 241 = NZA 2013, 665, 668, Rn. 31.

¹⁰⁹⁷ BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 44 = NZA-RR 2008, 630, Rn. 20.



haben¹⁰⁹⁸. Insofern kann die Erhebung einer Anklage im Strafverfahren den bestehenden Verdacht verstärken¹⁰⁹⁹.

Dies macht deutlich, dass es im Rahmen der Aufklärung durchaus mehrere Zeitpunkte geben kann, in denen der Verdacht die Dringlichkeit erlangt, die für den Ausspruch einer hierauf aufbauenden Verdachtskündigung notwendig ist¹¹⁰⁰. Kann der Arbeitgeber einen sachlichen Grund für sein Abwarten nachweisen, handelt er nicht willkürlich.¹¹⁰¹ Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB beginnt mit der vollständigen Kenntnis einer neuen verdachtsintensivierenden Tatsache erneut zu laufen¹¹⁰².

Nach alledem kann der Arbeitgeber für ein und dieselbe Pflichtverletzung folglich auch mehrere Verdachtskündigungen aussprechen, sofern sich diese auf unterschiedliche Sachverhalte stützen¹¹⁰³ und entsprechend deutlich gemacht wird, auf Grund welcher neuen, verdachtsintensivierenden Tatsachen sie erfolgen¹¹⁰⁴. Das Kündigungsrecht ist durch eine vorangegangene auf einen anderen Sachverhalt mit anderen Vorwürfen und Verdachtsmomenten bezogene Verdachtskündigung nicht verbraucht¹¹⁰⁵. Es handelt sich insoweit gerade nicht um eine unzulässige Wiederholungskündigung¹¹⁰⁶. Vor jeder (weiteren) Kündigung ist allerdings sowohl der betroffene Arbeitnehmer als auch der Betriebsrat (erneut) anzuhören¹¹⁰⁷.

Der Arbeitgeber hat aber auch die Möglichkeit, im Rahmen des bereits laufenden Arbeitsgerichtsprozesses über die Wirksamkeit der Verdachtskündigung auch solche

¹⁰⁹⁸ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406.

¹⁰⁹⁹ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 44 = NZA-RR 2008, 630, Rn. 25.

¹¹⁰⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406.

¹¹⁰¹ Ebd.

¹¹⁰² BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 800 = NJW 2011, 2231.

¹¹⁰³ Stoffels, S. 37, 49.

¹¹⁰⁴ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 800 = NJW 2011, 2231.

¹¹⁰⁵ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 800 = NJW 2011, 2231; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406.

¹¹⁰⁶ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 800 = NJW 2011, 2231, Rn. 10; Müller, Teil D, Rn. 934.

¹¹⁰⁷ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407; Stoffels, S. 37, 49.



Kündigungsgründe nachzuschieben, die den Verdacht eines eigenständigen – neuen – Kündigungsvorwurfs begründen, sofern sie bei Kündigungszugang objektiv bereits vorlagen¹¹⁰⁸. Zu den Umständen, die den Verdacht verstärken, bedarf es nach einer jüngeren Entscheidung des BAG im laufenden Prozess keiner erneuten Arbeitnehmeranhörung, soweit der verdächtige und hier klagende Arbeitnehmer zum Kündigungsvorwurf als solchem bereits angehört worden war¹¹⁰⁹.

Denn der Sinn und Zweck der Anhörung, den Arbeitgeber vor voreiligen Entscheidungen zu bewahren und der Gefahr zu begegnen, dass ein Unschuldiger von der Kündigung betroffen wird, könne in diesem Fall des Nachschiebens von Kündigungsgründen insoweit nicht mehr erreicht werden, als dass die Kündigung dem Arbeitnehmer ja bereits zugegangen sei und keine Stellungnahme diese mehr verhindern könne.¹¹¹⁰ Die Verteidigungsrechte des Arbeitnehmers blieben dadurch gewahrt, dass er sich im Prozess auch gegen den neuen Tatverdacht zur Wehr setzen könne¹¹¹¹.

Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB stehe dem im Übrigen nicht entgegen, da sie allein für die Ausübung des Kündigungsrechts an sich gelte. Sei die Kündigung als solche rechtzeitig erklärt, schließe die Vorschrift ein Nachschieben nachträglich bekannt gewordener, aber zum Kündigungszeitpunkt bereits objektiv vorliegender Gründe nicht aus¹¹¹².

Vor dem Nachschieben neuer Tatsachen im laufenden Prozess bedarf es allerdings einer erneuten Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG zu den erweiterten Kündigungsgründen¹¹¹³. Zwar kann auch der Betriebsrat die schon erfolgte Kündigung

¹¹⁰⁸ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406; Merten, ArbRAktuell 2013, 577; Chwalisz, GWR 2013, 501.

¹¹⁰⁹ BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406; So bereits schon vertreten von Behrens/Rinsdorf, S. 277.

¹¹¹⁰ BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316, Rn. 31.

¹¹¹¹ BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316, Rn. 31; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 216.

¹¹¹² BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316, Rn. 33; BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 362/96, NZA 1997, 1158.

¹¹¹³ BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316, Rn. 32; Chwalisz, GWR 2013, 501; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 406; HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 643.



als solche nicht mehr verhindern. Er kann aber nur so seine – den Arbeitnehmer unter Umständen entlastende – Sicht der Dinge zu Gehör bringen¹¹¹⁴, da er andernfalls den weiteren Kündigungsgrund gar nicht kennt¹¹¹⁵.

Bevor - nach erfolgter Anhörung des Betriebsrats - die neu aufgetauchten Tatsachen in den Prozess eingeführt werden, ist zu prüfen, wann diese neuen Kündigungsgründe objektiv entstanden sind, d. h. ob sie zum Kündigungszeitpunkt bereits vorlagen. Sollten darüber Zweifel bestehen, wäre der sicherere Weg, eine weitere selbständige Kündigung auszusprechen. Beim Ausspruch einer neuen Verdachtskündigung sind der Arbeitnehmer und der Betriebsrat¹¹¹⁶ erneut anzuhören und bei einer außerordentlichen Kündigung auch erneut die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu wahren¹¹¹⁷.

V. Besonderheiten bei der Betriebsratsanhörung

Wirksamkeitsvoraussetzung einer jeden Kündigung ist die vorherige ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, sofern im Betrieb ein solcher besteht. Ohne die Anhörung ist die Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ohne Rücksicht auf einen materiell-rechtlich noch so erheblichen oder zutreffenden Grund bereits formal unwirksam¹¹¹⁸. Dabei ist es unerheblich, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits andauert, d. h. ob es sich noch in der Probezeit oder in der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG befindet. Eine unterlassene bzw. fehlerhafte Betriebsratsanhörung hat in letzterem Fall besonders schwere Folgen, da bei einer erneuten Kündigung oft die Wartezeit nunmehr abgelaufen ist und der Kündigungsschutz nach dem KSchG greift¹¹¹⁹. Gleichmaßen ist die Anhörung des Betriebsrats auch bei einer beabsichtigten Kündigung von Aushilfen oder geringfügig Beschäftigten zwingend erforderlich.

¹¹¹⁴ BAG v. 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 52 = NZA 2013, 1416 = BB 2014, 316, Rn. 32.

¹¹¹⁵ HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 643.

¹¹¹⁶ Vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz v. 27.3.2012 – 3 Sa 603/11, BeckRS 2012, 69868, zur Erforderlichkeit einer erneuten Beteiligung des Personalrats bei wiederholter Kündigung.

¹¹¹⁷ Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407; Stoffels, S. 37, 49.

¹¹¹⁸ Vgl. Weller, AuA 2011, 84.

¹¹¹⁹ Ohlendorf/Fuhlrott, ArbRAktuell 2011, 292.



Dies wird in der Praxis oft übersehen, z. B. wenn es „nur“ um die Kündigung eines Ferienbeschäftigten geht.

Für die Anhörung des Betriebsrats vor einer Verdachtskündigung gilt zunächst grundsätzlich das Gleiche wie für die Anhörung vor einer Tatkündigung¹¹²⁰. In Bezug auf die Pflicht zur Anhörung, den Zweck, den Zeitpunkt, den Adressaten, die Form, die Fristen sowie Inhalt und Umfang der Anhörung bestehen keine Unterschiede¹¹²¹.

Nach dem Grundsatz der „subjektiven Determinierung“ ist der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände und Gründe für die Kündigung unterbreitet hat¹¹²². Dagegen führt eine bewusst unrichtige oder eine unvollständige und damit irreführende Darstellung zu einer fehlerhaften Anhörung¹¹²³.

Will der Arbeitgeber die beabsichtigte Kündigung – ausschließlich oder hilfsweise neben der Tatkündigung - auf den dringenden Verdacht einer Straftat oder einen sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung stützen, hat er den Betriebsrat (auch) dazu anzuhören und insbesondere die Umstände anzugeben, auf denen der konkrete Verdacht beruht¹¹²⁴. Lediglich eine Mitteilung über die Absicht, dem Arbeitnehmer wegen einer für nachgewiesen erachteten erheblichen Pflichtverletzung zu kündigen, ist folglich nicht ausreichend¹¹²⁵. Einer ausdrücklichen Bezeichnung als „Verdachtskündigung“ bedarf es zwar nicht zwingend, sie ist aber aus Gründen der Klarstellung empfehlenswert¹¹²⁶. Entscheidend ist letztlich, dass für den Betriebsrat deutlich erkennbar ist, ob die beabsichtigte Kündigung wegen eines Verdachts oder

¹¹²⁰ Vgl. Schierle/Wischnath, Rn. 83; Bengelsdorf, FA 2010, 354; zu Voraussetzungen und Gegenstand der Anhörung s. ErfK/Kania, § 102 BetrVG, Rn. 3ff.; Grobys/Panzer/Powietzka/Sartorius, Kündigung allgemein, Rn. 47 ff.

¹¹²¹ Bengelsdorf, FA 2010, 354.

¹¹²² BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, AP BGB § 626 Nr. 236 = NZA 2011, 1342; LAG Rheinland-Pfalz v. 3.7.2014 – 2 Sa 425/13, BeckRS 2014, 74206.

¹¹²³ BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, AP BGB § 626 Nr. 246 = NZA 2011, 1342.

¹¹²⁴ Stoffels, S. 37, 50.

¹¹²⁵ Tschöpe/Rinck, Teil 3 F, Rn. 41.

¹¹²⁶ Vgl. Bengelsdorf, FA 2010, 354, 355.



eines Tatvorwurfs oder vorsorglich aus beiden Gründen erfolgen soll¹¹²⁷. Eine in der Betriebsratsanhörung allein enthaltene Formulierung „*die aus den vorgelegten Unterlagen zu entnehmenden Tatsachen und Vorwürfe sind derart gravierend, die Qualität der bisherigen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen sowie deren Ergebnisse derart eindeutig, dass auch auf Arbeitgeberseite das Vertrauensverhältnis zum Arbeitnehmer nunmehr völlig zerstört und eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr denkbar ist*“ stellt dann keine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats zu einer Verdachtskündigung dar, wenn im Anhörungsschreiben nicht in sonstiger Weise deutlich wird, dass der Arbeitgeber kündigen will, weil er das Vertrauensverhältnis gerade (auch) wegen des Verdachts für beeinträchtigt bzw. gar zerstört hält¹¹²⁸.

Dem Betriebsrat sind im Rahmen einer Anhörung zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung auch diejenigen Umstände mitzuteilen, die gegen eine Kündigung sprechen, insbesondere die den Arbeitnehmer entlastenden Tatsachen¹¹²⁹. Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat die ihm bekannten, den Arbeitnehmer erkennbar entlastenden Umstände nicht mit, so ist die Kündigung wegen nicht ordnungsgemäß erfolgter Anhörung des Betriebsrats bereits unwirksam¹¹³⁰.

Des Weiteren hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über alle erfolgten Bemühungen zur Sachverhaltsaufklärung und dabei insbesondere über die Durchführung, den Inhalt und das Ergebnis der Anhörung des Arbeitnehmers¹¹³¹ in Kenntnis zu setzen¹¹³².

Außerdem muss im Falle einer beabsichtigten außerordentlichen Verdachtskündigung auch eine Information an den Betriebsrat erfolgen, zu welchem Zeitpunkt die kündigungsberechtigten Personen Kenntnis vom wichtigen Grund im Sinne des § 626

¹¹²⁷ LAG Köln v. 31.10.1997 – 11 (8) Sa 665/97, LAGE § 102 BetrVG 1972 Nr. 66; Fischermeier, FS AG Arbeitsrecht, S. 276, 285; Kirsch/Strybny, BB Beilage 2005, Nr. 114, 10, 14.

¹¹²⁸ LAG Köln v. 14.9.2007 – 11 Sa 259/07, BeckRS 2007, 47815, Rn. 127.

¹¹²⁹ LAG Schleswig-Holstein v. 19.1.2010 – 5 Sa 210/09, BeckRS 2011, 66412; a. A. wohl Bengelsdorf, FA 2010, 354, 356.

¹¹³⁰ LAG Nürnberg v. 22.6.2010 – 5 Sa 820/08, BeckRS 2010, 75550.

¹¹³¹ BAG v. 22.9.1994 – 2 AZR 31/94, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 68 = NZA 1995, 363; Müller, Teil F, Rn. 1192; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407, der darauf hinweist, dass die Einlassung des Arbeitnehmers auf jeden Fall mitzuteilen ist, auch wenn sie noch so fernliegend erscheinen mag.

¹¹³² Stoffels, S. 37, 50.



Abs. 1 BGB erhalten haben, so dass ersichtlich wird, dass die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB eingehalten werden wird¹¹³³.

Schließlich hat der Arbeitgeber den Betriebsrat auch über die Sozialdaten des Arbeitnehmers zu unterrichten, da diese im Rahmen der Interessenabwägung gem. § 1 Abs. 2 KSchG bzw. § 626 Abs. 1 BGB von Bedeutung sind¹¹³⁴. Inwieweit über den Verlauf des Arbeitsverhältnisses unterrichtet werden muss¹¹³⁵, wird noch im Detail zu erörtern sein¹¹³⁶.

Wie bereits dargestellt¹¹³⁷, kann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nicht auf eine Verdachtskündigung ausweichen („absatteln“)¹¹³⁸, sofern er den Betriebsrat nur zu einer Tat Kündigung angehört hatte¹¹³⁹. Dagegen ist ein „aufsatteln“¹¹⁴⁰ möglich d. h. dass ein Arbeitgeber, der den Betriebsrat lediglich zu der beabsichtigten Verdachtskündigung angehört hatte, die Kündigung später auch auf eine erwiesene Tat stützen kann, sofern dem Betriebsrat alle Tatsachen mitgeteilt worden waren, die nicht nur den Verdacht einer Pflichtverletzung, sondern auch den Vorwurf der Tat selbst begründen¹¹⁴¹. Die erfolgte Anhörung des Betriebsrats zur Verdachtskündigung schließt dann die Anhörung zur Tat Kündigung mit ein¹¹⁴², da die Mitteilung der beabsichtigten Verdachtskündigung dem Betriebsrat in der Regel weit größeren Anlass für ein umfassendes Tätigwerden bietet, als es bei der Anhörung zu einer Tat Kündigung der Fall ist¹¹⁴³.

¹¹³³ LAG Köln v. 22.3.2012 – 7 Sa 1022/11, BeckRS 2012, 75161; Zimmermann/Pfeiffer, jurisPR-ArbR 21/2013, Anm. 6; Schierle/Wischnath, Rn. 80; Stoffels, S. 37, 50.

¹¹³⁴ BAG v. 26.9.2002 – 2 AZR 424/01, AP BAT § 54 Nr. 11 = NZA 2003, 991; ErfK/Kania, § 102 BetrVG, Rn. 5.

¹¹³⁵ So LAG Schleswig-Holstein v. 10.1.2012 – 2 Sa 305/11, BeckRS 2012, 66013.

¹¹³⁶ Vgl. Teil D. III. 7.

¹¹³⁷ Teil B. IV.

¹¹³⁸ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407.

¹¹³⁹ vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 469; Stoffels, S. 37, 39.

¹¹⁴⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407.

¹¹⁴¹ BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1143; LAG Hessen v. 21.2.2014 – 14 Sa 609/13, NZA-RR 2014, 585, Rn. 40; Lembke, RdA 2013, 82, 91.

¹¹⁴² Stoffels, S. 37, 39; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 397.

¹¹⁴³ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798, 801 = NJW 2011, 2231; Kritisch hierzu Fischer, jurisPR-ArbR 48/2010 Anm. 1.



In der Praxis wird zur Vermeidung solcher Probleme eine Kündigung nicht nur als Tat Kündigung, sondern hilfsweise auch als Verdachtskündigung auszusprechen und der Betriebsrat entsprechend zu Beidem anzuhören sein¹¹⁴⁴. Letztlich heißt das nichts anderes, als dass der Betriebsrat zu vier Kündigungsarten anzuhören ist: außerordentliche Tat-, hilfsweise außerordentliche Verdachtskündigung, hilfsweise ordentliche Tat-, hilfsweise ordentliche Verdachtskündigung¹¹⁴⁵.

Auch wenn nach dem BAG eine Verdachtskündigung auch als ordentliche Kündigung sozial nur gerechtfertigt ist, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten, sollte der Betriebsrat auch hierzu angehört werden, etwa gerade in den Fällen, in denen die Einhaltung der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB unsicher ist.

VI. Weitere Rahmenbedingungen bei der Verdachtskündigung

Der Vollständigkeit halber soll noch auf folgende Punkte bezüglich der Verdachtskündigung eingegangen werden, die in der betrieblichen Praxis im Kündigungsschutzprozess gegen eine Verdachtskündigung eine bedeutende Rolle spielen können.

1. Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit der Verdachtskündigung

Für die Rechtmäßigkeit der Verdachtskündigung kommt es grundsätzlich auf die objektiven Indiztatsachen an, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer bereits vorgelegen und zum Vertrauensverlust geführt haben¹¹⁴⁶. Darüber hinausgehend können dem BAG zufolge auch später bekannt gewordene Umstände, welche den ursprünglichen Verdacht abschwächen oder verstärken, in einem die Verdachtskündigung behandelnden Kündigungsschutzprozess bis zur letzten

¹¹⁴⁴ Müller, Teil D, Rn. 872; Stoffels, S. 37, 39; Keilich, AuA 2013, 522, 524; Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2

¹¹⁴⁵ Vgl. Stück, CCZ 2014, 191; Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2.

¹¹⁴⁶ vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 480; Rost, MLR 2011, 8, 12.



mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorgetragen werden¹¹⁴⁷. Voraussetzung ist jedoch, dass diese Umstände zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs - wenn auch unerkannt – bereits vorlagen¹¹⁴⁸. Entscheidend für die Beurteilung der Wirksamkeit der Verdachtskündigung sei nicht der subjektive Vertrauensverlust, sondern vielmehr die zum Zeitpunkt der Kündigung – ob bekannt oder (noch) unbekannt – vorliegenden Indiztatsachen, aus denen sich der Vertrauensverlust ableiten lässt¹¹⁴⁹. Eine bloße, „subjektive“ Behauptung des Vertrauensverlusts ist folglich nicht ausreichend. Vielmehr muss dieser Vertrauensverlust durch Indiztatsachen plausibel gemacht werden, die die Tatbegehung wahrscheinlich erscheinen lassen. Die fraglichen Tatsachen müssen vor dem Zugang der Kündigung vorgelegen haben, da sie sonst nicht geeignet sind, den Vertrauensverlust zu belegen. Insofern sind erst nach Ausspruch der Kündigung neu entstandene Tatsachen nicht zu berücksichtigen¹¹⁵⁰.

2. Aussetzung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens bis zum Abschluss des Strafverfahrens bei Verdacht einer Straftat?

Gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 149 Abs. 1 ZPO kann das Arbeitsgericht die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen, wenn sich im Verlauf eines Rechtsstreits der Verdacht einer Straftat ergibt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluss ist. Doch ist zu berücksichtigen, dass das BAG für die Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses enge Grenzen gesetzt hat¹¹⁵¹. Danach ist die Aussetzung eines arbeitsgerichtlichen Kündigungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Strafverfahrens regelmäßig nicht gerechtfertigt, da der Tatvorwurf im Strafprozess nur unter strafrechtlichen Gesichtspunkten geprüft wird¹¹⁵². Auch das

¹¹⁴⁷ BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA 2013, 137, Rn. 41; Schmolke, AG 2014, 377, 381.

¹¹⁴⁸ BAG v. 6.11.2003 – 2 AZR 631/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 39 = NZA 2004, 919; BAG v. 14.9.1994 - 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269; vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 480 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁴⁹ Rost, MLR 2011, 8, 12; vHH/L/Krause, §1 KSchG, Rn. 480 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁵⁰ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 399.

¹¹⁵¹ BAG v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = NZA-RR 2012, 222 = ArbRB 2011, 167 = PR 2011, 268 = Straube, ArbRAktuell 2011, 220.

¹¹⁵² BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 51 = NZA 2013, 371, Rn. 15; BAG v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer



Recht, im Strafverfahren schweigen zu dürfen, rechtfertigt keine Aussetzung des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht¹¹⁵³. Für die arbeitsrechtliche Beurteilung der Pflichtverletzung, auf die sich der Verdacht bezieht, ist die strafrechtliche Bewertung nämlich nicht entscheidend. Vielmehr sind hier der Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten und der dadurch entstandene Vertrauensverlust maßgebend¹¹⁵⁴. Eine Aussetzung hätte in der Regel zudem auch eine bedenklich lange Verzögerung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zur Folge¹¹⁵⁵ und stünde im Widerspruch zum Beschleunigungsgrundsatz im Arbeitsgerichtsverfahren.

3. Wiedereinstellungsanspruch¹¹⁵⁶

Wenn einem Arbeitnehmer wegen des Verdachts einer Straftat oder einer sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung gekündigt und die Wirksamkeit der Verdachtskündigung rechtskräftig bestätigt worden war, sich aber durch später entstandene Umstände nachweislich die Unschuld des Arbeitnehmers herausstellt, so kommt in Ausnahmefällen ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers zu seinen alten Arbeitsbedingungen in Betracht¹¹⁵⁷. Hierfür ist absolute Gewissheit erforderlich, dass der gekündigte Arbeitnehmer unschuldig ist¹¹⁵⁸. Erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der seinerzeit aufgestellten Prognose, auf der die Kündigung aufbaute, reichen nicht aus¹¹⁵⁹. Die bloße Einstellung des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO reicht beispielsweise noch nicht aus, da eine solche Verfügung lediglich eine vorläufige Beurteilung durch die Staatsanwalt-

Handlung Nr. 48= NZA-RR 2012, 222 = ArbRB 2011, 167 = PR 2011, 268 = Straube, ArbRAktuell 2011, 220; Stoffels, S. 37, 51.

¹¹⁵³ LAG Berlin-Brandenburg v. 13.6.2014 – 15 Ta 1108/14, BeckRS 2014, 70496.

¹¹⁵⁴ Stoffels, S. 37, 51.

¹¹⁵⁵ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407.

¹¹⁵⁶ Vgl. Schlegel, S. 155 ff.

¹¹⁵⁷ BGH v. 13.7.1956 – VI ZR 88/55, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 2 = NJW 1956, 1513; BAG v. 14.12.1956 – 1 AZR 29/55, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 3 = BAGE 3, 332 = NJW 1957, 764; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 234 mit weiteren Nachweisen; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407; Müller, Teil D, Rn. 942.

¹¹⁵⁸ Schlegel, S. 155.

¹¹⁵⁹ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 408.



schaft beinhaltet, der keinerlei Bindungswirkung für ein Arbeitsgerichtsverfahren zukommt¹¹⁶⁰.

Darlegungs- und beweispflichtig für die nachträglich bekannt gewordenen Umstände, aus denen sich seine Rehabilitierung und damit die Unrechtmäßigkeit der Kündigung nachweislich ergeben, ist der Arbeitnehmer selbst¹¹⁶¹. Der Arbeitnehmer hat den Anspruch geltend zu machen und zwar im Wege einer auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteten Leistungsklage, wobei die Annahme des Angebotes auf Abschluss eines Arbeitsvertrags zu den bisherigen Bedingungen Gegenstand der begehrten Willenserklärung ist¹¹⁶².

VII. Ergebnis

Das BAG stellt an die Voraussetzungen einer wirksamen Verdachtskündigung hohe Anforderungen¹¹⁶³, um so weit wie möglich auszuschließen, dass es einen „Unschuldigen“ trifft und die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochen wird, der sich nichts hat zu Schulden kommen lassen und sehr wohl seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachgekommen ist¹¹⁶⁴. Dies kommt bei allen Voraussetzungen zum Ausdruck: sei es in Bezug auf die Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts oder sei es die Beschränkung auf nur erhebliche Pflichtverletzungen¹¹⁶⁵. Die dem Arbeitgeber obliegende Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung samt der darin enthaltenen Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung macht dies ebenso deutlich. Aber auch der Umstand, dass der Arbeitgeber letztlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung beim LAG das

¹¹⁶⁰ BAG v. 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27 = NZA 1997, 1340; Rost, MLR 2011, 8, 12; BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 204.1.

¹¹⁶¹ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 407; Müller, Teil D, Rn. 947.

¹¹⁶² Müller, Teil D, Rn. 947.

¹¹⁶³ Rost, MLR 2011, 8, 12.

¹¹⁶⁴ Vgl. BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136, 1142; Weißleder, SchlHA 12/2003, 288, 289.

¹¹⁶⁵ Vgl. Rost, MLR 2011, 8, 12.



„erhebliche Prognoserisiko“¹¹⁶⁶ trägt, dass sich der Verdacht infolge des Bekanntwerdens entlastender Tatsachen nicht bestätigt, sowie der in Betracht kommende Wiedereinstellungsanspruch zeigen¹¹⁶⁷, dass hier in gewisser Weise „Kompensationsvoraussetzungen“¹¹⁶⁸ geschaffen worden sind.

Denn die Verdachtskündigung soll schließlich keine Vergünstigung für den in Beweisnot geratenen Arbeitgeber darstellen und mit ihr soll auch nicht leichtfertig umgegangen werden. Die Rechtsfigur soll vielmehr ermöglichen, sich von einem Arbeitnehmer zu trennen, der einer Straftat bzw. einer sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung dringend verdächtig ist und in den deshalb der Arbeitgeber das erforderliche Vertrauen verloren hat, wobei der Vertrauenswegfall sich nach der Maßgabe eines vernünftigen und gerecht abwägenden Arbeitgebers beurteilt¹¹⁶⁹. Insoweit hat das Institut seine Berechtigung und wird für unverzichtbar gehalten¹¹⁷⁰.

Den Anforderungen an die Voraussetzungen der Verdachtskündigung gerecht zu werden, wird den Arbeitgeber immer wieder vor schwierige Fragestellungen bzw. Entscheidungen stellen: Bedarf es zur Sachverhaltsaufklärung noch einer weiteren Maßnahme wie beispielsweise einer weiteren Zeugenbefragung? Verstößt das beabsichtigte Aufklärungsmittel gegen das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers? Ist die erforderliche „große Wahrscheinlichkeit“ der Tatbegehung gegeben¹¹⁷¹? Ist ein sachlicher Grund für die Überschreitung der Regelfrist zur Durchführung der Anhörung gegeben? Die Liste lässt sich beliebig erweitern.

Es wird in der praktischen Anwendung der Verdachtskündigung wieder und wieder zu Problemen kommen, die sich kaum vermeiden lassen. Denn der Maßstab des verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgebers lässt sich nicht in einen Schwarz- und in einen Weißbereich unterteilen. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an

¹¹⁶⁶ Göpfert/Landauer, NZA-Beil. 1/2011, 16, 18.

¹¹⁶⁷ Vgl. Stoffels, S. 37, 51.

¹¹⁶⁸ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 408.

¹¹⁶⁹ Ebeling, S. 290.

¹¹⁷⁰ Faustmann/König, AnwZert ArbR 23/2013, Anm. 2.

¹¹⁷¹ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 399.



und da kann es durchaus auch mal grau werden. Aufgabe der Arbeitsgerichte wird es bleiben, diesen Graubereich in die eine oder andere Richtung zu definieren.



D. Die Interessenabwägung bei der Verdachtskündigung

Liegen die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung im Einzelfall vor, ist vor der Kündigung eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Arbeitsverhältnisses bzw. aller vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände des Einzelfalles ist dabei zu klären, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Lösung des Arbeitsverhältnisses die persönlichen und sonstigen Belange des Arbeitnehmers an der Beibehaltung des Arbeitsplatzes¹¹⁷² und der Fortführung des Arbeitsverhältnisses generell überwiegt¹¹⁷³ bzw. ob dem Arbeitgeber das Abwarten der Kündigungsfrist zumutbar ist¹¹⁷⁴.

Nachdem zunächst allgemein auf die Interessenabwägung als Kündigungsvoraussetzung und die in Betracht kommenden Abwägungsgesichtspunkte einzugehen ist, sollen die Besonderheiten der Verdachtskündigung untersucht werden, weil hier maßgebend für den Kündigungsentschluss der Vertrauensverlust des Arbeitgebers ist. Anschließend wird – ausgehend von der „Emmely“-Entscheidung¹¹⁷⁵ des BAG – zu erörtern sein, was unter dem „Vertrauenkapital“ langjähriger Arbeitnehmer zu verstehen ist, wie es aufgebaut bzw. nicht aufgebaut oder sogar abgebaut wird und welche Folgen die Annahme eines derartigen „Vertrauenkapitals“ für den Anspruch des Arbeitnehmers hat, eine Abmahnung nach störungsfreiem Zeitablauf aus der Personalakte zu entfernen. Schließlich muss geklärt werden, wie sich der Abwägungsgesichtspunkt „Vertrauenkapital“ auf die Interessenabwägung bei der Verdachtskündigung auswirkt bzw. wie das Spannungsverhältnis zwischen Vertrauenswegfall auf der einen Seite und aufgebautem „Vertrauenkapital“ auf der anderen Seite aufgeweicht werden kann.

¹¹⁷² Vgl. Weber, RdA 2011, 108, 110.

¹¹⁷³ Howald, ArbRAktuell 2013, 195.

¹¹⁷⁴ BAG v. 27.8.2012 – 2 AZR 955/11, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 74 = NZA 2013, 425; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 97; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 24 ff.

¹¹⁷⁵ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227.



I. Die Interessenabwägung als Kündigungsvoraussetzung

Ist ein Sachverhalt an sich geeignet, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darzustellen, so führt das nicht automatisch zur Wirksamkeit der Kündigung, da § 626 BGB keinen absoluten Kündigungsgrund kennt¹¹⁷⁶. Soll hierauf eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt werden, so ist sie nur wirksam, wenn unter Berücksichtigung aller in Betracht zu ziehender Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung des Beendigungsinteresses des Arbeitgebers mit dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten nicht zugemutet werden können¹¹⁷⁷.

Erforderlich ist hierfür eine unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmende umfassende Güter- und Interessenabwägung¹¹⁷⁸, bei der es nicht auf die subjektive Sicht einer der Vertragsparteien ankommt¹¹⁷⁹. Die Kündigung muss geeignet sein, die Störung des Arbeitsverhältnisses zu beseitigen¹¹⁸⁰; sie muss darüber hinaus erforderlich sein im Sinne des geringstmöglichen Eingriffs¹¹⁸¹. Alle anderen, nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls in Betracht zu ziehenden möglichen und angemessenen Mittel wie beispielsweise Abmahnung, Versetzung, Änderungskündigung oder ordentliche Kündigung sind demnach dem Arbeitgeber nicht zuzumuten¹¹⁸². Die Kündigung muss also im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips ultima ratio des Kündigenden sein¹¹⁸³. Schließlich muss die Kündigung verhältnismäßig im engeren Sinne sein, d. h. der Gebrauch des Mittels der außerordentlichen Kündigung muss zu

¹¹⁷⁶ BAG v. 25.3.1976 – 2AZR 163/75, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 6; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 24.

¹¹⁷⁷ St. Rspr., vgl. bspw. BAG v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 74 = NZA 2013, 425, Rn. 39; BAG v. 27.4.2006 – 2 AZR 415/05, AP § 626 BGB Nr. 203 = NZA 2006, 1033; BAG v. 16.12.2004 – 2 ABR 7/04, AP BGB § 626 Nr. 191; BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 73; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 24 ff.

¹¹⁷⁸ BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 73.

¹¹⁷⁹ Schrader, NJW 2012, 342, 343.

¹¹⁸⁰ ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 25.

¹¹⁸¹ Ebd.

¹¹⁸² Vgl. KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 236 ff.; Tiedemann, ArbRB 2011, 157, 158.

¹¹⁸³ BAG v. 30.5.1978 – 2 AZR 630/76, AP BGB § 626 Nr. 70; BAG v. 19.4.2007 – 2 AZR 180/06, AP BGB § 174 Nr. 20 = NZA-RR 2007, 571, 575; BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 73.

der vorliegenden Störung des Rechtsverhältnisses in einem angemessenen Verhältnis stehen (Mittel-/Zweckrelation)¹¹⁸⁴.

Gleichermaßen bedarf es auch bei Bejahung des objektiven Kündigungsgrunds im Falle einer ordentlichen Kündigung einer umfassenden Interessenabwägung. Während bei der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB eine Abwägung der Interessen ausdrücklich angeordnet wird, sieht der Wortlaut des § 1 KSchG eine derartige Interessenabwägung zwar an sich nicht vor¹¹⁸⁵. Doch nach der ständigen Rechtsprechung des BAG hat auch im Rahmen der ordentlichen verhaltensbedingten¹¹⁸⁶ und personenbedingten¹¹⁸⁷ Kündigung bei der Überprüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG eine Abwägung der gegenseitigen Interessen stattzufinden, um auch hier die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen¹¹⁸⁸.

1. Umstände des Einzelfalls

Gemäß dem Wortlaut des § 626 BGB sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Welche Gesichtspunkte das sind, ist gesetzlich nicht geregelt¹¹⁸⁹ und lässt sich nicht einheitlich für alle denkbaren Fälle beantworten bzw. abschließend festlegen¹¹⁹⁰. Ein allumfassender Katalog der zu berücksichtigenden Umstände lässt sich nicht aufstellen¹¹⁹¹. Regelmäßig sind das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, eine mögliche Wiederholungsgefahr, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier

¹¹⁸⁴ ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 25.

¹¹⁸⁵ BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 84.

¹¹⁸⁶ BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 63/03, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 49 = NZA 2005, 619; BAG v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = NZA 2006, 980;

¹¹⁸⁷ BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 155/93, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 27 = NZA 1994, 67; HaKo/Gallner/Denecke, § 1 KSchG, Rn. 483.

¹¹⁸⁸ BAG v. 20.10.1959 – 3 AZR 279/56, AP KSchG § 1 Nr. 71; BAG v. 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27; APS/Dörner/Vossen, § 1 KSchG, Rn. 80.

¹¹⁸⁹ Vgl. NomosKo ArbR/Bröhl, § 626 BGB, Rn. 85.

¹¹⁹⁰ BAG v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, AP BGB § 626 Nr. 246 = NZA 2011, 1342, Rn. 27; Müller, Teil B, Rn. 583.

¹¹⁹¹ Krefl, S. 225, 234.



Verlauf zu berücksichtigen¹¹⁹². Welche Umstände aber im Einzelfall wesentlich sind, muss anhand der konkreten Vertragspflichtverletzung ermittelt werden¹¹⁹³.

Soweit in der Literatur eine Beschränkung der Umstände auf arbeitsvertragliche Umstände¹¹⁹⁴ bzw. eine Berücksichtigung von ausschließlich arbeitsvertrags- und sachbezogenen Abwägungsgesichtspunkten¹¹⁹⁵ gefordert wird, so ist dem im Grundsatz zuzustimmen. Denn die Interessenabwägung hat als zentralen Anknüpfungspunkt den durch den Arbeitsvertrag vereinbarten Leistungsaustausch samt den bestehenden Nebenpflichten¹¹⁹⁶. Es geht folglich um das Gewicht bzw. die Intensität der Vertragspflichtverletzung¹¹⁹⁷, womit ein gesetzlicher Wertungsrahmen gebildet ist¹¹⁹⁸, der bei einer „unvermittelten und weiten Interessenauslegung“¹¹⁹⁹ – d. h. einer Berücksichtigung von Umständen und Verhaltensweisen, die sich nicht auf das Arbeitsverhältnis auswirken¹²⁰⁰ – möglicherweise überschritten werden würde¹²⁰¹.

Sofern allerdings „nur“ auf vertragsbezogene Umstände abgestellt werden soll und diese insoweit ein Ausschlusskriterium darstellen sollen, führt das in der Praxis unausweichlich zu Abgrenzungsschwierigkeiten, ob ein bestimmter Umstand noch vertragsbezogen ist oder nicht¹²⁰². Daher sind vertragsbezogene Umstände bei der einzelfallbezogenen Gewichtung bzw. Abwägung der Umstände mit Vorrang zu berücksichtigen, entsprechend der Maxime „je geringer der Bezug zum Arbeitsvertrag, desto weniger Gewicht kann dem Umstand bei der Interessenabwägung zukommen“¹²⁰³. So ist beispielsweise der Umstand, dass der betroffene Arbeitnehmer verheiratet ist und zwei kleine Kinder hat bei der Interessenabwägung zwar zu berücksichtigen, doch da dieser

¹¹⁹² BAG v. 10.11.2005 – 2 AZR 623/04, AP Nr. 196 zu § 626 BGB = NZA 2006, 491, Rn. 38.

¹¹⁹³ HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 323.

¹¹⁹⁴ ErfK/Müller-Glöße, § 626 BGB, Rn. 24a.; Preis, Prinzipien, S. 224; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis Rn. 555; APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 111, § 1 KSchG, Rn. 435.

¹¹⁹⁵ HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 323.

¹¹⁹⁶ BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 74.

¹¹⁹⁷ APS/Dörner/Vossen, § 1 KSchG, Rn. 435.

¹¹⁹⁸ BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 74.

¹¹⁹⁹ APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 111.

¹²⁰⁰ Preis, Prinzipien, S. 224.

¹²⁰¹ Vgl. BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 74.

¹²⁰² Ebd.

¹²⁰³ KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 238; BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 74.



Fakt nicht unmittelbar in Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht, kann er bei der Interessenabwägung nur eine untergeordnete Rolle spielen.

2. Abwägungsaspekte

Typischerweise sind im Rahmen der Interessenabwägung die nachstehenden, aus den jeweiligen Umständen bzw. den Interessen der Vertragsparteien folgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen, wobei eine abschließende Aufzählung nicht möglich ist¹²⁰⁴, weil es – wie ausgeführt – auf den jeweiligen Einzelfall ankommt¹²⁰⁵.

Zu berücksichtigen ist die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses¹²⁰⁶. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, wie lange das Arbeitsverhältnis störungsfrei verlaufen ist¹²⁰⁷. Die lange Dauer der Vertragsbeziehung kennzeichnet ein „erfolgreiches“ Rechtsverhältnis, in dem eine Leistung jedenfalls „mittlerer Art und Güte“ erbracht wurde. Andernfalls hätte man sich getrennt. Eine lange Betriebszugehörigkeit ist mithin Indiz einer im Wesentlichen anforderungsentsprechenden „Performance“, die auch ein jetzt im Arbeitsverhältnis aufgetretener Störfall für die Vergangenheit nicht in Zweifel zieht.

Für die Prognose bezüglich eines künftigen Verlaufs des Arbeitsverhältnisses kann demzufolge das aus der langen Zusammenarbeit abgeleitete Indiz der Störungsfreiheit das Gewicht des Störfalls relativieren. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit bzw. deren störungsfreien Verlauf zu berücksichtigen, stellt keine unzulässige mittelbare Altersdiskriminierung jüngerer Arbeitnehmer dar, da zwischen dem Lebensalter und der Dauer des Arbeitsverhältnisses kein zwingender Zusammenhang besteht¹²⁰⁸. Schließlich

¹²⁰⁴ LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.

¹²⁰⁵ BAG v. 27.4.2006 – 2 AZR 415/05, AP § 626 BGB Nr. 203 = NZA 2006, 1033.

¹²⁰⁶ BAG v. 13.12.1984 – 2 AZR 454/83, AP BGB § 626 Nr. 81 = NZA 1985, 1853; BAG v. 10.11.2005 – 2 AZR 623/04, AP Nr. 196 zu § 626 BGB = NZA 2006, 491.

¹²⁰⁷ BAG v. 10.11.2005 – 2 AZR 623/04, AP Nr. 196 zu § 626 BGB = NZA 2006, 491; HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 324.

¹²⁰⁸ BAG v. 7.7.2011 – 2 AZR 355/10, AP BGB § 626 Nr. 237 = NZA 2011, 1412.



kann ein jüngerer Arbeitnehmer bereits über eine längere Betriebszugehörigkeit verfügen, als ein älterer Kollege¹²⁰⁹.

Das Gewicht der Vertragspflichtverletzung sowie die Schwere des Verschuldens sind im Rahmen der Interessenabwägung ebenfalls zu berücksichtigen¹²¹⁰. Denn für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist, spielt die Intensität der Pflichtverletzung eine maßgebliche Rolle¹²¹¹. Dabei ist zu prüfen, ob hier ein beharrlicher¹²¹² oder häufig auftretender Verstoß vorliegt¹²¹³. Von Relevanz ist ebenfalls, welche Nachteile - insbesondere wirtschaftliche Auswirkungen bzw. die Höhe des angerichteten Schadens¹²¹⁴ - im Bereich des Arbeitgebers in Folge der Störung eingetreten sind¹²¹⁵. Auch kann eine Beeinträchtigung des Ansehens des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit¹²¹⁶ eingetreten sein. Hier ist insbesondere das Interesse des Arbeitgebers an einem störungsfreien Betriebs- und Arbeitsablauf sowie an der Wahrung seiner Vermögens- und Eigentumsrechte von Bedeutung¹²¹⁷. Ebenso sind die Auswirkungen einer fortgehenden Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen¹²¹⁸. Das dürfte sich insbesondere bei schweren Pflichtverstößen im Rahmen der Abwägung nachteilig für den Arbeitnehmer auswirken.

Auf der anderen Seite sind etwaige Bemühungen des Arbeitnehmers, den eingetretenen Schaden wieder gut zu machen, gleichermaßen zu würdigen¹²¹⁹. Denn dadurch wird ein gewisses „Einsehen“ des Fehlers mit einer damit offensichtlich verbundenen Reue des Arbeitnehmers deutlich, was für die Prognose des zukünftigen Verlaufs des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben kann.

¹²⁰⁹ Vgl. Müller, Teil B, Rn. 585.

¹²¹⁰ BAG v. 25.4.1991 – 2 AZR 624/90, AP BGB § 626 Nr. 104 = NZA, 1992, 212; HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 325.

¹²¹¹ HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 325.

¹²¹² BAG v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 74 = NZA 2013, 425; BAG. 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, AP BGB § 626 Nr. 151 = NZA 1999, 863.

¹²¹³ HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 325.

¹²¹⁴ APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 104; Schlachter, NZA 2005, 433, 435.

¹²¹⁵ HaKo/Gieseler, § 626 BGB, Rn. 95.

¹²¹⁶ Tschöpe, BB 2002, 778, 780.

¹²¹⁷ Howald, ArbRAktuell 2013, 195; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 240.

¹²¹⁸ HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 325.

¹²¹⁹ BAG v. 27.4.2006 – 2 AZR 415/05, AP § 626 BGB Nr. 203 = NZA 2006, 1033; HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 324.



Auch die Gefahr einer möglichen Wiederholung ist bei der Abwägung zu berücksichtigen¹²²⁰. Hier ist zu prüfen, ob und inwieweit der Arbeitgeber möglichen künftigen Pflichtverletzungen des Klägers bereits im Vorfeld wirksam begegnen kann, etwa indem durch entsprechende Weisung die bisher nicht eindeutigen Befugnisse und Grenzen des Arbeitnehmers aus dem zu Grunde liegenden Arbeitsvertrag klargestellt werden¹²²¹. Es kann wesentlich sein, ob das hier gezeigte Verhalten des Arbeitnehmers bereits ausdrücklich verboten war¹²²².

Auch die Motivation oder die besondere Verwerflichkeit des entsprechenden Handelns des Arbeitnehmers ist zu berücksichtigen¹²²³. Es kann des Weiteren von Belang sein, ob der Mitarbeiter bei der Begehung der Pflichtverletzung seine Stellung im Betrieb und das ihm entgegengebrachte Vertrauen bewusst missbraucht hat¹²²⁴. Schließlich kann ein hinterhältiges, rücksichtsloses und ausschließlich an eigenen Interessen orientiertes Vorgehen zu einer besonders nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses führen, was dann für die Prognose des zukünftigen Verlaufs des Arbeitsverhältnisses mitentscheidend sein wird.

Sofern sich der Arbeitnehmer auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe beruft, sind auch diese zu berücksichtigen¹²²⁵. So ist ein vermeidbarer Verbotsirrtum geeignet, den Vorwurf des Verschuldens zu entkräften bzw. zu relativieren¹²²⁶. Ob ein vermeidbarer oder ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gegeben ist, richtet sich danach, ob und inwieweit dem Arbeitnehmer ein Vorwurf der Fahrlässigkeit zu machen ist¹²²⁷. Täuscht ein Arbeitnehmer beispielsweise fiktive Reisezeiten als tatsächlich geleistet vor, verletzt er rechtswidrig und schuldhaft dann seine Vertragspflichten, wenn die Reisekostenregelung im Betrieb vorsieht, dass nur tatsächlich geleistete Reisezeiten als Arbeitszeiten geltend gemacht werden können und eine Zusage der Vergütung fiktiver

¹²²⁰ BAG v. 10.11.2005 – 2 AZR 623/04, AP Nr. 196 zu § 626 BGB = NZA 2006, 491; BeckOK AR/Stoffels, § 626 BGB, Rn. 76; NomosKo ArbR/Bröhl, § 626 BGB, Rn. 88.

¹²²¹ BAG v. 10.11.2005 – 2 AZR 623/04, AP Nr. 196 zu § 626 BGB = NZA 2006, 491.

¹²²² BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421; Grimm/Windeln, ArbRB 2009, 374, 375.

¹²²³ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 555.

¹²²⁴ Grimm/Windeln, ArbRB 2009, 374, 375.

¹²²⁵ Howald, ArbRAktuell 2013, 195.

¹²²⁶ BAG v. 14.2.1996 – 2AZR 274/95, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 26 = NZA 1996, 873; Vgl. hierzu Müller, Teil B, Rn. 616 ff.

¹²²⁷ Müller, Teil B, Rn. 618.



Reisekosten nicht erfolgt war¹²²⁸. Sofern dem Arbeitnehmer hier aber nicht widerlegt werden kann, dass er annahm, fiktive Reisezeitvergütungen abrechnen zu dürfen, liegt „nur“ eine fahrlässige Pflichtverletzung vor. Das ist bei der Interessenabwägung genauso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass nach entsprechender Klarstellung das Risiko zukünftiger ähnlicher Pflichtverletzungen gering und bei Verzicht des Arbeitgebers auf Anordnung von weiteren Dienstreisen praktisch auszuschließen ist¹²²⁹.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist damit auch ein etwaiges Mitverschulden des Arbeitgebers an der Entstehung der Pflichtverletzung zu berücksichtigen¹²³⁰. Beispielsweise kann ein Mitverschulden vorliegen, wenn keine klaren Weisungen zur Verwendung von Waren mit abgelaufenem Verwendbarkeitsdatum oder Ausschussware erteilt werden¹²³¹.

Weiter können personenbezogene Umstände für die Interessenabwägung bedeutend sein¹²³². Auch wenn Familienstand und Unterhaltspflichten der Privatsphäre des Arbeitnehmers zuzurechnen sind und keinen unmittelbaren Bezug zum Vertragsverhältnis haben, können diese nämlich das Gewicht des Arbeitnehmerinteresses am Erhalt des Arbeitsplatzes beeinflussen¹²³³. Insoweit sind sie bei der Interessenabwägung generell nicht auszuschließen, doch haben sie auf Grund ihres geringen Bezugs zum Arbeitsverhältnis nur eine untergeordnete Bedeutung¹²³⁴. Dem Lebensalter¹²³⁵ und der damit zusammenhängenden Chance der Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt¹²³⁶ braucht keine entscheidende Bedeutung zugerechnet werden, sofern sie in keiner erkennbaren Beziehung zur Pflichtverletzung und damit zum Kündigungsvorwurf stehen¹²³⁷.

¹²²⁸ LAG Niedersachsen v. 15.6.2004 – 13 Sa 1681/03, NZA-RR 2004, 574.

¹²²⁹ Ebd.

¹²³⁰ Vgl. BAG v. 20.1.1994 – 2 AZR 521/93, AP BGB § 626 Nr. 115 = NZA 1994, 548; HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 324.

¹²³¹ Vgl. LAG Hessen v. 2.3.2006 – 5-11 Sa 764/05, BeckRS 2009, 55840.

¹²³² Vgl. HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 324.

¹²³³ BAG v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 74 = NZA 2013, 425, Rn. 38; Müller, Teil B, Rn. 624.

¹²³⁴ NomosKo ArbR/Bröhl, § 626 BGB, Rn. 89.

¹²³⁵ BAG v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = NZA 2006, 980; a. A. Preis, Prinzipien, S. 232; APS/Dörner/Vossen, § 1 KSchG, Rn. 184 und 437.

¹²³⁶ BAG v. 13.12.2007 – 2 AZR 818/06, NZA 2008, 589.

¹²³⁷ BAG v. 27.4.2006 – 2 AZR 415/05, AP § 626 BGB Nr. 203 = NZA 2006, 1033, 1034.



II. Besonderheiten bei der Verdachtskündigung

Sowohl bei einer außerordentlichen¹²³⁸ als auch bei einer ordentlichen Verdachtskündigung bedarf es einer solchen Interessenabwägung. Während sie bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung nach § 626 Abs. 1 BGB nach Bejahung eines wichtigen Grundes vorzunehmen ist, muss sie bei der ordentlichen Verdachtskündigung im Rahmen der Überprüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG durchgeführt werden. Wie bereits dargestellt¹²³⁹, bedarf es für eine ordentliche Verdachtskündigung einer Interessenabwägung mit dem Ergebnis, dass der Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers sogar eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würde. Nur unter dieser Voraussetzung ist dem BAG zufolge die ordentliche Kündigung schon bei bloßem Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens möglich¹²⁴⁰.

Bei der Interessenabwägung sind auch bei der Rechtsfigur der Verdachtskündigung alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sowie das Beendigungsinteresse des Arbeitnehmers gegen das Bestandsinteresse des Arbeitgebers abzuwägen¹²⁴¹. Auch hier bedarf es einer Prüfung, ob mildere Mittel in Betracht kommen. Zu denken ist hier insbesondere an eine Abmahnung. Doch stellt sich dann die Frage, ob eine Abmahnung als milderes und damit verhältnismäßigeres Mittel gegenüber einer Verdachtskündigung überhaupt in Betracht zu ziehen ist bzw. Sinn macht¹²⁴².

1. Abmahnungserfordernis bei der Verdachtskündigung?

Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung knüpft – wie ausgeführt – an ein dem Arbeitsverhältnis zu Grunde liegendes Vertrauensverhältnis zwischen den Arbeitsver-

¹²³⁸ BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65.

¹²³⁹ Vgl. Teil B. V.

¹²⁴⁰ BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243.

¹²⁴¹ Vgl. LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.

¹²⁴² Eylert, NZA-RR 2014, 393, 405.



tragsparteien an. So kommt sie zur Anwendung, wenn der im Raum stehende dringende Tatverdacht einer schweren Pflichtverletzung oder gar einer Straftat zu einem Vertrauensverlust führt, der dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar macht. Die Störung liegt hier folglich im Vertrauensbereich. Wie dargestellt¹²⁴³, muss auch bei Störungen im Vertrauensbereich vor dem Ausspruch einer (fristlosen) Kündigung in der Regel eine Abmahnung vorausgehen, ehe im Wiederholungsfall das Arbeitsverhältnis wirksam durch Kündigung beendet werden kann¹²⁴⁴. Insofern liegt zunächst der Schluss nahe, dass vor Ausspruch einer Verdachtskündigung ebenfalls zunächst abzumahnern sei.

Fraglich ist allerdings, ob bei der Konstellation der Verdachtskündigung die Abmahnung als milderes Mittel überhaupt in Betracht kommt. Denn die Abmahnung kann das durch den Verdacht verlorengegangene „objektive“ Vertrauen nicht wiederherstellen. Insofern stellt sie keine taugliche Alternative zur Kündigung dar. Vielmehr liegen vor dem Hintergrund, dass bei einer Verdachtskündigung derart schwere und erkennbar nicht hinnehmbare Pflichtverletzungen oder gar Straftaten im Raum stehen, regelmäßig eben solche besonderen Umstände vor, die die Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB entbehrlich machen¹²⁴⁵. Insoweit greift bei der Verdachtskündigung eine Ausnahme vom Abmahnungserfordernis. Zu einer solchen Ausnahme darf es jedoch nur kommen, wenn das Gläubigerrecht auf ordnungsgemäße Vertragsdurchführung so beschädigt ist, dass eine weitere Vertragsbeziehung unzumutbar ist. Dieser vermeintliche Widerspruch ist systematisch angelegt und bleibt logisch unauflösbar.

2. Abwägungsaspekte bei der Verdachtskündigung

Auch hier kommen in der Regel die bereits dargestellten Umstände in Betracht. Beachtet werden muss bei einer Verdachtskündigung jedoch zudem, dass sie meist

¹²⁴³ Vgl. Teil B. I. 3.

¹²⁴⁴ BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP BGB § 626 Nr. 137 = NZA 1997, 1281, 1283; BAG v. 21.6.2001 – 2 AZR 30/00, NZA 2002, 232 = BeckRS 2001, 41724; LAG Schleswig-Holstein v. 10.1.2006 – 5 Sa 306/05, BeckRS 2006, 40827; LAG Saarland v. 12.9.2012 – 2 Sa 7/12, BeckRS 2013, 67834; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB, Rn. 27.

¹²⁴⁵ Eylert, NZA-RR 2014, 393, 405; Lembke, RdA 2013, 82, 90; Stoffels, S. 37, 48; Von Steinau-Steinrück/Glanz, NJW-Spezial 2008, 274.



ähnlich diskriminierend wirkt wie eine Sanktion, dass dadurch für den Arbeitnehmer also nicht nur die derzeitige Lebensgrundlage entzogen wird, sondern auch die Erlangung eines neuen Arbeitsplatzes erschwert sein kann¹²⁴⁶.

Auf der anderen Seite kann aber der durch den Verdacht entstandene Vertrauensverlust für ein Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen¹²⁴⁷. Hier spielen das Gewicht des Verdachts sowie das „gegebene Maß der Beschädigung des Vertrauens“¹²⁴⁸ eine zentrale Rolle. Dabei können die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb von Relevanz sein¹²⁴⁹. Auch kann eine besondere Vertrauensstellung oder die Erwartung, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ein Gefahrenpotenzial darstellt, von Bedeutung sein¹²⁵⁰. Für den Arbeitnehmer können der bisher ungestörte Verlauf des Arbeitsverhältnisses und ein ggf. bislang tadelloses dienstliches Verhalten sprechen¹²⁵¹. Allerdings kann eine lange Betriebszugehörigkeit nicht ausschließlich zu Gunsten des Arbeitnehmers wirken, sondern kann gewichtungsneutral sein: wenn nämlich der Arbeitgeber dem Mitarbeiter über einen langen Zeitraum Vertrauen entgegen gebracht hat und damit die Zerstörung des Vertrauens besonders schwer wiegt¹²⁵². Das LAG Nürnberg¹²⁵³ hat ausgeführt, dass bei Untätigkeit des Arbeitgebers trotz entsprechender Verdachtsmomente gegen einen Arbeitnehmer aus Sicht des Arbeitgebers eine Gefahr der Nachahmung durch andere Arbeitnehmer bestehe, was das Auflösungsinteresse des Arbeitgebers zusätzlich steigere. Der Umfang der zukünftig zu befürchtenden Schäden werde also nicht notwendigerweise durch den vergangenen Schaden begrenzt. Maßgebend sei die objektiv zum Kündigungszeitpunkt bestehende Gefahr.

¹²⁴⁶ BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 = SAE 1965, 65.

¹²⁴⁷ Vgl. NomosKo ArbR/Bröhl, § 626 BGB, Rn. 91.

¹²⁴⁸ LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.

¹²⁴⁹ Hahn, S.119.

¹²⁵⁰ APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 359.

¹²⁵¹ Hahn, S. 119.

¹²⁵² LAG Nürnberg v. 16.10.2007 – 7 Sa 182/07, BeckRS 2007, 48823.

¹²⁵³ Ebd.



III. „Vertrauenkapital“ langjähriger Beschäftigter

Im Rahmen der Interessenabwägung stellt die Dauer der Betriebszugehörigkeit des betroffenen Arbeitnehmers regelmäßig – wie auch gerade gesehen – einen zu berücksichtigenden Umstand dar. Dass eine langjährige Beschäftigungsdauer aber dazu führen kann, dass der betroffene Mitarbeiter einen „Vertrauensvorrat“ bzw. ein „Vertrauenkapital“ erworben und man bei der Interessenabwägung entsprechend zu prüfen hat, ob durch die nun aufgetretene Pflichtverletzung dieser Vorrat bzw. dieses Kapital „aufgebraucht“ worden ist, war in dieser Form bisher noch nicht berücksichtigt und wurde erst durch die „Emmely“-Entscheidung des BAG konkretisiert¹²⁵⁴.

Hier ist zunächst zu klären, ob und inwieweit das BAG mit der „Emmely“-Entscheidung von seiner bisherigen Rechtsprechung zu den sog. Bagatellkündigungen abweicht und sich in dieser Entscheidung auch der Kritik an seiner bisherigen Rechtsprechung zu Bagatelldelikten stellt. Weiterhin bedarf es im Nachgang zu dieser Entscheidung einer Betrachtung, wie ein derartiges „Vertrauenkapital“ überhaupt entstehen bzw. auch nicht entstehen oder sogar reduziert werden kann und welche Folgen die Annahme eines „Vertrauenkapitals“ auf den Anspruch des Arbeitnehmers hat, eine Abmahnung nach bloßen Zeitablauf aus seiner Personalakte entfernen zu lassen.

1. Die „Emmely“-Entscheidung des BAG

Der Fall der Barbara Emme („Emmely“) hat wie kaum ein anderes arbeitsgerichtliches Verfahren die Gemüter in Wallung versetzt¹²⁵⁵. Bereits die Entscheidungen der Instanzgerichte hatten großes mediales Echo nach sich gezogen, nicht zuletzt auch durch die öffentliche Kommentierung des klageabweisenden Urteils des LAG Berlin-Brandenburg durch *Wolfgang Thierse*, den damaligen Vizepräsidenten des Deutschen

¹²⁵⁴ Vgl. Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

¹²⁵⁵ Stoffels, NJW 2011, 118.



Bundestages, der von einem „*barbarischen Urteil von asozialer Qualität*“¹²⁵⁶ sprach. Die Entscheidung des BAG war insoweit mit Spannung erwartet worden¹²⁵⁷, insbesondere vor der Frage, ob das BAG seiner bisherigen Linie in derartigen Fällen treu bleibt oder ob es hier zu einem Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung kommt.

a) Rechtsprechung des BAG zu sog. Bagatellkündigungen

Das BAG hatte sich bereits vor „Emmely“ in mehreren Entscheidungen mit den sog. Bagatellkündigungen bzw. Bagatelldelikten, d. h. mit Vermögens- und Eigentumsdelikten zum Nachteil des Arbeitgebers im Geringfügigkeitsbereich¹²⁵⁸, zu befassen. In dem sog. Bienenstich-Fall, in dem eine Büfettkraft ein Stück Bienenstichkuchen ohne Einwilligung aus dem Kuchenangebot genommen und verzehrt hatte, hatte das BAG festgestellt, dass auch die rechtswidrige und schuldhafte Entwendung einer im Eigentum des Arbeitgebers stehenden Sache von geringem Wert einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen könne¹²⁵⁹. Ob ein derartiges Verhalten letztlich ausreiche, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, sei erst in einer zweiten Stufe im Rahmen einer gesonderten Interessenabwägung zu prüfen, die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen sei¹²⁶⁰.

Als dabei zu berücksichtigendes relevantes Kriterium benannte das BAG beispielhaft die Frage, ob die entwendete Sache dem Arbeitnehmer zur Obhut anvertraut war¹²⁶¹. Das BAG ordnete die Störung dabei klar dem Vertrauensbereich zu. Denn auch wenn dem Arbeitgeber durch die Handlung ein Vermögensschaden zugefügt worden war, so richte sich der Vorwurf gegen den Arbeitnehmer weniger gegen die eingetretene

¹²⁵⁶ Zylka, B.Z. vom 26.2.2009, <http://www.berliner-zeitung.de/archiv/-barbarisches-urteil--fall-emmely-empoert-thierse,10810590,10622942.html>.

¹²⁵⁷ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

¹²⁵⁸ Vgl. Hold/Kleinsorge, NWB 2010, 3190; Ferme, AuA 2011, 80, 81.

¹²⁵⁹ BAG v. 17.5.1984 – 2 AZR 3/83, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlungen Nr. 14 = NZA 1985, 91.

¹²⁶⁰ Ebd.

¹²⁶¹ Rieth, HFR 2011, 1, 5.



Schadenszufügung als vielmehr gegen den Vertrauensbruch, der infolge des Eingriffes in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum eingetreten war¹²⁶².

In weiteren Fällen hatte das BAG diese Rechtsprechung fortgeführt. So hielt das BAG die Kündigung eines ICE-Stewards ohne vorherige Abmahnung für wirksam, bei dem nach Feierabend im Rahmen einer Taschenkontrolle drei Kaffeebecher, zwei Packungen Schinken und ein Liter Pflanzenöl im Gesamtwert von seinerzeit 19,97 DM gefunden worden waren¹²⁶³. Schließlich beinhaltet die arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers zur Loyalität zum einen, auf die berechtigten Interessen des Vertragspartners gemäß § 241 Abs. 2 BGB Rücksicht zu nehmen, zum anderen aber auch das Verbot, den Arbeitgeber mit Vorsatz zu schädigen. Durch die Eigentumsverletzung werde, unabhängig vom Wert des betroffenen Gegenstands, dieses Vertrauen in erheblicher Weise gebrochen¹²⁶⁴. Der Umfang des dem Arbeitgeber zugefügten Schadens könne vor allem im Hinblick auf die Stellung des Arbeitnehmers, die Art des entwendeten Guts und die besonderen Verhältnisse des Betriebs unterschiedliches Gewicht für die Beurteilung der Zumutbarkeit des Pflichtverstoßes aufweisen¹²⁶⁵. Objektive Kriterien für eine allein am Wert des entwendeten Gegenstands ausgerichtete Abgrenzung in ein für eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich geeignetes und ein nicht geeignetes Verhalten würden sich daher nicht aufstellen lassen¹²⁶⁶.

Auch im Fall einer Arbeitnehmerin, die 62 Minifläschchen Schnaps („Gräfs, Kümmerling, Kobold“) und zwei angebrochene Rollen Küchenkrepp ohne Berechtigung mitgenommen hatte, die allesamt unverkäuflich waren und damit letztlich keinen Wert hatten, sodass kein geldwerter Schaden beim Arbeitgeber eingetreten war, war die fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung wirksam¹²⁶⁷. Ein Arbeitnehmer in einem Warenhausbetrieb müsse nämlich normalerweise davon ausgehen, dass er mit

¹²⁶² Tschöpe, NZA 1985, 588, 589.

¹²⁶³ BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421.

¹²⁶⁴ BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421, 424; So auch LAG Rheinland-Pfalz v. 30.1.2009 – 9 Sa 485/08, NZA-RR2009, 303; Schrader/Straube, ArbRAktuell 2009, 7; Roos, dbr 2011, 22, 23.

¹²⁶⁵ BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28 = NZA 2000, 421, 424.

¹²⁶⁶ Ebd.

¹²⁶⁷ BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03, AP BGB § 626 Nr. 179 = NZA 2004, 486.



einem Diebstahl oder einer Unterschlagung auch geringwertiger Sachen im Betrieb seines Arbeitgebers seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setze, so dass eine Abmahnung bei einem derartigen Fehlverhalten in der Regel nicht erforderlich sei¹²⁶⁸.

Es bleibt folglich festzuhalten, dass rechtswidrige Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, unabhängig vom Wert des Tatobjekts und der Höhe des beim Arbeitgeber eingetretenen Schadens für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 626 Abs. 1 BGB in Betracht kommen¹²⁶⁹. Eine sog. „Bagatellgrenze“¹²⁷⁰, d. h. eine wertmäßige Untergrenze, unterhalb derer eine Kündigung grundsätzlich nicht in Betracht gezogen werden darf, gibt es nicht¹²⁷¹. Allerdings ist für die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung neben dem Vorliegen eines wichtigen Grundes auch die auf zweiter Stufe vorzunehmende umfassende Interessenabwägung erforderlich¹²⁷².

Diese Rechtsprechung des BAG war vielfach kritisiert worden¹²⁷³. Das hier offenbar zur Anwendung kommende „absolute Null-Toleranz-Prinzip“¹²⁷⁴ sei weder mit dem im Kündigungsrecht anzuwendenden Prognoseprinzip noch mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit vereinbar. Unter konsequenter Anwendung dieser Grundsätze hätte man sich nämlich bei den dargestellten Sachverhalten die Frage stellen müssen, ob nicht eine Abmahnung dazu geführt hätte, dass beispielsweise im Bienenstich-Fall die Mitarbeiterin den unberechtigten Verzehr von Lebensmitteln des Arbeitgebers künftig unterlassen würde¹²⁷⁵. Insoweit könne eine hinreichend negative Prognose erst dann angenommen werden, wenn die Mitarbeiterin trotz der Abmahnung ihr Verhalten nicht ändere¹²⁷⁶. Weiter sei zweifelhaft, ob ein Fehlverhalten im Bagatellbereich das grundsätzliche Vertrauensverhältnis wirklich zerstöre¹²⁷⁷. Zudem könnten auch im Arbeitsrecht

¹²⁶⁸ BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03, AP BGB § 626 Nr. 179 = NZA 2004, 486; Vgl. Stoffels, NJW 2011, 118, 120.

¹²⁶⁹ Krefl, S. 225, 230.

¹²⁷⁰ Berger, S. 41, 48.

¹²⁷¹ Eckert, BC 2010, 26.

¹²⁷² Vgl. hierzu Teil D. I.

¹²⁷³ Vgl. Klueß, NZA 2009, 337; Preis, AuR 2010, 186 ff. und 242 ff.; Bartels, RdA 2010, 109, jeweils mit Nachweisen früherer Kritik. Daneben Zypries, ZRP 2010, 29.

¹²⁷⁴ Klueß, NZA 2009, 337, 339.

¹²⁷⁵ Preis, AuR 2010, 242, 245.

¹²⁷⁶ Ebd.

¹²⁷⁷ Zypries, ZRP 2010, 29.



Entwicklungen in anderen Rechtsbereichen und deren ausdrückliche Billigung durch den Gesetzgeber nicht unberücksichtigt bleiben, so dass in Anlehnung an die im Strafrecht gemäß § 248a StGB geltende Geringfügigkeitsgrenze eine solche auch im Arbeitsrecht anwendbar sein müsse¹²⁷⁸. Weiter zeige sich im Vergleich zur ordentlichen Gerichtsbarkeit bzw. Verwaltungsgerichtsbarkeit, dass Vorstände, Geschäftsführer sowie Beamte und Soldaten nicht befürchten müssten, bei einem erstmaligen Vermögensdelikt im Geringfügigkeitsbereich ihre Erwerbsgrundlage zu verlieren¹²⁷⁹.

b) Grundsätze der „Emmely“-Entscheidung

Das BAG hielt auch bei der „Emmely“-Entscheidung an seiner ständigen Rechtsprechung¹²⁸⁰ bezüglich der sog. Zwei-Stufen-Theorie fest¹²⁸¹. Danach sei im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles „an sich“, d. h. typischerweise, als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung geeignet ist¹²⁸². Dabei stellte der Senat bei dieser Gelegenheit abermals klar, dass es keine „absoluten Kündigungsgründe“ gebe¹²⁸³. Sodann sei im zweiten Schritt zu prüfen, ob die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar sei oder nicht¹²⁸⁴. Insoweit betrat das BAG mit der „Emmely“-Entscheidung kein „dogmatisches Neuland“¹²⁸⁵.

Gleichermaßen blieb das BAG seiner bisherigen Linie treu und setzte seine bisherige Rechtsprechung fort¹²⁸⁶, der zufolge rechtswidrige und vorsätzliche gegen das

¹²⁷⁸ Klueß, NZA 2009, 337, 343; a. A. Reuter, NZA 2009, 594.

¹²⁷⁹ Vgl. Roos, dbr 2011, 22, 23; Klueß, NZA 2009, 337, 342; a. A. Reuter, NZA 2009, 594, 595.

¹²⁸⁰ Vgl. BAG v. 26.3.2009 – 2 AZR 953/07, AP BGB § 626 Nr. 220 = NZA-RR 2010, 516, Rn. 21 mit weiteren Nachweisen.

¹²⁸¹ Vgl. Stoffels, NJW 2011, 118, 120; Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB; Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; Rieth, HFR 2011, 1, 14.

¹²⁸² BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 16.

¹²⁸³ Ebd.

¹²⁸⁴ Ebd.

¹²⁸⁵ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

¹²⁸⁶ Stoffels, NJW 2011, 118, 120.



Vermögen des Arbeitgebers gerichtete Handlungen, die der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit begehe, zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB verletzen¹²⁸⁷. Dies sei unabhängig davon, wie hoch der Wert des Tatobjekts und welcher konkrete wirtschaftliche Schaden auf Seiten des Arbeitgebers mit ihm verbunden sei¹²⁸⁸.

In Bezug auf die von Kritikern der bisherigen Rechtsprechung geforderte Einführung einer wertmäßigen Bagatellgrenze, unterhalb derer eine außerordentliche Kündigung schlechthin ausgeschlossen bzw. diese nicht ohne vorherige, auf ein gleichartiges Verhalten gerichtete Abmahnung möglich sein sollte, erteilte das BAG der Festlegung von wertmäßigen Relevanzschwellen eine klare Absage¹²⁸⁹. Wenn der Arbeitnehmer durch seine Handlung die Integrität von Eigentum und Vermögen des Arbeitgebers vorsätzlich und rechtswidrig verletzt habe, so trete die ausgelöste „Erschütterung“ der für das Arbeitsverhältnis notwendigen Vertrauensgrundlage unabhängig davon ein, welcher konkrete wirtschaftliche Schaden dem Arbeitgeber dadurch entstanden sei¹²⁹⁰. Eine Wertgrenze sei mit dem offen gestalteten Tatbestand des § 626 Abs. 1 BGB nicht vereinbar¹²⁹¹. Schließlich gelte im Kündigungsrecht das Prognoseprinzip und eben gerade nicht das Sanktionsprinzip¹²⁹².

Demnach sei für die arbeitsrechtliche und damit kündigungsrechtliche Beurteilung weder die strafrechtliche noch die sachenrechtliche Bewertung oder gar eine disziplinarrechtliche Wertung maßgebend, da es vielmehr einzig und allein auf den Verstoß gegen die Haupt- oder Nebenpflichten des Arbeitsvertrags und den damit verbundenen Vertrauensbruch ankomme¹²⁹³. Insofern könne auch eine nicht strafbare, aber dennoch erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen.

¹²⁸⁷ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 26.

¹²⁸⁸ Ebd.

¹²⁸⁹ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 27.

¹²⁹⁰ Ebd.

¹²⁹¹ Ebd.

¹²⁹² BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 28.

¹²⁹³ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; Berger, S. 41, 49.



In Bezug auf die zweite Stufe und die hier durchzuführende Zumutbarkeitsbeurteilung gemäß § 626 Abs. 1 BGB stellte das BAG zunächst klar, dass es von erheblicher Bedeutung sein könne, ob der Arbeitnehmer bereits geraume Zeit in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne vergleichbare Pflichtverletzungen begangen zu haben¹²⁹⁴. Der Senat führte aus, dass eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht notwendigerweise schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört werde¹²⁹⁵. Denn *„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. Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat. Maßgeblich ist, ob er es aus der 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“*¹²⁹⁶.

Im Rahmen der Gewichtung der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreien Verlaufs soll dem BAG zufolge zu prüfen sein, über welchen Zeitraum ein Arbeitnehmer beanstandungsfrei und loyal gearbeitet habe und ob die infolgedessen entstandene ungestörte Vertrauensbeziehung nichtsdestotrotz durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiderruflich zerstört worden sei¹²⁹⁷. Das BAG hob im Rahmen seiner Entscheidung des Weiteren hervor, dass im Rahmen der Interessenabwägung neben der Dauer der Vertragsbeziehung bzw. der Betriebszugehörigkeit auch die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung – gerade im Hinblick auf das Maß einer durch sie bewirkten Vertrauenseinbuße und ihre wirtschaftlichen Folgen –, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie eine mögliche Wiederholungs-

¹²⁹⁴ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47; BAG v. 13.12.1984 – 2 AZR 454/83, AP BGB § 626 Nr. 81 = NZA 1985, 1853.

¹²⁹⁵ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47.

¹²⁹⁶ Ebd.

¹²⁹⁷ Schrader/Dohnke, NZA 2012, 617.

gefahr zu berücksichtigen seien¹²⁹⁸. Insoweit stellt auch eine langjährige beanstandungsfreie Beschäftigung keinen Freibrief dar, sondern nur ein Element im Rahmen der Interessenabwägung¹²⁹⁹.

Im konkreten Fall habe „Emmely“ über dreißig Jahre lange eine beanstandungsfreie Tätigkeit für ihren Arbeitgeber ausgeführt und dabei durchweg Loyalität gezeigt¹³⁰⁰. Das in dieser Zeit erworbene Maß an Vertrauen in die Korrektheit der Erfüllung ihrer Aufgaben und die Achtung der Vermögensinteressen ihres Arbeitgebers sei entsprechend hoch zu gewichten¹³⁰¹. Demgegenüber sei der auf der Arbeitgeberseite entstandene Nachteil wirtschaftlich geringfügig. Insofern sei der erworbene „Vertrauensvorrat“ durch die Pflichtverletzung nicht vollständig aufgezehrt¹³⁰². Die Weiterbeschäftigung sei für den Arbeitgeber daher nicht unzumutbar. Objektiv sei das Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Arbeitnehmerin nicht derart erschüttert, dass dessen vollständige Wiederherstellung und ein künftig erneut ohne Störungen verlaufendes Miteinander der Parteien nicht in Frage kommen würden¹³⁰³.

Letztlich hat das BAG in der „Emmely“-Entscheidung also klargestellt, dass nicht pauschal von einem gänzlichen Vertrauensverlust ausgegangen werden darf, sondern es auf die Interessenabwägung ankommt¹³⁰⁴.

c) Bewertung

Die ausdrückliche Absage des BAG an geforderte Geringwertigkeitsgrenzen im Arbeitsrecht ist gerechtfertigt¹³⁰⁵. Denn soweit von der Kritik unter Bezug auf § 248a StGB eine vergleichbare Geringwertigkeitsgrenze im Kündigungsrecht gefordert wird,

¹²⁹⁸ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 34; Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB; Stoffels, NJW 2011, 118, 122.

¹²⁹⁹ Deinert, PR 2011, 1.

¹³⁰⁰ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 48.

¹³⁰¹ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 50.

¹³⁰² Ebd.

¹³⁰³ Ebd.

¹³⁰⁴ Pawlak/Geißler, öAT 2011, 270.

¹³⁰⁵ Brors, S. 197, 203, 204.



muss dem entgegen gehalten werden, dass ein solcher Vergleich aus mehreren Gründen „hinkt“.

Zum einen besagt der § 248a StGB eben gerade nicht, dass der Diebstahl oder die Unterschlagung geringwertiger Sachen strafrechtlich irrelevant seien und infolgedessen keinerlei staatliche Sanktionen zur Folge haben könnten¹³⁰⁶. Vielmehr hat § 248a StGB als reine Verfahrensnorm lediglich zum Inhalt, dass eine Strafverfolgung in derartigen Fällen nur auf Antrag des Verletzten erfolgt oder dann, wenn hieran ein besonderes öffentliches Interesse besteht¹³⁰⁷. Es geht folglich beim § 248a StGB ausschließlich um die Grenze, jenseits derer der Staat von Amts wegen Sanktionen vorzunehmen hat¹³⁰⁸. Der Norm liegt eine gesetzgeberische Einschätzung zu Grunde, bis zu welcher Wert- und damit Bagatellgrenze die Strafverfolgungsbehörden nicht um jeden Preis einschreiten müssen, um den staatlichen Strafanspruch umzusetzen¹³⁰⁹. Straffreie geringwertige Vermögensdelikte sieht das StGB aber gerade nicht vor¹³¹⁰. Auch das Entwenden nur geringwertiger Sachen des Arbeitgebers stellt eine Straftat dar¹³¹¹.

Zum anderen hat das Strafrecht einen anderen Blickwinkel als das Arbeitsrecht. Während das Strafrecht den Sanktionscharakter in den Vordergrund stellt und damit vergangenes Verhalten sanktioniert wird, erfolgt die Kündigung gerade nicht als Sanktion, sondern es geht dabei allein um die Prognose, ob eine künftige Zusammenarbeit noch möglich ist¹³¹².

Soweit ein Vergleich mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und den dort getroffenen Entscheidungen gezogen wird, muss dem entgegen gehalten werden, dass auch das Beamtenrecht wegen eines anderen Rechtscharakters nicht übertragbar ist. Denn im Gegensatz zum Arbeitsrecht steht auch dort der Sanktionscharakter im Vordergrund¹³¹³.

¹³⁰⁶ Reuter, NZA 2009, 594.

¹³⁰⁷ Vgl. Reuter, NZA 2009, 594; Krefz, S. 225, 231.

¹³⁰⁸ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 28; Krefz, S. 225, 231.

¹³⁰⁹ Berger, S. 41, 50; Keiser, JR 2010, 55, 58; Walker, NZA 2009, 921, 925; Schlachter, NZA 2005, 433, 435.

¹³¹⁰ Reuter, NZA 2009, 594.

¹³¹¹ Grimm/Windeln, ArbRB 2009, 374, 376.

¹³¹² Vgl. Reuter, NZA 2009, 594; Krefz, S. 225, 231.

¹³¹³ Reuter, NZA 2009, 594, 595.

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit steht insoweit dem Dienstherrn ein wesentlich größeres Instrumentarium an Reaktionsmöglichkeiten zu, von der Androhung einer Geldbuße (§ 7 BDG), über die Kürzung von Dienstbezügen als Strafe für Fehlverhalten (§ 8 BDG) bis hin zur Zurückstufung (§ 9 BDG)¹³¹⁴.

Schließlich besteht rein praktisch auch noch das Problem, eine derartige Bagatellgrenze zu definieren¹³¹⁵. In den – oben bereits dargestellten¹³¹⁶ – Gesetzentwürfen der SPD¹³¹⁷ und der Fraktion DIE LINKE¹³¹⁸, die zum Gegenstand hatten, eine Kündigung wegen eines geringwertigen Eigentums- oder Vermögensdelikts des Arbeitnehmers künftig nur nach vorangegangener einschlägiger Abmahnung möglich zu machen, ist wohl nicht ohne Grund auf eine wertmäßige Bezifferung verzichtet worden¹³¹⁹. Denn bei welchem Wert setzt man hier die Grenze¹³²⁰? Was passiert, wenn der Wert des Gegenstands ein wenig darüber oder darunter liegt? Ein nachvollziehbarer Grund, weshalb bei einem unterhalb der Wertgrenze liegenden Fall zwangsläufig von einer Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auszugehen sein soll, während dies bei einem (knapp) über der wertmäßigen Grenze liegenden Schaden nicht mehr der Fall sein sollte, ist nicht erkennbar¹³²¹.

Dass das BAG es als notwendig ansah, explizit klarzustellen, dass „absolute Kündigungsgründe“¹³²² mit dem geltenden Kündigungsrecht nicht vereinbar seien, verwundert auf den ersten Blick, da dies eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte¹³²³. Denn das entspricht ständiger Rechtsprechung¹³²⁴: Mit Blick auf die Umstände des Einzelfalls

¹³¹⁴ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 29.

¹³¹⁵ Eckert, BC 2010, 26, 29.

¹³¹⁶ Vgl. Teil B. II. 4.

¹³¹⁷ Vgl. BT-Drucksache 17/648, Gesetzentwurf der Fraktion der SPD vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Schutz vor Kündigungen wegen eines unbedeutenden wirtschaftlichen Schadens).

¹³¹⁸ Vgl. BT-Drucksache 17/649, Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 9.2.2010, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten. Kritisch hierzu Binkert, NZA 2010, 433, 436; Lunk, NJW 2010, 2753, 2758.

¹³¹⁹ Vgl. Stoffels, NJW 2011, 118, 121.

¹³²⁰ Eckert, BC 2010, 26, 29.

¹³²¹ Berger, S. 41, 48, 49.

¹³²² BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 16.

¹³²³ Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB.

¹³²⁴ St. Rspr., vgl. bspw. BAG v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 74 = NZA 2013, 425, Rn. 39; BAG v. 27.4.2006 – 2 AZR 415/05, AP § 626 BGB Nr. 203 = NZA 2006, 1033; BAG v. 16.12.2004 – 2 ABR 7/04, AP BGB § 626 Nr. 191.



und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist nämlich zu prüfen, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sich, jedenfalls nach einer Abmahnung, zukünftig seinen arbeitsvertraglichen Pflichten getreu verhalten¹³²⁵.

Die Klarstellung schien dem Senat wohl erforderlich, weil teilweise die fristlose Kündigung wegen Bagatelldelikten in der betrieblichen Praxis wie ein solcher absoluter Kündigungsgrund behandelt worden war¹³²⁶, was nicht zuletzt in der oft verwendeten Formel zum Ausdruck kam „wer klaut, geht“¹³²⁷. Dem liegt aber das weit verbreitete Missverständnis zu Grunde, dass Diebstahl oder Unterschlagung zu Lasten des Arbeitgebers diesen unter allen Umständen zur Kündigung ohne vorherige Abmahnung berechtigen¹³²⁸.

Das ist aber gerade nicht der Fall. Auch die Feststellung einer Straftat löst keinen „Automatismus“ aus¹³²⁹, sondern es muss eine sorgfältige Interessenabwägung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls vorgenommen werden¹³³⁰. Die Konsequenz hieraus ist, dass es weder ein zwingendes Abmahnungserfordernis gibt noch die fristlose Kündigung immer gerechtfertigt ist¹³³¹. Oder anders: weder „fliegt“ zwangsläufig derjenige, der „stiehlt“¹³³², noch gibt es das generelle „Recht auf einen einmaligen Ausrutscher“¹³³³. Die Einführung einer festen Bagatellgrenze könnte als ein solches Recht missverstanden werden und als „Diebstahlerlaubnis“ im Arbeitsverhältnis wirken. Zusammenfassend bleibt aber auch nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG in jedem Fall festzuhalten: wer stiehlt, gefährdet seinen Arbeitsplatz¹³³⁴!

Bezüglich der Interessenabwägung hat das BAG die Bedeutung eines langjährigen beanstandungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses hervorgehoben. Erstmals stellt

¹³²⁵ Stoffels, NJW 2011, 118, 121.

¹³²⁶ Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB.

¹³²⁷ Vgl. Eckert, BC 2010, 26, 29.

¹³²⁸ Stoffels, NJW 2011, 118, 121.

¹³²⁹ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

¹³³⁰ Stoffels, NJW 2011, 118, 121, 123.

¹³³¹ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

¹³³² Vgl. Eckert, BC 2010, 26, 29; Stoffels, NJW 2011, 118, 121.

¹³³³ Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32; vgl. Schwarze, zitiert in Rinck/Kaufmann, RdA 2012, 187, 188.

¹³³⁴ Deinert, PR 2011, 1.



das BAG dabei auf ein vom Arbeitnehmer erworbenes „Vertrauenkapital“¹³³⁵ bzw. einen „Vertrauensvorrat“¹³³⁶ ab, das bzw. der dann für die Abwägung ausschlaggebend sein kann, wenn nach einem „Ausrutscher“ oder einer „Dummheit“ verloren gegangenes bzw. enttäushtes Vertrauen als künftig wiederherstellbar gewertet wird¹³³⁷. Ob dieses Konzept tragfähig ist, soll noch näher untersucht werden.

Nach der Rechtsprechung¹³³⁸ ist im Rahmen der Interessenabwägung zu fragen, über welchen Zeitraum das Arbeitsverhältnis bereits bestand und ob bzw. inwieweit es insgesamt störungsfrei war oder nicht¹³³⁹. Dabei ist zu prüfen, ob das für eine weitere Zusammenarbeit zwischen den Arbeitsvertragsparteien erforderliche Vertrauen bereits allein auf Grund der Schwere der vorliegenden Pflichtverletzung aus Sicht eines „objektiven Betrachters“ bereits als entfallen gelten darf; ob also eine störungsfreie Vertragserfüllung damit in Zukunft nicht mehr zu erwarten und demzufolge auch eine Abmahnung nicht mehr ausreichend ist oder ob dies (noch) nicht der Fall ist und entsprechend zunächst ein Abmahnungserfordernis besteht¹³⁴⁰.

Der Gesichtspunkt eines erworbenen „Vertrauenkapitals“ vs. einer eingetretenen „Vertrauensstörung“ bedarf einer näheren Betrachtung. Dabei ist zunächst auf die Entstehung des vom BAG nun erstmals explizit herausgearbeiteten „Vertrauenkapitals“ einzugehen und dann zu klären, welche Folgen die Annahme eines „Vertrauenkapitals“ für den Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung einer Abmahnung aus seiner Personalakte nach bloßem Zeitablauf hat.

2. Voraussetzungen für die Entstehung von „Vertrauenkapital“

Soweit auf Basis der „Emmely“-Entscheidung des BAG im Rahmen der Interessenabwägung das während der ungestörten Zusammenarbeit zwischen den Arbeitsvertrags-

¹³³⁵ Pressemitteilung Nr. 42/10 des BAG vom 10.6.2010.

¹³³⁶ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47.

¹³³⁷ Vgl. Kreft, S. 225, 234; Stoffels, NJW 2011, 118, 121.

¹³³⁸ BAG v. 27.4.2006 – 2 AZR 415/05, AP § 626 BGB Nr. 203 = NZA 2006, 1033.

¹³³⁹ Schrader/Dohnke, NZA 2012, 617.

¹³⁴⁰ Müller, Teil B, Rn. 595.



parteien erworbene „Vertrauenskapital“ bzw. der erarbeitete „Vorrat an Vertrauen“ zu berücksichtigen ist, bedarf es der Klärung, wann eigentlich ein solches „langjähriges, beanstandungsfreies Beschäftigungsverhältnis“ im Einzelfall vorliegt, d. h. welche Kriterien an die Annahme eines dadurch aufgebauten „Vertrauenskapitals“ zu knüpfen sind. Dies lässt sich der „Emmely“-Entscheidung gerade nicht entnehmen¹³⁴¹. Insofern gilt es hier – soweit möglich – für die Praxis Hilfestellungen zu bieten.

Aus der Begrifflichkeit „Vertrauenskapital“ selbst lassen sich die Voraussetzungen für das Entstehen nicht selbsterklärend ableiten. Auffällig ist zunächst, dass der Begriff ausschließlich in der Pressemitteilung des BAG¹³⁴² zur „Emmely“-Entscheidung verwendet wird, in den Entscheidungsgründen selbst aber nicht mehr auftaucht¹³⁴³. Hier ist vielmehr von einem „Vorrat an Vertrauen“ bzw. „Maß an Vertrauen“ die Rede¹³⁴⁴. Zwar dürfte die Bezeichnung letztlich zweitrangig sein. Entscheidend muss das sein, was inhaltlich gemeint ist.

Doch es ist nicht ohne Grund der verwendete Begriff des „Vertrauenskapitals“ kritisiert worden¹³⁴⁵. Denn dies zwingt bildlich geradezu dazu, sich darunter ein fiktives Konto vorzustellen, auf das regelmäßig im Laufe des Arbeitsverhältnisses „Einzahlungen“ und im Falle von Störungen im Arbeitsverhältnis, sprich bei Pflichtverletzungen, entsprechende „Belastungen“ vorgenommen werden könnten¹³⁴⁶. Dieses Bild verzerrt aber die Wirklichkeit im Arbeitsverhältnis. Denn weder stellt Vertrauen ein vom Arbeitnehmer einbezahltes „Kapital“ dar, noch ist es in der Weise quantifizierbar, dass hier „Einzahlungen“ und bei Bedarf „Belastungen“ vorgenommen werden könnten¹³⁴⁷. Insofern ist die gewählte Wortwahl sicherlich nicht sehr glücklich.

Mit dem „Vertrauenskapital“ oder dem „Vertrauensvorrat“ soll offensichtlich vielmehr das Maß des Vertrauens veranschaulicht werden. Das „Vertrauen“ ist nicht ein

¹³⁴¹ Schrader, NJW 2012, 342, 347.

¹³⁴² Pressemitteilung Nr. 42/10 des BAG vom 10.6.2010.

¹³⁴³ Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB.

¹³⁴⁴ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227; Kleinebrink, BB 2011, 2617.

¹³⁴⁵ Siehe etwa Tiedemann, ArbRB 2011, 93; Fandel/Kock, BB 2011, 61.

¹³⁴⁶ Vgl. Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

¹³⁴⁷ Weller, GWR 2010, 560; Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.



tatsächliches Merkmal einer konkreten Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehung. Vielmehr handelt es sich – wie gesehen – um eine Kategorie, die für das Arbeitsverhältnis als schuldrechtliches Austauschverhältnis kennzeichnend ist. Es ist diesem Rechtsverhältnis in gewisser Weise immanent. Denn schon allein der Abschluss des Arbeitsvertrages ist implizit Ausdruck eines solchen Vertrauens. Während des Bestands des Rechtsverhältnisses bleibt es notwendigerweise erhalten. Wenn das Vertrauen wegfällt, ist damit auch eine immanente Voraussetzung entfallen. Ein weiteres Miteinander ohne diese Voraussetzung gilt als nicht vertragsentsprechend, das Rechtsverhältnis sollte also beendet werden.

Ob und inwieweit im konkreten Einzelfall das „Vertrauen“ bestanden hat, soll durch das „Vertrauenkapital“ offensichtlich stärker in den Mittelpunkt rücken und soll durch die gewählte Begrifflichkeit wohl plakativ veranschaulicht werden. Die Wertung in der Laiensphäre, wonach es „Vertrauen“ nur ganz oder gar nicht gibt („wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht“), knüpft an einem „tatsächlichen“ Vertrauen an. Hiervon will sich der Rechtsbegriff des Vertrauens aber abheben, auch wenn er von dieser Assoziation scheinbar immer wieder eingeholt wird. Ein Fehlverhalten, das in den Vertrauensaspekt eingreift, muss nicht zwingend zum Totalverlust des Vertrauens führen, sondern kann dieses auch nur teilweise beeinträchtigen. Statt der Vertragsbeendigung ist dann ein „milderes Mittel“ geboten.

Dass die sich im „Vertrauen“ widerspiegelnde gegenseitige Erwartungshaltung der Arbeitsvertragsparteien, jeder Vertragspartner werde seinen Pflichten nachkommen, durch bestimmte Umstände und Verhaltensweisen beeinflusst wird, ist naheliegend. Insoweit wird eine „langjährige, beanstandungsfreie Beschäftigung“ durchaus ein gewichtiger Umstand sein, der „hoch zu Buche“ schlagen kann¹³⁴⁸ und im Rahmen der Interessenabwägung ebenso wie die Qualität und Intensität der Pflichtverletzung sowie das Arbeitsverhalten und die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb als vertrauensbeeinflussender Faktor zu berücksichtigen ist¹³⁴⁹.

¹³⁴⁸ Bartels, BAG EWiR § 626 BGB 1/11, 75.

¹³⁴⁹ Müller, Teil B, Rn. 595 ff.



a) „Langjähriges“ Beschäftigungsverhältnis

Wann eine Beschäftigung grundsätzlich „langjährig“ ist, lässt das BAG im Rahmen von „Emmely“ offen. Auch wenn es für den Anwender sicherlich „einfacher“ gewesen wäre, eine gewisse Mindestzahl von Jahren als Maßstab an die Hand zu bekommen, dürfte das BAG diesen unbestimmten Begriff nicht ohne Grund gewählt haben. Denn das Festlegen einer bestimmten Mindestbeschäftigungsdauer würde den Schluss nahe legen, dass der Arbeitnehmer ab einer bestimmten Beschäftigungsdauer eine „höhere“ Stufe erklommen habe und sich nun einen Fehltritt nach dem Motto „langjährige Beschäftigte haben einen gut“¹³⁵⁰ werde leisten dürfen¹³⁵¹. Das sollte damit aber nicht ausgesagt werden. Vielmehr wird im Laufe des Arbeitsverhältnisses die im „Vertrauen“ zum Ausdruck gebrachte gegenseitige Erwartungshaltung, der Vertragspartner werde ordnungsgemäß seine arbeitsvertragliche Pflichten erfüllen, regelmäßig bestätigt. Während zu Beginn des Arbeitsverhältnisses die lediglich angenommene, noch unbestätigte Erwartung in die Vertrauenswürdigkeit des Vertragspartners steht, zeigt sich erst im Laufe des Arbeitsverhältnisses, dass das Gegenüber in der Tat dem in es gesetzte Vertrauen gerecht wird¹³⁵².

Insofern ist hier zu unterscheiden zwischen einem Arbeitnehmer, der bereits kurze Zeit nach Vertragsbeginn durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, der Erwartungshaltung nicht gerecht werden zu wollen oder zu können, und einem Arbeitnehmer, der erstmals nach mehreren Jahren vertrauensvoller Zusammenarbeit negativ in Erscheinung tritt¹³⁵³. Mit zunehmender Dauer einer vertrauensvollen Zusammenarbeit und störungsfreier Erfüllung des Arbeitsvertrags wird der im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigende Umstand der „langjährigen Beschäftigung“ gewichtiger.

Soweit vertreten wird, dass eine Beschäftigungsdauer von unter zehn Jahren wohl kaum ausreichend sein dürfte¹³⁵⁴, sich auf Grund der „langjährigen Beschäftigung“ einen „Vertrauensvorrat“ erarbeitet zu haben, so dürfte dies für eine Vielzahl von Fällen

¹³⁵⁰ Vgl. Fandel/Kock, BB 2011, 61; Koch, BB Die erste Seite 2010, Nr. 45.

¹³⁵¹ Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

¹³⁵² Vgl. Müller, Teil B, Rn. 598 f.

¹³⁵³ Vgl. Müller, Teil B, Rn. 598.

¹³⁵⁴ Vgl. Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.



sicherlich zutreffend sein. Ob es für die Annahme einer derartigen „langjährigen Beschäftigung“ aber zwingend mindestens 10, 15, 20, 25, 30 oder vielleicht sogar nur 5 Jahre an ungestörter Beschäftigung bedarf, lässt sich pauschal gerade nicht beantworten. Denn hier bedarf es einer Einzelfallbewertung, bei der insbesondere auch die jeweilige Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die Frage einer besonderen Vertrauensstellung auf Grund der Tätigkeit zu berücksichtigen sind.

Auf jeden Fall können für den „Vertrauensvorrat“ nur Zeiten eines aktiven Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen. Denn es muss auf den tatsächlichen Vollzug des Arbeitsverhältnisses und nicht auf dessen bloß rechtliche Dauer abgestellt werden. Bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis – beispielsweise infolge der Inanspruchnahme einer Elternzeit – wird zwar die Dauer der Betriebszugehörigkeit nicht unterbrochen, doch ruhen hier eben gerade die gegenseitigen Pflichten, sodass die Vertragstreue nicht gezeigt und der Vertrauenstatbestand durch das wechselseitige Erfüllen der Vertragspflichten nicht so vertieft werden kann wie das beim aktiv vollzogenen Arbeitsverhältnis der Fall ist¹³⁵⁵.

b) „Beanstandungsfreies“ Beschäftigungsverhältnis

Im Fall „Emmely“ war nicht nur die Dauer der Betriebszugehörigkeit entscheidend. Vielmehr kam es nach dem BAG auch darauf an, dass das Beschäftigungsverhältnis im konkreten Fall „ohne rechtlich relevante Beanstandungen“ gewesen war¹³⁵⁶. Auch hier bleibt aber offen, was unter „Beanstandungen“ konkret zu verstehen ist.

Ein störungsfreier Verlauf des Arbeitsverhältnisses – eben ohne jene „Beanstandungen“ – dürfte dann anzunehmen sein, wenn der Arbeitnehmer durchgängig seinen arbeitsvertraglichen Pflichten in vollem Umfang ordnungsgemäß nachgekommen ist. Von einem derartigen „störungsfreien Arbeitsverhältnis“ ist dagegen nicht auszugehen, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber einmal oder gar mehrfach an die Einhaltung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten „erinnert“ werden musste. Ob dieses „Erinnern“

¹³⁵⁵ Vgl. Müller, Teil B, Rn. 601.

¹³⁵⁶ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 49.



durch Erteilung einer Abmahnung, einer Ermahnung oder durch eine Aktennotiz erfolgte, dürfte irrelevant sein. Maßgebend ist hier vielmehr, dass der Arbeitgeber die Nichteinhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten und damit die aus seiner Sicht gegebene Störung dem Arbeitnehmer gegenüber klar zum Ausdruck gebracht hatte¹³⁵⁷.

Soweit die Ausführungen des BAG im „Emmely“-Urteil so zu verstehen sein könnten, dass es sich um einschlägige Beanstandungen handeln müsse¹³⁵⁸, so muss dem widersprochen werden. Denn ein störungsfreies Arbeitsverhältnis lässt sich nur in der Gesamtschau betrachten und nicht fokussiert auf eine einschlägige Art von Pflichtverletzungen. Wenn ein Arbeitnehmer beispielsweise wegen Zuspätkommens, wegen Verletzung der Melde- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit und wegen eines eigenmächtigen Urlaubsantritts drei Abmahnungen erhalten hat, kann nicht „fiktiv“ von einem beanstandungsfreien Arbeitsverhältnis gesprochen werden, nur weil er wegen der nun im Raum stehen Manipulation bei der Zeiterfassung noch nicht einschlägig abgemahnt worden war¹³⁵⁹.

Der „Vertrauensvorrat“ kann in einem solchem Fall nicht im gleichen Maß entstehen wie das bei einem komplett störungsfreien Arbeitsverhältnis der Fall ist. Allerdings kann es für die Beurteilung, ob das für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen in eine zukünftig störungsfreie Vertragserfüllung weggefallen ist, „verschärfend“ wirken, wenn die Pflichtverletzung trotz bereits erfolgter einschlägiger Ermahnung oder Abmahnung begangen wurde¹³⁶⁰.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch noch, ob es auf die Rechtmäßigkeit der Beanstandungen ankommt¹³⁶¹. Grundsätzlich dürfte dies zu bejahen sein. Doch muss hier wohl im Einzelfall geprüft werden, aus welchem Grund eine Beanstandung nicht rechtmäßig sein könnte. Wenn eine Abmahnung beispielsweise lediglich aus formellen Gründen rechtswidrig sein sollte, etwa weil die tarifvertraglich¹³⁶² vorgeschriebene

¹³⁵⁷ Vgl. Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 95.

¹³⁵⁸ Vgl. Lembke, DB 2010, Heft 47, M01.

¹³⁵⁹ Vgl. Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 95.

¹³⁶⁰ Müller, Teil B, Rn. 600; Kleinebrink, BB 2011, 2617, 2619; Schrader, NJW 2012, 342, 344.

¹³⁶¹ Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 95.

¹³⁶² Beispielsweise § 13 Abs. 2 BAT.



Anhörung des Betroffenen nicht durchgeführt worden war, dürfte sie trotzdem als relevante Beanstandung im Arbeitsverhältnis anzusehen sein¹³⁶³.

c) Auswirkungen aktiven Einbringens durch den Arbeitnehmer

Im Rahmen der „Emmely“-Entscheidung blieb offen, ob einzig durch eine „langjährige, beanstandungsfreie Beschäftigung“ das sog. „Vertrauenkapital“ erworben wird oder ob der einzelne Arbeitnehmer einen derartigen „Vertrauensvorrat“ auch durch eigene Handlungen bzw. Leistungen zusätzlich schaffen bzw. verstärken kann. Ein über die vertraglich umschriebene oder übliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers hinausgehendes zusätzliches aktives Einbringen könnte beispielsweise im Einreichen von Verbesserungsvorschlägen zu sehen sein. Zu denken wäre auch an überdurchschnittlich gezeigte Flexibilität in Bezug auf die Arbeitszeit, wie beispielsweise die Bereitschaft zur Ableistung von Mehrarbeit, zum Wechsel der Arbeitsschicht u. ä., oder das ständige „Einspringen“ bei Verhinderung anderer Arbeitskollegen. Gleichmaßen könnte hohes Engagement bei der Durchführung eines Projekts oder die Bereitschaft zur Übernahme der Funktion eines Mentors gegenüber neuen Kollegen als zusätzliches aktives Einbringen des Arbeitnehmers gewertet werden.

Zweifelhaft ist, ob solche Handlungen tatsächlich geeignet sind, ein „Vertrauenkapital“ auf- bzw. auszubauen. Zwar erbringt der Arbeitnehmer hier über seine arbeitsvertraglichen Pflichten hinausgehende Leistungen zum Vorteil seines Arbeitgebers. Er steigert damit sicher seine Wertschätzung beim Arbeitgeber und erhöht so möglicherweise seine Chancen im Unternehmen auf berufliche Weiterentwicklung und auf Übertragung höherwertiger Tätigkeiten.

Legt man jedoch einen objektiven Maßstab an, dürften allein durch das Einreichen eines oder gar mehrerer Verbesserungsvorschläge, durch das Ableisten von Mehrarbeit oder auch durch besonderes Engagement im Rahmen eines Sonderprojekts keine vertrauens-erhöhenden „Kapitalgutschriften“ erfolgen. Denn zum einen erhält der Arbeitnehmer für

¹³⁶³ Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 95.



derartige „Sonderleistungen“ in der Regel bereits Sondervergütungen, wie beispielsweise eine Prämie im Rahmen des betrieblichen Vorschlagswesens (Ideenmanagement), Zuschläge für Mehrarbeit oder Sonderzahlungen für außergewöhnliches Engagement. Insofern erfolgt hier also zumindest auf der Vergütungsebene in der Regel schon eine Kompensation in Form einer zusätzlichen Honorierung. Zum anderen müssten derartige Handlungen geeignet sein, die von einem objektiven Standpunkt aus zu beurteilende wechselseitige Erwartungshaltung zu verfestigen, und infolgedessen dazu führen, dass der Arbeitgeber auf Grund dieses Engagements noch stärker von der Verlässlichkeit und Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers überzeugt würde.

Das besondere Engagement basiert aber entweder auf einem betrieblichen Anreizsystem „Sondervergütungen für Sonderleistungen“, also der Auslobung und Erwartung angemessener Honorierung von zusätzlicher Leistung, oder auf einer hohen Identifikation mit dem Unternehmen, möglicherweise auch in der Absicht, die Wertschätzung beim Arbeitgeber zu steigern, und in Erwartung zusätzlicher Entwicklungs- und Karrierechancen. Dass damit eine Stärkung der vom Arbeitgeber erwarteten Verlässlichkeit und Zuverlässigkeit – also der Erwerb zusätzlichen „Vertrauenkapitals“ – einhergeht, ist zumindest zweifelhaft, da das Engagement sicherlich nicht direkt darauf abzielte.

d) Zwischenergebnis

Durch ein „langjähriges, beanstandungsfreies Beschäftigungsverhältnis“ kann ein „Vorrat an Vertrauen“ in den Arbeitnehmer beim Arbeitgeber aufgebaut werden. Die Höhe des Vorrates in Abhängigkeit von der Beschäftigungsdauer kann nicht allgemeingültig ermittelt werden. Sie bemisst sich in jedem Fall nur nach der aktiven Beschäftigungszeit. Durch aktives Einbringen kann der Arbeitnehmer zwar die Wertschätzung beim Arbeitgeber, nicht aber den „Vorrat an Vertrauen“ zusätzlich erhöhen. Das fiktive Konto des „Vertrauenkapitals“ kann also nicht durch bewusste „Einzahlungen“ des Arbeitnehmers anwachsen, sondern nur durch jährliche stillschweigende „Zinsgutschriften“¹³⁶⁴ über die beanstandungsfreien Jahre der Beschäftigungsdauer.

¹³⁶⁴ Vgl. Ritter, NZA 2012, 19, 20.



3. Verhinderung der Entstehung von „Vertrauenkapital“?

Wenn durch langjährige, beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit ein „Vertrauenkapital“ entsteht, das im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist, so könnte es auch Umstände geben, unter denen es zum Entstehen eines „Vertrauensvorrats“ erst gar nicht kommt. Welche Auswirkungen hat es auf die Bildung eines „Vertrauensvorrats“, wenn dem Arbeitnehmer - vor Begehen einer Pflichtverletzung - durch Arbeitsanweisungen, Ethik-, Compliance- oder sonstige Richtlinien oder durch Betriebsvereinbarungen unmissverständlich die Grenzen zulässigen Verhaltens aufgezeigt werden? Dies in einer Weise, dass dem Arbeitnehmer klar sein muss, dass der Arbeitgeber ein Fehlverhalten nicht dulden werde?

Eine solche Art „vorweggenommener Abmahnung“¹³⁶⁵ kann zwar durchaus geeignet sein, eine Warnfunktion zu erfüllen, und dem Arbeitnehmer vor Augen führen, dass ein Fehlverhalten nicht toleriert werden würde und zur Kündigung führen könnte. Eine Strategie zur Verhinderung des Aufbaus von „Vertrauenkapital“¹³⁶⁶ kann darin aber nicht gesehen werden. Denn eine im Arbeitsvertrag, in Betriebsvereinbarungen, Arbeitsordnungen oder Compliance-Richtlinien niedergelegte Androhung einer Kündigung im Falle eines bestimmten Fehlverhaltens wird nicht dazu führen können, dass ein Arbeitnehmer durch eine langjährige, beanstandungsfreie Beschäftigung erst gar nicht „Vertrauenkapital“ aufbaut¹³⁶⁷. Das eine hat nämlich mit dem anderen nichts zu tun: Auch wenn dem Arbeitnehmer eine mögliche Kündigung für ein etwaiges Fehlverhalten „angedroht“ wird, kann er sich trotzdem über sein langjähriges, ohne Beanstandungen verlaufendes Beschäftigungsverhältnis einen „Vertrauensvorrat“ erarbeiten. Denn auf die Entstehung eines „objektivierten“ Vertrauens haben solche vorweggenommenen „Ermahnungen“ keinen Einfluss. Sie sollen vielmehr die Erwartungen des Arbeitgebers in das Verhalten des Arbeitnehmers definieren und damit das Vorbringen von Unwissenheit oder Missverständnisse verringern.

¹³⁶⁵ Vgl. hierzu Wisskirchen/Schumacher/Bissels, BB 2012, 1473.

¹³⁶⁶ Vgl. Kleinebrink, BB 2011, 2617.

¹³⁶⁷ A. A. Kleinebrink, BB 2011, 2617, 2619 f.



Ob das aufgebaute „Vertrauenkapital“ dann durch den Vertrauensverlust einer nun begangenen Pflichtverletzung möglicherweise komplett aufgebraucht wird, weil dem Arbeitnehmer durch die Regelungen das Verbot eines bestimmten Handelns bzw. die entsprechenden Konsequenzen bekannt gewesen sein musste, ist erst im Rahmen der Interessenabwägung zu entscheiden.

Die Bildung von „Vertrauenkapital“ erfolgt automatisch mit zunehmender Dauer der Betriebszugehörigkeit. Dies wird der Arbeitnehmer also nicht verstärken und der Arbeitgeber nicht verhindern können. Voraussetzung ist neben der Dauer des Arbeitsverhältnisses jedoch, dass das Arbeitsverhältnis auch beanstandungsfrei war. Denn wenn es zu Beanstandungen kam und die Nichteinhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten entsprechend gerügt wurde, sei es in Form einer Aktennotiz, Ermahnung oder gar Abmahnung, kommt es nicht zur Bildung eines „Vertrauenkapitals“ bzw. der „Vertrauensvorrat“ entsteht langsamer¹³⁶⁸.

4. Die Bedeutung des Vertrauens für die Abmahnung

Nachdem die „Emmely“-Entscheidung die Bedeutung einer ungestörten, längerfristigen Vertragsbeziehung und des damit entstandenen „Vertrauenkapitals“ für die Interessenabwägung betont hat, kam schnell die Frage auf, ob der Arbeitgeber berechtigt erteilte Abmahnungen zukünftig unbefristet aufbewahren dürfe, um so im Fall des Falles den Nachweis führen zu können, dass das Arbeitsverhältnis zwar durchaus langjährig, aber keineswegs beanstandungsfrei verlaufen war und damit eben kein oder höchstens ein geringer „Vertrauensvorrat“ aufgebaut worden ist¹³⁶⁹. Im Umkehrschluss würde dies jedoch bedeuten, dass der Arbeitnehmer die Entfernung einer berechtigten Abmahnung aus seiner Personalakte allein wegen Zeitablaufs nicht mehr verlangen könnte.

Die Interessenlage der Vertragspartner könnte folglich nicht unterschiedlicher sein: während der Arbeitgeber künftige Entscheidungen auf den „abgemahnten“ Vorfall stützen möchte und daher an einer weitergehenden Aufbewahrung der Abmahnung in

¹³⁶⁸ Vgl. Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 498, 500.

¹³⁶⁹ Vgl. Novara/Knierim, NJW 2011, 1175.



der Personalakte interessiert ist, soll nach dem Interesse des Arbeitnehmers die Abmahnung nach bloßem Zeitablauf entfernt werden, weil auch dieser „abgemahnte“ Vorfall einmal „vergessen“ sein müsse und sein Vorankommen doch nicht auf Dauer beeinträchtigt werden könne.

Insoweit ist zu klären, ob und inwieweit der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte wegen bloßen Zeitablaufs hat.

a) *Der Entfernungsanspruch wegen bloßen Zeitablaufs vor „Emmely“*

Bei einer zu Unrecht erteilten Abmahnung – d. h. wenn diese entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt¹³⁷⁰ – hat der abgemahnte Arbeitnehmer¹³⁷¹ in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB einen Anspruch auf ihre Entfernung aus seiner Personalakte¹³⁷².

Auch bei einer sachlich zutreffenden Abmahnung nahm das BAG in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB einen Entfernungsanspruch des Arbeitnehmers an, wenn die Abmahnung infolge bloßen Zeitablaufs ihre Funktion¹³⁷³ und damit ihre Wirkung verloren hat¹³⁷⁴. Dabei wurde maßgeblich auf die Warnfunktion der Abmahnung abgestellt¹³⁷⁵. Denn eine Abmahnung erfülle ihre Funktion als Kündigungsvoraussetzung nicht unbefristet¹³⁷⁶. Vielmehr könne auch eine ursprünglich wirksame Abmahnung durch Zeitablauf wirkungslos werden, wenn sich der Arbeitneh-

¹³⁷⁰ BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08, AP GG Art. 4 Nr. 6 = NZA 2010, 227, Rn. 9.

¹³⁷¹ Der Anspruch ist höchstpersönlich und ist vom Arbeitnehmer selbst geltend zu machen; der Betriebsrat hat keinen aus § 78 BetrVG folgenden Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte eines Betriebsratsmitglieds (BAG v. 4.12.2013 – 7 ABR 7/12, AP BetrVG 1972 § 78 Nr. 13 = NZA 2014, 803 = Kern, ArbRAktuell 2014, 235).

¹³⁷² BAG v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08, AP GG Art. 4 Nr. 6 = NZA 2010, 227; BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33 = NZA 2009, 842.

¹³⁷³ Vgl. Teil B. I. 3.

¹³⁷⁴ BAG v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 1 = NZA 1987, 418; Ritter, DB 2011, 175, 176; Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 364.

¹³⁷⁵ Kort, S. 201, 203.

¹³⁷⁶ BAG v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 1 = NZA 1987, 418.



mer über einen längeren Zeitraum hinweg einwandfrei verhält¹³⁷⁷. Wenn der Arbeitnehmer nämlich eine bestimmte weitere Zeit nach Erhalt der Abmahnung vertragsgemäß arbeitet bzw. sich so verhält, soll damit deutlich werden, dass er auf die Beanstandung/Warnung reagiert hat. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten steuern kann und sich regelkonform verhalten will. Der Zeitablauf hat dann aber auch zur Folge, dass der Arbeitnehmer wieder im Ungewissen sein kann, was der Arbeitgeber von ihm erwartet bzw. wie der Arbeitgeber auf eine neue Pflichtverletzung reagieren werde¹³⁷⁸.

Dabei gibt es keine starre zeitliche Grenze (Regelfrist), innerhalb derer die Abmahnung ihre Wirkung verliert¹³⁷⁹. Vielmehr sind hierfür die Umstände des Einzelfalls entscheidend¹³⁸⁰. Der Zeitraum, der hier angenommen wurde, schwankt in der Rechtsprechung zwischen 16 Monaten¹³⁸¹, 2 Jahren¹³⁸² und mehr als 3,5 Jahren¹³⁸³. Nach Ablauf von 6 Jahren soll die Wirkungsdauer aber auf jeden Fall beendet sein¹³⁸⁴, sofern es in der Zwischenzeit nicht zu weiteren Beanstandungen kam¹³⁸⁵.

Abhängig von der Schwere der begangenen Pflichtverletzung kann sich der Arbeitgeber nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne folglich nicht mehr darauf berufen, der Arbeitnehmer sei einschlägig wirksam abgemahnt worden. Denn die in der Abmahnung enthaltene Warnfunktion hat nach dieser Zeit ihre tatsächliche Wirkung verloren¹³⁸⁶. Dann hat der Arbeitnehmer nach der bisherigen Rechtsprechung auch das Recht, die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte zu verlangen¹³⁸⁷. Die Sinnhaftigkeit

¹³⁷⁷ Ebd.

¹³⁷⁸ BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 418/01, NZA 2003, 1295 = BeckRS 2003, 40827.

¹³⁷⁹ BAG v. 21.5.1987 – 2 AZR 313/86, DB 1987, 2367 = BeckRS 1987, 30721673; Wetzling/Habel, BB 2011, 1077, 1081; a. A. LAG Hamm v. 14.5.1986 – 2 Sa 320/86, NZA 1987, 26, wonach eine Regelfrist von zwei Jahren gelten soll.

¹³⁸⁰ BAG v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 1 = NZA 1987, 418; Vogt, StBW 2014, 37, 39; Waldenfels, ArbRAktuell 2012, 209, 212.

¹³⁸¹ Vgl. LAG Hamm v. 12.7.2007 – 17 Sa 64/07, BeckRS 2007, 46771.

¹³⁸² Vgl. LAG Hamm v. 14.5.1986 – 2 Sa 320/86, NZA 1987, 26.

¹³⁸³ Vgl. BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 418/01, NZA 2003, 1295 = BeckRS 2003, 40827.

¹³⁸⁴ Vgl. BVerfG v. 16.10.1998 – 1 BvR 1685/92, NZA 1999, 77, 78; Nach LAG Hessen v. 13.9.2010 - 9 Ta 215/10, BeckRS 2010, 75817, ist die Wirkungsdauer auf jeden Fall nach dem Ablauf von 10 Jahren beendet.

¹³⁸⁵ Vgl. Wetzling/Habel, BB 2011, 1077, 1081.

¹³⁸⁶ Schrader, NZA 2011, 180.

¹³⁸⁷ BAG v. 13.4.1988 – 5 AZR 537/86, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 100 = NZA 1988, 654; Kreft, S. 225, 235.

eines derartigen „Schlussstriches“ unter den abgemahnten Vorfall dürfte sich weniger daraus ergeben, dass der Resozialisierungsgedanke ins Arbeitsrecht überführt werden soll, sondern es dürfte vielmehr um das tatsächliche Verblässen von Erinnerungen, Warnungen und allgemeinen Anforderungen nach einer gewissen Zeit gehen.

Entscheidend für die Annahme eines zeitbedingten Entfernungsanspruchs war nach der bisherigen Rechtsprechung also der zeitlich bedingte Wegfall der Warnfunktion. Ob und inwieweit sich hierbei ein „Spannungsfeld“ mit der Dokumentationsfunktion, d. h. dem Feststellen und dem Nachweis einer Pflichtverletzung, ergibt, spielte bei den Überlegungen keine ersichtliche Rolle¹³⁸⁸. Schließlich ist aus dem Blickwinkel der Dokumentationsfunktion ein Entfernungsanspruch nur schwer begründbar. Denn ein Arbeitgeber wird grundsätzlich ein Interesse haben, „Auffälligkeiten“ innerhalb eines Arbeitsverhältnisses längerfristig zu dokumentieren, um sich damit jederzeit ein vollständiges Bild von dem Arbeitnehmer machen und dies dann – unabhängig von jeder Kündigungsabsicht – bei anderen anstehenden Entscheidungen im Arbeitsverhältnis wie beispielsweise einer Beförderung, Höhergruppierung oder Ähnlichem berücksichtigen zu können¹³⁸⁹. Vor diesem Hintergrund wurde in der Literatur vereinzelt bereits vor „Emmely“ der Entfernungsanspruch von rechtmäßigen Abmahnungen nach bloßem Zeitablauf generell abgelehnt¹³⁹⁰.

b) Nach „Emmely“: „Vertrauensvorratsbestimmung“ als neue Funktion und Wegfall des zeitbedingten Entfernungsanspruchs?

Die Abmahnung und insbesondere der Entfernungsanspruch bei berechtigter Abmahnung infolge bloßen Zeitablaufs geriet durch die „Emmely“-Entscheidung in die Diskussion¹³⁹¹. Zwar war die Frage des Entfernungsanspruchs nicht selbst Gegenstand der Entscheidung¹³⁹², doch war die Entscheidung der Anlass für die Schlussfolgerung in Teilen der Literatur, dass eine Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte nicht

¹³⁸⁸ Vgl. Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 364.

¹³⁸⁹ Ebd.

¹³⁹⁰ Walker, NZA 1995, 601, 608.

¹³⁹¹ Vgl. Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 364.

¹³⁹² Vgl. Kort, S. 201.



mehr verlangt werden könne¹³⁹³. Denn wenn eine langjährige, beanstandungsfreie Beschäftigung ein bei der Interessenabwägung zu berücksichtigendes „Vertrauenskapital“ aufbaut, müsse dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben werden, mit Hilfe erteilter Aktennotizen, Ermahnungen und Abmahnungen den Nachweis führen zu können, dass es bereits in der Vergangenheit zu einer „Beschädigung“ des Vertrauens gekommen und damit das Arbeitsverhältnis alles andere als störungsfrei verlaufen war¹³⁹⁴. Sofern derartige Dokumente aber nach einer gewissen Zeit aus der Personalakte entfernt werden müssten, lasse sich dieser Nachweis nur schwer bis überhaupt nicht führen¹³⁹⁵. Schließlich dürfe ja nach einer Entfernung aus der Personalakte die Abmahnung nicht anderweitig aufbewahrt werden, da es ansonsten eine Entfernung gerade nicht gegeben habe und damit auch in unzulässiger Weise eine „Zweit-Personalakte“ bzw. eine geheime Nebenakte geführt würden¹³⁹⁶.

Da der Arbeitgeber im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses die Darlegungs- und Beweislast dafür trage, dass der Verlauf des Arbeitsverhältnisses alles andere als beanstandungsfrei war, er dem Arbeitnehmer eine oder gar mehrere Abmahnungen erteilt habe und insoweit ein „Vertrauensvorrat“ nicht habe entstehen können bzw. eine Reduzierung des „Vertrauensvorrats“ eingetreten sei¹³⁹⁷, erfülle die Abmahnung nun auch eine „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion“¹³⁹⁸. Insoweit bestehe ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers am Verbleib einer wirksam erteilten – d. h. formell rechtmäßigen und sachlich richtigen¹³⁹⁹ – Abmahnung in der Personalakte. Ansonsten werde es dem Arbeitgeber nahezu unmöglich gemacht, Arbeitnehmern mit einer langjährigen Betriebszugehörigkeit zu kündigen, was gegen Art. 12 GG verstoße¹⁴⁰⁰. Vom Arbeitgeber werde sonst rechtlich Unmögliches verlangt, da er sein

¹³⁹³ Vgl. Schrader, NZA 2011, 180; Schrader, NJW 2012, 342, 344; Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617, 618; Ritter DB 2011, 175, 176; Ritter, NZA 2012, 19, 20; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 498, 500; Kleinebrink, BB 2011, 2617, 2622; Novara/Knierim, NJW 2011, 1175, 1178; Müller, Teil B, Rn. 778; Müller, DB 2011, 2604, 2608; Herfs-Röttgen, NZA 2013, 478; wohl auch Pawlak/Geißler, öAT 2011, 270.

¹³⁹⁴ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 498, 500; Ritter DB 2011, 175, 177.

¹³⁹⁵ Schrader, NZA 2011, 180, 181.

¹³⁹⁶ LAG Baden-Württemberg v. 2.8.2000 – 12 Sa 7/00, BeckRS 2000, 30453602.

¹³⁹⁷ Ritter, NZA 2012, 19, 20.

¹³⁹⁸ Ritter, DB 2011, 175, 176; Schrader, NJW 2012, 342; Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617, 618.

¹³⁹⁹ Novara/Knierim, NJW 2011, 1175, 1178.

¹⁴⁰⁰ Schrader, NJW 2012, 342, 344; Ritter, DB 2011, 175, 176; Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617, 618.



Kündigungsrecht faktisch nicht mehr ausüben könne. Dies verstieße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB¹⁴⁰¹.

Letztlich überwiege nach allem das Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Entfernung einer Abmahnung nach §§ 242, 1004 BGB¹⁴⁰². Insoweit sei die zeitlich unbegrenzte Aufbewahrung von Abmahnungen im Hinblick auf deren nun bestehender „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion“ die logische Konsequenz aus dem „Emmely“-Urteil des BAG und müsse dem Arbeitgeber entsprechend zugestanden werden¹⁴⁰³. Es bestehe ein arbeitsrechtliches Erfordernis, die Abmahnung in der Personalakte unbefristet zu speichern. Dies sei datenschutzrechtlich zulässig, weil es gemäß § 32 Abs. 1 BDSG zum Zwecke der Durchführung und ggf. Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolge¹⁴⁰⁴. Dem zeitablaufbedingten Entfernungsanspruch des Arbeitnehmers sei folglich – so eine beträchtliche Meinung in der Literatur – die Grundlage entzogen worden¹⁴⁰⁵.

Auch das BAG hat sich in jüngerer Vergangenheit mit dem Entfernungsanspruch bei berechtigter Abmahnung auseinandergesetzt¹⁴⁰⁶ und diesen neu bewertet¹⁴⁰⁷. Zum einen bestätigte das BAG seine bisherige Rechtsprechung und hält insoweit am grundsätzlichen zeitablaufabhängigen Anspruch auf Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung fest¹⁴⁰⁸. Zum anderen stellte das BAG aber auch klar, dass ein solcher Entfernungsanspruch nicht nur in Abhängigkeit von der Warnfunktion einer Abmahnung beurteilt werden könne. Neben dem Verlust der Warnfunktion setze der Anspruch auf Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung nämlich auch voraus, dass der

¹⁴⁰¹ Schrader, NZA 2011, 180, 181.

¹⁴⁰² Kleinebrink, BB 2011, 2617, 2622.

¹⁴⁰³ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 498, 500.

¹⁴⁰⁴ Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617, 620.

¹⁴⁰⁵ Vgl. Schrader, NZA 2011, 180; Schrader, NJW 2012, 342, 344; Schrader/Dohnke, NZA-RR 2012, 617, 618; Ritter DB 2011, 175, 176; Ritter, NZA 2012, 19, 20; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 498, 500; Kleinebrink, BB 2011, 2617, 2622; Novara/Knierim, NJW 2011, 1175, 1178; Müller, Teil B, Rn. 778; Müller, DB 2011, 2604, 2608; Herfs-Röttgen, NZA 2013, 478; wohl auch Pawlak/Geißler, öAT 2011, 270.

¹⁴⁰⁶ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34; kritisch hierzu Ritter, DB 2013, 344.

¹⁴⁰⁷ Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 365.

¹⁴⁰⁸ Vgl. Hitzelberger-Kijima, öAT 2013, 37.



Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse mehr an der Dokumentation der gerügten Pflichtverletzung haben dürfe¹⁴⁰⁹. Der Arbeitnehmer dürfe die Entfernung einer berechtigten Abmahnung nur dann verlangen, wenn diese für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses unter keinem Aspekt mehr eine Rolle spielen könne¹⁴¹⁰. Dies sei beispielsweise nicht gegeben, solange die Abmahnung etwa für die zukünftige Entscheidung über eine Versetzung oder Beförderung des Arbeitnehmers oder aber für eine spätere Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung von Bedeutung sein könne¹⁴¹¹.

Insofern stellte das BAG erstmals deutlich heraus, dass die Rüge- und Dokumentationsfunktion der Abmahnung dem Interesse des Arbeitnehmers an deren Entfernung aus der Personalakte auch nach Wegfall der Warnfunktion entgegenstehen könne¹⁴¹². Im selben „Atemzug“ präzisierte das BAG aber auch, dass diese Erwägungen dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte nicht per se entgegenstünden¹⁴¹³. So könne eine hinreichend lang zurückliegende, nicht schwerwiegende und durch beanstandungsfreies Verhalten faktisch überholte Pflichtverletzung ihre Bedeutung für eine später erforderlich werdende Interessenabwägung gänzlich verlieren¹⁴¹⁴. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Vertrauensbereich werde demgegenüber noch für eine erhebliche Zeit von Bedeutung sein¹⁴¹⁵, wobei auch von einem Zeitraum ad infinitum auszugehen ist¹⁴¹⁶.

Zusammenfassend misst das BAG der Abmahnung keine „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion“ bei¹⁴¹⁷. Die bisher etablierten Funktionen einer Abmahnung werden also nicht um eine neue „negative“ Funktion – den Aufbau „gesteigerten Vertrauens“ zu verhindern – erweitert¹⁴¹⁸. An den Entfernungsanspruch einer berechtigt erteilten

¹⁴⁰⁹ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34.

¹⁴¹⁰ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34; Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 365.

¹⁴¹¹ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34.

¹⁴¹² Hitzelberger-Kijima, öAT 2013, 37; Range-Dietz, ArbRB 2013, 104, 105.

¹⁴¹³ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34.

¹⁴¹⁴ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34; Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 365.

¹⁴¹⁵ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34.

¹⁴¹⁶ Kort, S. 201, 207.

¹⁴¹⁷ Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 365.

¹⁴¹⁸ Kort, S. 201, 206.

Abmahnung knüpft das BAG zwar nun engere Voraussetzungen, nämlich Berücksichtigung aller drei Funktionen, hält aber im Grundsatz an diesem fest. Der Entfernungsanspruch hat demnach nun auch alle drei Funktionen zu berücksichtigen, nicht nur allein die Warnfunktion. Die anderen beiden sind durch die Betonung des „Vertrauens“ im Kündigungsrecht noch bedeutender geworden, haben den Entfernungsanspruch aber nicht vollständig verdrängt.

Das BAG hat insofern für Klarheit gesorgt, als dass sich der Arbeitgeber bei einer zu Recht erteilter Abmahnung nicht „endlos“, auch nicht im Rahmen der im Fall der späteren Kündigung erforderlichen Interessenabwägung, auf den Pflichtverstoß berufen kann. Es bleibt aber dabei, dass keine Regelfrist an die Hand gegeben wird, sondern die Umstände des Einzelfalls maßgeblich sind¹⁴¹⁹.

c) Bewertung

Dass mit der „Emmely“-Entscheidung nicht beabsichtigt war, eine weitere Funktion der Abmahnung zu schaffen bzw. dem zeitbedingten Entfernungsanspruch eines Arbeitnehmers die Grundlage zu entziehen, hat das BAG mit seiner jüngeren Entscheidung klargestellt¹⁴²⁰.

Soweit in der Literatur nach Erlass des „Emmely“-Urteils vertreten wurde, dass die Abmahnung nun auch eine „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion“ besitze und das Interesse des Arbeitgebers am dauerhaften Verbleib einer Abmahnung in der Personalakte gegenüber dem Entfernungsinteresse des Arbeitnehmers überwiege, um durch diese Störungen im Arbeitsverhältnis ein nicht entstandenes „Vertrauenkapital“ im Rahmen einer eventuell notwendig werdenden späteren Interessenabwägung darlegen zu können, werden nicht alle entscheidungserheblichen Umstände beachtet.

Der Wegfall eines zeitbedingten Entfernungsanspruchs würde nämlich bedeuten, dass die Abmahnung für den restlichen Verlauf des Arbeitsverhältnisses auch dann in der

¹⁴¹⁹ Brodtrück, ArbRAktuell 2013, 21.

¹⁴²⁰ BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34.



Personalakte verbliebe, wenn sie längst ihre Warnfunktion verloren hat und der Arbeitnehmer seither über einen womöglich langen Zeitraum seinen arbeitsvertraglichen Pflichten ordnungsgemäß nachgekommen war; wenn es also nicht mehr zu solchen Beanstandungen kam, die seinerzeit zur Abmahnung führten. Es würde z. B. bedeuten, dass ein Arbeitnehmer, dem einstmals eine Abmahnung wegen Verstoßes gegen die Meldepflicht bei Arbeitsunfähigkeit erteilt worden war, diese für den Rest seines Arbeitsverhältnisses in seiner Personalakte fände, unabhängig davon, dass es in den weiteren 20 Jahren seines Berufslebens zu keinem weiteren (einschlägigen) Pflichtverstoß mehr kam und die Warnfunktion längst erloschen ist.

Dass in einem solchen Fall das Dokumentationsinteresse des Arbeitgebers höher zu bewerten sein soll als das Entfernungsinteresse des Arbeitnehmers – nämlich aufgrund seines nunmehr regelkonformen Verhaltens künftig als „unbelastet“ zu gelten - ist auch mit Blick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers und den sich daraus ergebenden datenschutzrechtlichen Anforderungen bezüglich einer notwendigen Erforderlichkeit der Aufbewahrung (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG) nicht nachzuvollziehen¹⁴²¹. Der Arbeitnehmer hat hier ein legitimes Interesse, dass er auf Grund seines nunmehr regelkonformen Verhaltens auch als „unbelastet“ gelten möchte. Hier würde unverhältnismäßig in die Rechte des Arbeitnehmers eingegriffen werden. Im Übrigen dürften geringfügige Ordnungsverstöße, die hinreichend lange zurückliegen, nicht geeignet sein, das „Vertrauenskapital“ des Arbeitnehmers zu schmälern bzw. nicht entstehen zu lassen¹⁴²².

Auf der anderen Seite wird das Dokumentationsinteresse des Arbeitgebers erheblich stärker sein, wenn die Pflichtverletzung den Vertrauensbereich tangiert. Wenn der Arbeitnehmer beispielsweise wegen eines Bagatelldiebstahls abgemahnt wurde, dann darf sich der Arbeitgeber zwar auch bei dieser rechtmäßig erfolgten Abmahnung nicht endlos auf den abgemahnten Pflichtenverstoß berufen¹⁴²³, doch kommt es in diesem Fall letztlich darauf an, ob seit dem Zeitpunkt der Abmahnung eine so lange Zeit vergangen ist, dass die erteilte „alte“ Abmahnung tatsächlich für den (Wieder-)Aufbau von

¹⁴²¹ Vgl. Waldenfels, ArbRAktuell 2012, 209, 212.

¹⁴²² Hitzelberger-Kijima, ÖAT 2013, 37.

¹⁴²³ Brodrück, ArbRAktuell 2013, 21.



„Vertrauenkapital“ irrelevant geworden ist¹⁴²⁴. Denn der Zeitraum, in dem derartiges „Vertrauen“ aufgebaut wird, ist deckungsgleich mit dem Zeitraum, innerhalb dessen die Entfernung einer rechtmäßigen Abmahnung aus der Personalakte wegen bloßen Zeitablaufs nicht verlangt werden kann¹⁴²⁵. Dieser Zeitraum dürfte bei einer Abmahnung wegen einer begangenen Pflichtverletzung im Vertrauensbereich wie z.B. einem Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers deutlich länger sein als bei einem „Ordnungsverstoß“ wie z.B. bei verspäteter Arbeitsaufnahme oder einem Verstoß gegen die Meldepflicht bei Arbeitsunfähigkeit. Hier dürfte der Aufbau eines „gesteigerten Vertrauens“ erschwert sein. In diesem Zeitraum besteht dann ein den Entfernungsanspruch verhinderndes Dokumentationsinteresse des Arbeitgebers, damit das Vorbringen eines störungsfreien Verlaufs des Arbeitsverhältnisses entkräftet werden kann.

Insofern ist dem BAG darin zuzustimmen, dass es weiterhin auf den Einzelfall ankommt¹⁴²⁶. Letztlich wird es schwieriger werden, eine gerechtfertigte Abmahnung erfolgreich aus der Personalakte entfernen zu lassen, da die Dokumentationsfunktion zeitlich auch über die Warnfunktion hinaus bestehen bleiben kann¹⁴²⁷.

Allerdings stellt sich die Frage, ob das weitere Aufbewahren der Abmahnung in der Personalakte nicht ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen darstellt. Denn aus §§ 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 i. V. m. 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG könnte eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte bestehen. Nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BDSG sind personenbezogene Daten nämlich zu löschen, wenn sie für eigene Zwecke verarbeitet werden, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendi-

¹⁴²⁴ Kort, S. 201, 208.

¹⁴²⁵ Vgl. ebd.

¹⁴²⁶ Vgl. BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 249; BAG v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84, AP KSchG 1969 § 1 Abmahnung Nr. 1 = NZA 1987, 418.

¹⁴²⁷ Salamon/Rogge, NZA 2013, 363, 366; Hitzelberger-Kijima, öAT 2013, 37; Range-Dietz, ArbRB 2013, 104, 105. Vgl. auch Kleinebrink, Anmerkung zu BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34.



gung erforderlich ist. Nach § 32 Abs. 2 BDSG gilt dieser Abs. 1 für jede Form der Erhebung bzw. Verarbeitung, d. h. auch für nicht unter den Datenbegriff fallende Personalvorgänge und Personalakten: Ist die Speicherung einzelner Daten nicht mehr erforderlich, sind sie zu löschen.

Die datenschutzrechtlichen Auskunfts- und Korrekturrechte, insbesondere der § 35 BDSG, gelten jedoch nur bei automatisierter bzw. dateigebundener Verarbeitung¹⁴²⁸. Denn § 32 Abs. 2 BDSG bezieht sich nicht auf den gesamten dritten Abschnitt des BDSG, sondern enthält „lediglich“ eine begrenzte Ausnahmeregelung zu § 32 Abs. 1 BDSG und kann daher nicht auf §§ 33-35 BDSG bezogen werden¹⁴²⁹. Insofern sind allein schon die Tatbestandsvoraussetzungen einer etwaigen Löschverpflichtung nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BDSG bei einer ausschließlich als Handakte geführten Personalakte nicht gegeben. Durch Personalakten in Papierform werden nämlich keine personenbezogenen Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen im Sinne von § 3 Abs. 2 Satz 1 BDSG i. V. m. § 27 Abs. 1 Satz 1 BDSG verarbeitet¹⁴³⁰.

Aber selbst wenn § 35 BDSG Anwendung fände, etwa weil die Personalakte elektronisch geführt wird, wird es auf die „Erforderlichkeit“ ankommen. „Erforderlich“ in diesem Sinne ist nur ein verhältnismäßiger Umgang mit den personenbezogenen Daten von Beschäftigten¹⁴³¹. Das Aufbewahren der Abmahnung ist solange erforderlich, wie auch ein legitimes Dokumentationsinteresse besteht, das den Entfernungsanspruch überwiegt. Ist die Aufbewahrung nicht mehr erforderlich, weil ein legitimes Dokumentationsinteresse des Arbeitgebers nicht mehr besteht, hat der Arbeitgeber die Löschung der Abmahnung aus der elektronischen Personalakte vorzunehmen. Das gilt unabhängig davon, ob der betroffene Arbeitnehmer die Herausnahme und Löschung beantragt hat. Schließlich ist der Arbeitgeber hier der Adressat der Löschpflicht.

¹⁴²⁸ LAG Sachsen v. 14.1.2014 – 1 Sa 266/13, BeckRS 2014, 67005.

¹⁴²⁹ BAG v. 16.10.2010 – 9 AZR 573/09, AP BGB § 611 Personalakte Nr. 4 = NZA 2011, 453; a. A. Riesenhuber, NZA 2014, 753.

¹⁴³⁰ LAG Sachsen v. 14.1.2014 – 1 Sa 266/13, BeckRS 2014, 67005.

¹⁴³¹ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, AP BGB § 626 Nr. 244 = BB 2014, 890, 893 = NZA 2014, 143; Wybitul/Pötters, BB 2014, 437, 442.



Die Erforderlichkeit der Aufbewahrung einer Abmahnung in der elektronischen Personalakte ist vom Arbeitgeber daher regelmäßig – z. B. nach zwei Jahren, später dann alle fünf Jahre – zu überprüfen. Es bietet sich an, hier einen Prüfprozess zu implementieren. Beispielsweise kann sich der Arbeitgeber hierfür eines zeitlich abgestuften automatischen Wiedervorlage- und Überprüfungsverfahrens bedienen, das ab Aufnahme der Abmahnung in die Personalakte diese bereits zu den vorgegebenen Terminen zur Überprüfung bereitstellt, um zu entscheiden, inwieweit die Warn- bzw. Dokumentationsfunktion der Abmahnung noch besteht. Auch für händisch geführte Personalakten sollte ein solches Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung und ggf. Bereinigung Anwendung finden.

5. Abbau von „Vertrauenkapital“

Aus der „Emmely“-Entscheidung lässt sich der Rückschluss ziehen, dass ein durch ein langjähriges, beanstandungsfreies Beschäftigungsverhältnis entstandenes „Vertrauenkapital“ auch abgebaut oder aufgebraucht werden kann. Ein Abbau wird bei entsprechenden Beanstandungen im Arbeitsverhältnis erfolgen. Unklar bleibt, ob durch eine Abmahnung der „Vertrauensvorrat“ bereits vollständig aufgebraucht oder ob er lediglich reduziert wird. Letztlich muss dies im Einzelfall zu bewerten und bei der Interessenabwägung entsprechend zu berücksichtigen sein.

6. (Wieder-)Aufbau von „Vertrauenkapital“

Ob und nach welchem Zeitpunkt ein Arbeitnehmer das durch eine Pflichtverletzung verlorene Vertrauen überhaupt zurückgewinnen kann bzw. wie der aufgebrauchte „Vertrauensvorrat“ wieder aufgebaut werden kann, lässt die „Emmely“-Entscheidung ebenfalls offen¹⁴³². Zunächst dürften durch die Pflichtverletzung die „Uhren wieder auf null gestellt worden sein“. D. h. erst nach einem weiteren langjährigen, nun störungsfrei erfolgten Verlauf des Arbeitsverhältnisses kann der (Wieder-)Aufbau eines nun

¹⁴³² Bengelsdorf, FA 2011, 194, 199.



erneuerten „Vertrauenskapitals“ angenommen werden. Insoweit wird das enttäuschte Vertrauen durch zukünftige Vertragstreue wiederhergestellt.

7. Auswirkungen auf die Betriebsratsanhörung

Die durch das „Emmely“-Urteil erfolgte Akzentuierung eines langjährigen, störungsfrei verlaufenden Arbeitsverhältnisses und dem damit erworbenen „Vertrauensvorrat“ im Rahmen der Interessenabwägung hat zur Folge, dass im Rahmen der nach § 102 BetrVG zu erfolgenden Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten Tat- und/oder Verdachtskündigung der Arbeitgeber den Betriebsrat auch über den Verlauf des Arbeitsverhältnisses und die von ihm vorgenommene Interessenabwägung zu unterrichten hat¹⁴³³. Dementsprechend liegt eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung dann nicht vor, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur die konkreten Fakten mitteilt, aus denen sich zum Beispiel ein Diebstahlsverdacht ergibt¹⁴³⁴. Der Betriebsrat muss vielmehr in der Anhörung über sämtliche erteilten Abmahnungen, Ermahnungen usw. informiert werden und es muss ihm dargelegt werden, welche Gesichtspunkte der Arbeitgeber vor seinem Kündigungsentschluss und in welcher Weise gegeneinander abgewogen hat¹⁴³⁵.

8. Ergebnis

Mit der „Emmely“-Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass im Rahmen der Interessenabwägung ein etwaiger, durch eine langjährige, beanstandungsfreie Beschäftigung entstandener „Vorrat an Vertrauen“ des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist. Insoweit ist der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses für die Frage des Vertrauensverlustes und insbesondere für die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in den Mittelpunkt gerückt, so dass der Betriebsrat im Rahmen

¹⁴³³ Vgl. LAG Schleswig-Holstein v. 10.1.2012 – 2 Sa 305/11, BeckRS 2012, 66013.

¹⁴³⁴ Ebd.

¹⁴³⁵ LAG Schleswig-Holstein v. 10.1.2012 – 2 Sa 305/11, BeckRS 2012, 66013; Zundel, NJW 2013, 579, 581.



der Anhörung nach § 102 BetrVG auch über den Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu unterrichten ist.

Offen bleibt, über welchen Zeitraum sich ein Arbeitsverhältnis erstrecken muss, um es als „langjährig“ zu bezeichnen. Gleichmaßen ist das Kriterium der „Beanstandungsfreiheit“ nicht näher präzisiert. Beides ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln und zu bewerten. Die Abmahnung ist nicht um eine „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion“ erweitert worden.

Vielmehr ist mittelbar durch die „Emmely“-Entscheidung die Dokumentationsfunktion der Abmahnung betont und deren Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entfernung einer berechtigten Abmahnung allein auf Grund eines gewissen Zeitablaufs hat, manifestiert worden. Ein dauerhaftes Interesse, das eine zu Recht erteilte Abmahnung in der Personalakte verbleibt, erkennt das BAG aber nicht an¹⁴³⁶. Eine starre Frist, wie lange der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte hat, gibt es nach dem BAG nicht. Vielmehr kommt es für die Bestimmung dieser Zeitdauer auf die Umstände des Einzelfalls an.

IV. Das „Vertrauenkapital“ als neues Element der Interessenabwägung bei der Verdachtskündigung

Ob und inwieweit die mit der „Emmely“-Entscheidung erfolgte „Aufwertung“¹⁴³⁷ eines langjährigen, beanstandungsfreien Beschäftigungsverhältnisses und dem damit entstandenen „Vertrauenkapital“ im Rahmen der Interessenabwägung auch Auswirkungen auf die Verdachtskündigung hat, soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

¹⁴³⁶ Stück, AuA 2013, 374, 375.

¹⁴³⁷ Stoffels, NJW 2011, 118, 121; Fischer, jurisPR-ArbR 48/2010 Anm. 1 spricht von „neuen Akzentsetzungen und Orientierungen“.



1. Übertragbarkeit der „Emmely“-Entscheidung auf Verdachtskündigungen

Im Rahmen der erforderlichen Einzelfallprüfung und Interessenabwägung bei einer Verdachtskündigung sind – wie dargestellt¹⁴³⁸ – alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es gilt, das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegen das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers abzuwägen¹⁴³⁹.

Fraglich ist, ob aus der durch die „Emmely“-Entscheidung des BAG erfolgten Hervorhebung eines langjährigen, störungsfrei verlaufenden Arbeitsverhältnisses und einem daraus erworbenen „Vertrauenskapital“ notwendigerweise auch bei der Interessenabwägung zu einer Verdachtskündigung eine Neujustierung stattzufinden hat. Schließlich kann ein durch einen Verdacht entstandener Vertrauensverlust dazu führen, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden ist¹⁴⁴⁰. Dabei können das Gewicht des Verdachts, das „gegebene Maß der Beschädigung des Vertrauens“¹⁴⁴¹ sowie die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb von ausschlaggebender Bedeutung sein¹⁴⁴². Auch eine besondere Vertrauensstellung oder die Erwartung, dass die Fortführung des Arbeitsverhältnisses ein Gefahrenpotenzial für den Arbeitgeber mit sich bringt, wird bedeutsam sein¹⁴⁴³.

Insofern gilt es zu klären, ob aus objektiver Sicht trotz eines bestehenden Verdachts die Grundlage für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit noch besteht und dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden kann. Ein erarbeiteter „Vertrauensvorrat“ ist hierbei zu würdigen. Entscheidendes Kriterium dürfte sein, ob das Vertrauen durch den im Raum stehenden Verdacht trotzdem unwiederbringlich zerstört und dadurch eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden ist.

Dabei ist vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit der Blick auch auf mildere Mittel im Vergleich zur Verdachtskündigung zu richten. Denn wenn schon beim

¹⁴³⁸ Vgl. Teil D. I. und II.

¹⁴³⁹ Vgl. LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.

¹⁴⁴⁰ Vgl. NomosKo ArbR/Bröhl, § 626 BGB, Rn. 91.

¹⁴⁴¹ LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.

¹⁴⁴² Hahn, S.119.

¹⁴⁴³ APS/Dörner/Vossen, § 626 BGB, Rn. 359.



erwiesenen Vorliegen einer durch den Arbeitnehmer begangenen Straftat bzw. anderer schwerwiegender arbeitsvertraglicher Pflichtverletzung, trotz der relativen Schwere der Pflichtverletzung, geprüft werden muss, ob nicht mildere Mittel wie eine ordentliche Kündigung oder eine Abmahnung ausreichend wären, um das Risiko künftig eintretender Störungen im Arbeitsverhältnis zu vermeiden, so muss dieser Grundsatz erst recht bei der Verdachtskündigung gelten¹⁴⁴⁴.

2. Vertrauenswegfall vs. „Vertrauenkapital“: Der „objektive Betrachter“ als Maßstab für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

Als Ausfluss aus der „Emmely“-Entscheidung könnte dem Vertrauenswegfall infolge des bestehenden Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung ein jetzt stärker zu gewichtendes „Vertrauenkapital“ aus einem über einen langen Zeitraum beanstandungsfreien Arbeitsverhältnis gegenüberstehen.

Wie gesehen¹⁴⁴⁵ muss bei einer Verdachtskündigung der dringende Verdacht objektiv durch Tatsachen begründet sein oder sich aus den Gesamtumständen ergeben, die einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können¹⁴⁴⁶. Insoweit kommt es bei der Frage, ob ein zur Wirksamkeit der Verdachtskündigung führender Vertrauenswegfall im Einzelfall gegeben ist, nicht auf die subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers an¹⁴⁴⁷. Schließlich würde ein Abstellen auf eine subjektive Bewertung durch den Arbeitgeber dazu führen, dass dieser nach einem von ihm selbst definierten Maßstab beurteilt, ob das Vertrauen durch das im Raum stehende Fehlverhalten des Arbeitnehmers zerstört wurde¹⁴⁴⁸. Welche Aspekte der einzelne Arbeitgeber dabei berücksichtigt, bliebe ihm selbst überlassen.

Ein Abstellen auf einen objektiven Maßstab soll eine derartige Willkür verhindern. Vielmehr ist für den Vertrauensverlust die Sicht eines objektiven, vernünftig

¹⁴⁴⁴ Vgl. Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

¹⁴⁴⁵ Vgl. Teil C. I. 2.

¹⁴⁴⁶ BAG v. 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 (mit Anm. Belling/Küster) = NZA 1995, 269

¹⁴⁴⁷ HaKo/Zimmermann, § 1 KSchG, Rn. 216.

¹⁴⁴⁸ So Bengelsdorf, SAE 2011, 122, 133.

abwägenden Betrachters maßgebend. Die Objektivierung soll dazu dienen, dass nicht nur die Interessen der einen Seite, sondern auch die der anderen Seite berücksichtigt werden. Im Rahmen einer Gesamtabwägung sind so alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung ist erforderlich, dass der Vertrauenswegfall infolge des auf dem Arbeitnehmer lastenden Verdachts aus Sicht eines objektiven Beobachters zur Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses führt.

Im Rahmen der „Emmely“-Entscheidung hat das BAG den im Rahmen der Interessenabwägung anzuwendenden objektiven Maßstab noch einmal hervorgehoben, indem es klarstellte, dass es eben nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen ankomme. Maßgeblich sei nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat, sondern ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters noch haben müsste¹⁴⁴⁹. Insofern könne – wie gesehen – ein durch eine langjährige, beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit erworbenes „Vertrauenkapital“ von Bedeutung sein¹⁴⁵⁰.

Dass das BAG für den Vertrauenswegfall bzw. für dessen Abwägung mit einem auf Seite des Arbeitnehmers bestehenden „Vertrauenkapital“ einen objektiven Prüfungsmaßstab heranziehen will, ist in Anbetracht seiner sonstigen Rechtsprechung nur konsequent. Denn nicht nur bei der Verdachtskündigung sondern auch bei der verhaltensbedingten Kündigung¹⁴⁵¹ hatte das BAG darauf abgestellt, dass nur ein solcher Umstand in Betracht komme, der einen „ruhig und verständig urteilender Arbeitgeber“ zur Kündigung bestimmen könne.

Insofern ist konkret zu prüfen, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sich - jedenfalls nach einer Abmahnung - künftig wieder vertragstreue verhalten¹⁴⁵². Damit geht das BAG davon aus, dass das „enttäuschte

¹⁴⁴⁹ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47.

¹⁴⁵⁰ Vgl. ebd.

¹⁴⁵¹ BAG v. 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85 = NZA 2008, 693.

¹⁴⁵² BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47.



Vertrauen“ durch zukünftige Vertragstreue langfristig wiederhergestellt werden kann und insofern die Abmahnung ein milderer Mittel darstellt¹⁴⁵³.

Allerdings stehen bei einer Verdachtskündigung in der Regel Straftaten oberhalb der Bagatellgrenze oder sonstige schwerwiegende, vertrauensbrechende Pflichtverletzungen des betroffenen Arbeitnehmers im Raum, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer in der Regel ohne weiteres erkennbar und deren Duldung durch den Arbeitgeber deshalb nicht zu erwarten war. Damit ist eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt und eine Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB – wie gesehen¹⁴⁵⁴ – entbehrlich¹⁴⁵⁵. Insofern scheidet die Abmahnung als milderer Mittel aus. Sie scheidet auch aus, weil die Rügefunktion der Abmahnung eine konkrete Tatbegehung voraussetzt¹⁴⁵⁶, die beim bloßen Verdacht einer Pflichtverletzung aber gerade nicht nachweisbar ist. Andere möglicherweise in Betracht kommende mildere Mittel werden im Folgenden noch erörtert.

Für die Verdachtskündigung bedeutet dies, dass bei der Interessenabwägung aus objektiver Sicht zu prüfen wäre, ob auf Grund des bestehenden „Vertrauensvorrats“ nicht die Prognose gestellt werden muss, dass der Arbeitnehmer trotz des auf ihm lastenden Verdachts sich künftig vertragsgetreu verhalten werde und es daher keiner Kündigung bedürfe. Hier kommt die Objektivität aber an ihre Grenzen. Denn wenn man auf der einen Seite aus der Sicht eines „objektiven und verständigen Arbeitgebers“ bereits den dringenden Verdacht einer erheblichen Pflichtverletzung bejaht und als geeignet bewertet hat, das Vertrauen in eine weitere vertragsgetreue Zusammenarbeit nachhaltig zu erschüttern und eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses für unzumutbar zu halten, müsste man auf der anderen Seite die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses wieder verneinen, weil man auf Grund des erarbeiteten „Vertrauensvorrats“ ggf. objektiv davon ausgehen müsste, dass der Arbeitnehmer sich auch dann

¹⁴⁵³ Vgl. Oetker, zitiert in Kriebitzsch, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010; Vgl. Eylert, zitiert in Rinck/Kaufmann, RdA 2012, 187.

¹⁴⁵⁴ Vgl. Teil D. II. 1.

¹⁴⁵⁵ Stoffels, S. 37, 48; Eylert, NZA-RR 2014, 393, 405; Lembke, RdA 2013, 82, 90; Von Steinau-Steinrück/Glanz, NJW-Spezial 2008, 274.

¹⁴⁵⁶ Stoffels, S. 37, 47.



zukünftig vertragsgetreu verhalten werde, wenn der Verdacht berechtigt gewesen wäre. Das wäre widersprüchlich.

Im Rahmen einer Abwägung ist also zu klären, ob im konkreten Einzelfall das durch den Verdacht „enttäuschte Vertrauen“ wieder aufgebaut werden kann, wie also im konkreten Einzelfall das Spannungsfeld zwischen Vertrauenswegfall auf der Arbeitgeberseite und „Vertrauenkapital“ auf der Arbeitnehmerseite aufgeweicht werden kann.

3. Maßnahmen zur Aufweichung des Spannungsfeldes Vertrauenswegfall vs. „Vertrauenkapital“

Zu prüfen ist, ob und inwieweit durch geeignete Maßnahmen die gegensätzlichen Aspekte zwischen „Vertrauenswegfall“ und „Vertrauenkapital“ im Vorfeld aufgeweicht werden können.

Zu denken ist hier an präventive Maßnahmen: Aufklärung und Verpflichtung bereits im Vorfeld! Durch klare Arbeitsanweisungen und Richtlinien kann bereits deutlich gemacht werden, welche Erwartungen an ein pflichtgetreues Verhalten bestehen und mit welchen Konsequenzen ein Arbeitnehmer bei etwaigem Verstoß zu rechnen hat. So kann mittels Regelungen wie Compliance Kodizes, Arbeitsordnungen, Arbeitsanweisungen und Richtlinien zu Disziplinarmaßnahmen frühzeitig Transparenz und (Unrechts-) Bewusstsein geschaffen werden.

Derartige Regelungen und Verhaltensrichtlinien sind gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig, da sie die Ordnung des Betriebs betreffen. Sie müssen verbindlich formuliert und veröffentlicht werden¹⁴⁵⁷. Dies kann auch z.B. im Rahmen einer Betriebsversammlung geschehen.

Eine Verletzung von veröffentlichten Verhaltensrichtlinien, deren Erhalt und Kenntnisnahme vom Arbeitnehmer womöglich per Unterschrift bestätigt und deren

¹⁴⁵⁷ Bengelsdorf, FA 2011, 194, 199; Eckert, BC 2010, 26, 29.



Kenntnis dazu regelmäßig wiederaufgefrischt wurde, können bei einer Interessenabwägung von vorneherein als bewusstes Handeln in vollem Unrechtsbewusstsein eingestuft und entsprechend berücksichtigt werden. Auch ein „verständlich urteilender Arbeitgeber“ wird in diesem Fall regelmäßig von einer erheblichen, schuldhaft herbeigeführten Vertrauensstörung auszugehen haben.

Ebenso können regelmäßige Mitarbeitergespräche zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dazu beitragen, Leistung und Verhalten im zurückliegenden Zeitraum durchzusprechen und die Anforderungen und Erwartungen für den nächsten Zeitraum festzulegen. Die in der Personalakte des Arbeitnehmers dokumentierten Ergebnisse solcher Gespräche können, genauso wie Ermahnungen oder Abmahnungen, bei einer Interessenabwägung die Bewertung eines geringeren oder gar nicht erworbenen „Vertrauensvorrats“ ergänzen und abrunden.

4. Mildere Mittel anstelle einer Verdachtskündigung

Vor dem Hintergrund der „Emmely“-Entscheidung und der Annahme eines erworbenen „Vertrauenskapitals“ bei langjährigem, beanstandungsfreiem Arbeitsverhältnis bleibt zu prüfen, welche milderen Mittel als Alternativen zu einer Verdachtskündigung bei einem langjährig unauffälligen Arbeitnehmer in Betracht kommen, wenn der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung das Vertrauensverhältnisses nachhaltig stört.

a) „Verdachtsabmahnung“

Als milderes Mittel gegenüber dem Ausspruch einer Verdachtskündigung könnte die von der Ratgeberliteratur entwickelte sog. „Verdachtsabmahnung“¹⁴⁵⁸ in Betracht kommen. Die Zulässigkeit dieser „Abmahnung auf bloßen Verdacht“ ergebe sich aus dem Prinzip der ultima ratio bzw. aus dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, das im Laufe des beanstandungsfreien langjährigen Beschäftigungsverhältnisses

¹⁴⁵⁸ Ritter, NZA 2012, 19; Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605.



automatisch angesammelte „Vertrauenkapital“ zu verringern, um im Falle weiterer künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses diese entsprechend vorbringen und damit die kündigungrechtliche Position verbessern zu können¹⁴⁵⁹.

Differenziert werden sollte dabei nach kündigungsersetzenden und nicht kündigungsersetzenden „Verdachtsabmahnungen“¹⁴⁶⁰. Während erstere als milderes Mittel gegenüber einer andernfalls in Betracht gezogenen Verdachtskündigung ausgesprochen werden sollte, sollte letztere bei Sachverhalten zur Anwendung kommen, bei denen zwar sämtliche Voraussetzungen des Verdachts einer Pflichtverletzung vorlägen, diese aber nicht so schwerwiegend sei, dass sie eine Kündigung begründen könnte¹⁴⁶¹.

Hinsichtlich der ersten Fallkonstellation – Arbeitgeber möchte eigentlich eine Verdachtskündigung aussprechen, fragt sich aber, ob er nicht verpflichtet sei, zu dem milderen Mittel der „Verdachtsabmahnung“ zu greifen¹⁴⁶² – ist einzuwenden, dass die Voraussetzungen an eine wirksame Abmahnung bei dieser Konstellation nicht gegeben sein können. Eine wirksame Abmahnung erfordert nämlich, dass der Arbeitgeber das beanstandete Verhalten konkret feststellt, die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung entsprechend rügt und den Arbeitnehmer eindringlich zu künftig vertragsgetreuem Verhalten auffordert (Rügefunktion)¹⁴⁶³. Hier ergeben sich bei Verdachtsfällen zwangsläufig Schwierigkeiten: zunächst dürfte die Einsicht, dass die im Raum stehende Pflichtverletzung bei einer Wiederholung nicht geduldet werden würde, nur beim „Täter“ anzunehmen sein. Ein „unschuldig“ in Verdacht gekommener Arbeitnehmer muss mit gar nichts rechnen, er hat ja schließlich auch nichts falsch gemacht. Des Weiteren ist zu fragen, wie der „Tenor“ einer solchen Abmahnung überhaupt lauten könnte, d. h. wie in der Abmahnung die Verhaltensänderung / das Gläubigerrecht denn formuliert werden könnte: Schließlich ist der Arbeitnehmer der Tat „nur“ dringend verdächtig, sie ist ihm aber nicht nachgewiesen. Eine mögliche Formulierung der Abmahnung des Arbeitnehmers könnte daher auch nur sein: „mach Dich nicht verdächtig!“ Eine Situation, in der das Verhalten des Arbeitnehmers und die

¹⁴⁵⁹ Ritter, NZA 2012, 19, 21.

¹⁴⁶⁰ Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 605.

¹⁴⁶¹ Ritter, NZA 2012, 19.

¹⁴⁶² Vgl. Stoffels, S. 39, 47.

¹⁴⁶³ BeckOK AR/Rolfs, § 1 KSchG, Rn. 243.

Einschätzung des Arbeitgebers zusammenwirken müssen, um als „verdächtig“ bezeichnet zu werden, ist schwer abzumachen. Insofern erfüllt die „Verdachtsabmahnung“ in dieser Fallkonstellation nicht die an eine wirksame Abmahnung gestellten Anforderungen. Insbesondere kommt die Rügefunktion nicht zur Entfaltung und die „Verdachtsabmahnung“ stellt insoweit ein untaugliches Mittel dar¹⁴⁶⁴.

Bei der zweiten Fallkonstellation – sämtliche Voraussetzungen des Verdachts einer Pflichtverletzung liegen vor, diese ist aber nicht so schwerwiegend, dass sie bei Durchführung der Interessenabwägung eine Kündigung rechtfertigen würde – dürfte sich ebenfalls auf den konkreten Fall bezogen die eben dargestellte Schwierigkeit der Entfaltung der Rügefunktion ergeben, so dass auch hier den Anforderungen an eine wirksame Abmahnung nicht Genüge getan werden kann.

Zudem ist – wie gesehen – eine Abmahnung bei einer Verdachtskündigung regelmäßig entbehrlich. Die Abmahnung bzw. die „Verdachtsabmahnung“ stellen daneben auch ein untaugliches Mittel dar, da sie das „objektive“ Vertrauen nicht wiederherstellen können¹⁴⁶⁵.

Auch wenn man aus diesen Gründen der Rechtsfigur einer „Verdachtsabmahnung“ skeptisch gegenüber stehen muss, so hat sie vom Grundgedanken her den richtigen Ansatz. Denn mit ihr wird nichts anderes bezweckt, als den Grundsatz der ultima ratio konsequent umzusetzen: wenn ein Sachverhalt für eine Kündigung nicht reicht, darf sie nicht erklärt werden. Wenn er für eine Abmahnung nicht reicht, gilt nichts anderes. Gleichwohl kann eine „Warnung“ an den Arbeitnehmer aber zur Wiederherstellung einer störungsfreien Arbeitsbeziehung sinnvoll sein, auch ohne Kündigungsvorsatz.

Insofern bietet sich in solchen Fällen an, den Arbeitnehmer schriftlich darauf hinzuweisen, dass es infolge des Verdachts zu einer Störung der Vertrauensgrundlage gekommen ist, und ihm vor Augen zu führen, dass das Verhalten, dessen er verdächtig ist, unter keinen Umständen geduldet wird¹⁴⁶⁶. Mit diesem Hinweis in der Personalakte

¹⁴⁶⁴ Stoffels, S. 39, 47.

¹⁴⁶⁵ Vgl. Teil D. II. 1.

¹⁴⁶⁶ Stoffels, S. 39, 48.



kann dokumentiert werden¹⁴⁶⁷, dass das Arbeitsverhältnis nicht störungs- bzw. beanstandungsfrei verlaufen ist. Voraussetzung für einen solchen Hinweis ist aber, dass der Arbeitgeber zuvor den Sachverhalt umfassend aufgeklärt und dementsprechend auch den Arbeitnehmer angehört hat¹⁴⁶⁸. Die Überprüfung des Hinweises nach Wiedervorlage und die Entfernung kann wie bei einer Abmahnung gehandhabt werden.

b) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf anderem Arbeitsplatz

Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz, für den der betroffene Arbeitnehmer geeignet ist und bei dem sich das durch den Verdacht ausgelöste Misstrauen nicht negativ auf die weitere Zusammenarbeit auswirkt¹⁴⁶⁹, könnte auch ein milderes Mittel gegenüber dem Ausspruch einer Verdachtskündigung sein. Soweit eine Änderungen der Arbeitsbedingungen oder eine Umschulung notwendig ist, um die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu gewährleisten, dürfte dies nicht mehr vom Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO gedeckt sein, so dass dann die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit entweder per einvernehmlicher Vertragsänderung oder per Änderungskündigung zu realisieren wäre. Letztere wäre gegenüber einer Beendigungskündigung wie der Verdachtskündigung ebenfalls ein milderes Mittel.

Letztlich dürfte die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz innerhalb des Betriebes bei den einer Verdachtskündigung zu Grunde liegenden Sachverhalten regelmäßig aber nicht in Betracht kommen. Denn die hier im Raum stehende Pflichtverletzung oder gar Straftat, derer der Arbeitnehmer verdächtigt ist, wiegt so schwer, dass die künftige Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch die bloße Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen freien Arbeitsplatz nicht geringer wird. Schließlich wird durch den Einsatz auf einem anderen Arbeitsplatz das „objektive“ Vertrauen nicht wiederhergestellt werden können. Das durch den Verdacht

¹⁴⁶⁷ Stoffels, S. 39, 48.

¹⁴⁶⁸ Ebd.

¹⁴⁶⁹ Vgl. Teil B. II. 5. d).



ausgelöste Misstrauen dürfte regelmäßig die weitere Zusammenarbeit überschatten. Daher stellt die „Versetzung“ hier in der Regel kein geeignetes „milderes“ Mittel dar.

c) Aufhebungsvertrag

Im Rahmen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist eine Kündigung nur dann als gerechtfertigt anzusehen, wenn es keine weniger belastende Alternative gibt. Als eine solche könnte der Aufhebungsvertrag gesehen werden. Zwar zieht er auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach sich, doch wird er als weniger nachteilig empfunden. Schließlich ist der Imageverlust für den Arbeitnehmer auf Grund der regelmäßig diskreten Abwicklung weitaus kleiner und auch die Trennungsmodalitäten können für den Arbeitnehmer attraktiver gestaltet werden.

Nicht nur für den Arbeitnehmer, sondern auch für den Arbeitgeber könnte sich die Alternative eines Aufhebungsvertrags als vorteilhaft erweisen: für den Arbeitgeber besteht nämlich - neben den bislang schon bestehenden erheblichen Anforderungen an eine rechtswirksame Verdachtskündigung – durch die im Rahmen der „Emmely“-Entscheidung vorgenommene Akzentuierung der langjährigen beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit das Risiko, dass der durch den Verdacht entstandene Vertrauensverlust vor dem Arbeitsgericht auf Grund des anzuwendenden objektiven Maßstabs nicht bestätigt und entsprechend ein „Vertrauensvorrat“ noch nicht als vollständig aufgezehrt gesehen wird. Schließlich ist die subjektive Sichtweise des Arbeitgebers bezüglich des Vertrauensverlustes nicht maßgebend.

Insofern kann der Aufhebungsvertrag als weniger belastende Alternative in Betracht kommen. Voraussetzung ist selbstredend, dass beide Vertragsparteien hierzu auch bereit sind. Diese Bereitschaft könnte auf Seiten des Arbeitnehmers insbesondere dann fehlen, wenn er mit der Weigerung der Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrags weiterhin signalisieren will, dass er eigentlich „unschuldig“ ist.



5. Anforderungen an einen juristisch-technischen Vertrauensbegriff

Im Rahmen der Interessenabwägung ist nach alledem zu klären, ob im konkreten Einzelfall das durch den Verdacht entstandene „enttäuschte Vertrauen“ wieder aufgebaut werden kann oder ob dieses „Vertrauen“ in die Redlichkeit und Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers unwiederbringlich zerstört ist.

Fraglich ist, welche Anforderungen dabei an diesen juristisch-technischen Vertrauensbegriff zu richten sind, damit er die inhaltlichen Interessen der Vertragsparteien angemessen zum Ausgleich bringen kann. Dabei dürfen die subjektiven Sichten der beiden Vertragspartner aber keine Rolle spielen, da die subjektive Sicht juristisch nicht maßgebend ist, auch wenn die Wertung aus der Sicht eines Laien eine andere sein mag.

Das Vorliegen von Vertrauen in den jeweils anderen ist – wie ausgeführt – notwendige Voraussetzung und Grundlage für zwei Parteien, die sich wechselseitig in ein persönliches Dauerschuldverhältnis begeben haben. Es ist damit schützenswertes Rechtsgut, so auch im Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es basiert auf der subjektiven Erwartung, dass der Vertrauensnehmer den in ihn gestellten Anforderungen gerecht wird, keine verdeckte eigennützige und damit für den Vertrauensgeber gefährliche Strategie betreibt, sowie dass er in seinen Handlungen dem Vertrauensgeber gegenüber guten Willen und Geneigtheit zeigt.

Da das Vertrauen, ein Vertrauensverlust und ein erworbener „Vertrauensvorrat“ im Arbeitsverhältnis direkt nur schwer messbar sind, müssen (Indiz-) Tatsachen und Merkmale herangezogen werden, aus denen das Vorhandensein, das Weiterbestehen oder auch der Verlust dieser Erwartungen in das Verhalten des anderen erkennbar werden: Verlauf und Dauer des Arbeitsverhältnisses, Gewicht des Verdachts, etwaiger schuldhafter Verstoß gegen das Unternehmensinteresse, Schadenhöhe, Beeinträchtigung Dritter, Ermahnungen und Abmahnungen, Reue, Wiedergutmachung, Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb, langjähriges beanstandungsfreies Arbeitsverhältnis usw.

Zur Bewertung und Gewichtung der (Indiz-) Tatsachen und Merkmale, losgelöst vom stark subjektiven Empfinden der Betroffenen, hat sich die Rechtsprechung mit dem „objektiv und gerecht abwägenden Betrachter“ einer „Hilfskonstruktion“ bedient, die – fiktiv objektiv - die bei der Verdachtskündigung erforderliche Interessenabwägung und Einzelfallprüfung durchführen und über Auflösung oder Fortführung des Arbeitsverhältnisses entscheiden soll.

Kritiker sehen hierin lediglich die Erfindung einer objektiven Prognose, die in Wahrheit eine subjektive Prognose des richterlichen Rechtsanwenders sei¹⁴⁷⁰. Die Unterstellung, beim Arbeitgeber sei subjektiv verlorenes Vertrauen durch objektive Messung wiederherstellbar und ein erarbeitetes „Vertrauenskapital“ werde lediglich sukzessive aufgezehrt, sei in vernünftiger und plausibler Weise nicht zu rechtfertigen¹⁴⁷¹.

6. Einschränkungen bei der Verdachtskündigung geboten?

Es stellt sich die Frage, ob auf dieser Grundlage Einschränkungen bei der Verdachtskündigung geboten sind.

a) Verdachtskündigung bei Arbeitnehmern mit „Vertrauenskapital“

Dies könnte in erster Linie für die Verdachtskündigung im Bagatellbereich der Fall sein. Hier ist die Verdachtskündigung – wie gesehen¹⁴⁷² – bislang nicht ausgeschlossen. Gesetzesinitiativen, die Verdachtskündigung bei Bagatelldelikten gesetzlich zu verbieten, fanden keine Mehrheit im Deutschen Bundestag¹⁴⁷³, und auch die Rechtsprechung hat ihren entsprechenden Ansatz nicht aufgegeben.

Auch bei einer „Verdachtskündigung im Bagatellbereich“ muss aber die Tat, derer der Arbeitnehmer verdächtigt ist, als solche – wäre sie erwiesen – eine außerordentliche

¹⁴⁷⁰ Bengelsdorf, SAE 2011, 122, 139.

¹⁴⁷¹ Ebd.

¹⁴⁷² Vgl. Teil C. I. 3.

¹⁴⁷³ Vgl. Teil B. II. 4.



Kündigung rechtfertigen¹⁴⁷⁴. Daher ist zu prüfen, ob bei unterstellter Tatbegehung durch den betroffenen Arbeitnehmer diesem unmittelbar gekündigt werden dürfte oder ob dafür zuerst eine einschlägige Abmahnung gefordert werden muss¹⁴⁷⁵.

Ein durch eine langjährige und beanstandungsfreie Beschäftigungszeit entstandenes „Vertrauenkapital“ ist auch bei der Interessenabwägung im Rahmen einer Verdachtskündigung im Bagatellbereich zu berücksichtigen. So kann im Fall, in dem ein Arbeitnehmer eine abgerissene Ecke eines Stücks einer Patientenpizza gegessen und einen in der Küche abgestellten Rest einer Patientenportion Gulasch verzehrt haben soll, in aller Regel keine Kündigung eines über 19 Jahre lang beschäftigten, bislang unauffälligen Arbeitnehmers gerechtfertigt werden¹⁴⁷⁶. Denn für eine Erteilung einer Abmahnung spricht hier letztlich, dass dem Arbeitnehmer die möglichen Konsequenzen nicht klar waren, dass sein Verhalten nicht heimtückisch war und dass es insofern kein Indiz gegen seine grundsätzliche Regeltreue bildete.

Dagegen kann der dringende Verdacht gegenüber einem Filialleiter, sich in zwei kurz hintereinander aufgetretenen Fällen Waren mit einem Warenwert von 12,02 € und einen Beutel Streusand in strafrechtlich relevanter Weise zugeeignet zu haben, den Arbeitgeber zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen: *„Zwar hat der Kläger über einen Zeitraum von fast 21 Jahren, davon die meisten als Leiter einer größeren Filiale, großes Vertrauen in seine Bereitschaft zu pflichtgemäßem Verhalten aufgebaut. Dieses hat er jedoch unwiederbringlich zerstört, indem er kurz hintereinander in zwei Fällen in diametralem Widerspruch zu seiner Aufgabe als Filialleiter Verhaltensweisen gezeigt hat, deren Hinnahme durch die Beklagte von ihm nicht erwartet werden durfte. Es handelte sich nicht um gelegentliche Nachlässigkeiten, sondern um Handlungen, die Ausdruck einer gewissen Selbstherrlichkeit waren, die sich möglicherweise gerade aus seinen Erfolgen bei der Unterbietung der Zielvorgaben für den Warenverlust entwickelt haben mag“*¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁴ Vgl. BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, AP BGB § 626 Nr. 226 = NZA 2010, 698, 701 Rn. 29.

¹⁴⁷⁵ Stoffels, S. 37, 48.

¹⁴⁷⁶ Vgl. LAG Schleswig-Holstein v. 29.9.2010 – 3 Sa 233/10, NZA-RR 2011, 126; Hunold, NZA-RR 2011, 561, 563.

¹⁴⁷⁷ LAG Berlin-Brandenburg v. 10.2.2012 – 6 Sa 1845/11, BeckRS 2012, 67194.



Letztlich zeigen diese Entscheidungen zweier Instanzgerichte einmal mehr, dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Ein erarbeiteter „Vertrauensvorrat“ ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, wobei er nicht ausschlaggebend sein muss.

Eine Verdachtskündigung, die sich auf ein geringwertiges Vermögensdelikt bezieht, ist aber auch nach dem „Emmely“-Urteil nur unter besonderen Umständen gerechtfertigt¹⁴⁷⁸. Soweit ein Arbeitnehmer nämlich in seiner langjährigen, bislang korrekt ausgeübten Tätigkeit ein hohes Maß an Vertrauen erworben hat, wird der bloße Verdacht einer durch diesen Arbeitnehmer begangenen Straftat im sog. Bagatellbereich in der Regel nicht dazu führen dürfen, dass dieser „Vertrauensvorrat“ aus objektiver Sicht derart aufgebraucht ist, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar ist.

Bei Verdachtskündigungen „oberhalb“ des Bagatellbereichs wird künftig zu prüfen sein, ob unter Anlegung der oben aufgeführten Kriterien eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz des vorhandenen „Vertrauenskapitals“ unzumutbar ist oder nicht.

b) Verdachtskündigung bei Arbeitnehmern ohne „Vertrauenskapital“

Richtet sich der im Raum stehende Verdacht gegen einen Arbeitnehmer, bei dem die Voraussetzungen für die Entstehung eines „Vertrauenskapitals“ nicht gegeben sind, weil eine langjährige, störungsfreie Beschäftigungsdauer eben noch nicht vorliegt, spielt insofern das „Vertrauenskapital“ bei der Interessenabwägung keine Rolle und ist entsprechend auch nicht zu berücksichtigen. Es verbleibt bei den anderen Abwägungsgesichtspunkten.

¹⁴⁷⁸ Vgl. Stoffels, S. 39, 52.



V. Ergebnis

Mit der „Emmely“-Entscheidung hat das BAG das bereits bestehende Abwägungselement einer langjährigen, beanstandungsfreien Beschäftigungsdauer und des dadurch entstandenen „Vertrauenskapitals“ noch einmal aufgewertet und neu akzentuiert.

Das BAG hat unterstrichen, dass es für die Bewertung des Vertrauenswegfalls und der damit verbundenen Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers bzw. der für ihn handelnden Personen ankommt, sondern vielmehr ausschlaggebend ist, ob der Arbeitgeber aus der Sicht eines objektiven Beobachters noch hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer haben müsste. Schließlich kann ein „subjektives“ Vertrauen mangels Nachweisbarkeit keine rechtliche Kategorie bilden.

Übertragen auf die Verdachtskündigung bedeutet dies, dass im Rahmen der Interessenabwägung gleichermaßen auch hier ein etwaig bestehendes „Vertrauenskapital“ des Arbeitnehmers zu würdigen ist. Denn wenn die Interessenabwägung selbst bei einer Tatkündigung zu Lasten des Arbeitgebers ginge, dann muss auch die Verdachtskündigung erst recht unzulässig sein¹⁴⁷⁹. Insofern kann für die Interessenabwägung bei der Verdachtskündigung kein anderer Maßstab gelten.

Anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls ist aus der Sicht des objektiven Beobachters zu bewerten, zu wessen Gunsten das Spannungsverhältnis zwischen dem auf Grund des Verdachts enttäuschten Vertrauen auf Seite des Arbeitgebers und dem „Vertrauensvorrat“ auf Seite des Arbeitnehmers aufzulösen ist. Dabei können das Gewicht des Verdachts, sowie die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb von ausschlaggebender Bedeutung sein¹⁴⁸⁰, um das „gegebene Maß der Beschädigung des Vertrauens“¹⁴⁸¹ zu identifizieren. Gleichermäßen kann aber auch das

¹⁴⁷⁹ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, AP BGB § 626 Nr. 226 = NZA 2010, 698; Thüsing/Pötters, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32.

¹⁴⁸⁰ Hahn, S.119.

¹⁴⁸¹ LAG Schleswig-Holstein v. 19.6.2013 – 3 Sa 208/12, BeckRS 2013, 70635.



durch ein langjähriges, störungsfreies Arbeitsverhältnis erworbene „Vertrauenkapital“ den Ausschlag zu Gunsten des Bestandsinteresses des Arbeitnehmers geben.

Eine Verdachtskündigung im Bagatellbereich dürfte vor diesem Hintergrund nur noch unter besonderen Umständen möglich sein.

Um das Gläubigerrecht auf die versprochene Leistung möglichst störungsfrei zu verwirklichen, kann der Arbeitgeber einiges beitragen: transparente Anforderungen, Verhaltensrichtlinien, Schulungen, Infoveranstaltungen etc. Wer als Arbeitgeber im Vorfeld die „Spielregeln“ klar definiert und dem Arbeitnehmer entsprechend deutlich macht, welche Erwartungen er bezüglich eines pflichtgetreuen Verhaltens hat und mit welchen Konsequenzen bei etwaigem Verstoß zu rechnen ist, verhindert zwar nicht den Aufbau eines „Vertrauenkapitals“. Doch verbessert er im Störungsfall die Indizienlage bezüglich des Vertrauensverlustes, was sich bei der Interessenabwägung dann entsprechend auswirken kann.

Sofern auf dem Arbeitnehmer der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung lastet und es dadurch zu einem Vertrauensverlust gekommen ist, sollten Arbeitgeber, auch wenn sie von einer Verdachtskündigung, beispielsweise auf Grund der fehlenden Schwere der Pflichtverletzung, Abstand nehmen, diesen Vorfall im Rahmen eines Hinweises an den Arbeitnehmer dokumentieren und diesen Hinweis in die Personalakte aufnehmen. Dadurch kann die Beanstandungsfreiheit des laufenden Arbeitsverhältnisses relativiert werden.



E. Endergebnis und Zusammenfassung

Die Verdachtskündigung steht nicht vor dem „Aus“. Sie „lebt“ vielmehr. Denn die Rechtsfigur bzw. vielmehr die an eine wirksame Verdachtskündigung zu stellenden Voraussetzungen werden von der Rechtsprechung ständig weiterentwickelt und präzisiert.

Die Anforderungen an eine wirksame Verdachtskündigung sind hoch. Schließlich soll möglichst ausgeschlossen werden, dass es einen „Unschuldigen“ trifft und die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochen wird, der sich nichts hat zu Schulden kommen lassen und sehr wohl seinen arbeitsvertraglichen Pflichten treu nachgekommen ist. Daher dient die Verdachtskündigung auch nicht als taugliches Beendigungsmittel für einen in Beweisnot geratenen Arbeitgeber. Mit dem Institut soll nicht leichtfertig umgegangen werden.

Die Rechtsfigur soll vielmehr ermöglichen, sich von einem Arbeitnehmer zu trennen, der einer Straftat bzw. sonstigen schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung dringend verdächtig ist und auf Grund dieses Verdachts des für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Vertrauens auf Seiten des Arbeitgebers verlustig gegangen ist. Schließlich setzt das Arbeitsverhältnis als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauen der Vertragspartner voraus. Der Vertrauenswegfall muss sich dabei aus dem Blick eines vernünftigen und gerecht abwägenden Arbeitgebers ergeben. Insoweit hat das Institut seine Berechtigung, ja es ist sogar unverzichtbar.

Die gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung erhobenen Einwände sind allesamt nicht überzeugend. Ein Verbot der Verdachtskündigung aus rechtlichen oder praktischen Gründen ist weder sinnvoll noch geboten. Insofern ist mit der ständigen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung an ihrer Zulässigkeit festzuhalten.



Die Verdachtskündigung ist grundsätzlich auch im Berufsausbildungsverhältnis zulässig, wobei der besondere Charakter des Ausbildungsverhältnisses insbesondere bei der umfassenden Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.

Bei der Verdachtskündigung handelt es sich um einen personenbedingten Kündigungsgrund. Denn sie setzt nicht ein bestimmtes bewiesenes Verhalten voraus, sondern einen auf objektive Tatsachen gestützten dringenden Verdacht, der zum Wegfall des zur Vertragsfortsetzung erforderlichen Vertrauens in die Person des Arbeitnehmers führt und damit auf Verlust einer für die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unabdingbaren Eigenschaft.

Das BAG hat jüngst die bedeutende Klarstellung vorgenommen, dass der Arbeitgeber eine Verdachtskündigung nur dann als ordentliche Kündigung aussprechen kann, sofern auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer außerordentlichen Verdachtskündigung vorliegen. Die ordentliche Verdachtskündigung ist damit noch nicht „tot“, ihr Anwendungsbereich dürfte jedoch stark eingeschränkt worden sein. Zu denken ist an den Fall, dass, obwohl die Voraussetzungen der außerordentlichen Verdachtskündigung vorliegen, die Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer also „erdrückend“ sind, der Arbeitgeber dennoch – aus sozialen Gesichtspunkten – „lediglich“ eine ordentliche Kündigung ausspricht, insbesondere weil er den Arbeitnehmer schonen will. Der Arbeitgeber könnte in diesem Fall auch eine außerordentliche Verdachtskündigung mit einer sozialen Auslauffrist aussprechen. Gleichwohl wäre hier dann die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB einzuhalten. Wenn aber gerade die Einhaltung dieser Erklärungsfrist unsicher ist, könnte das Mittel der ordentlichen Verdachtskündigung weiter in Betracht kommen.

Den Anforderungen an die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Verdachtskündigung gerecht zu werden, bereitet dem praktischen Anwender durchaus Schwierigkeiten und stellt ihn vor eine Herausforderung. Diese ist aber annehmbar und auch erfüllbar.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alles ihm Zumutbare zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen. Bei den dabei durchzuführenden Maßnahmen und Mitteln hat er sich an die



„Spielregeln“ zu halten, die sich aus den Grenzen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen sowie den datenschutzrechtlichen Bestimmungen ergeben.

Im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung ist dem betroffenen Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Einladung zur Anhörung hat der Arbeitgeber so zu gestalten, dass sie den Arbeitnehmer mit den notwendigen Informationen versorgt und ihm ermöglicht, zu entscheiden, ob er sich zu den Vorwürfen äußern will oder nicht. Hierfür ist es grundsätzlich ausreichend, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in der Einladung darüber informiert, dass ein dringender konkreter Verdacht einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung gegen ihn besteht und der Themenkreis entsprechend skizziert wird.

Sofern allerdings die konkrete Gefahr einer Beweisvereitelung besteht, muss es dem Arbeitgeber möglich sein, bei der Einladung auf die Bezeichnung des Gesprächsgegenstands zu verzichten und die Bedeutung des Gesprächs lediglich durch eine Einladung zu einem „wichtigen Personalgespräch“ kenntlich zu machen.

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer im Rahmen der Einladung auf mögliche arbeitsrechtliche Konsequenzen – Kündigung des Arbeitsverhältnisses – hinzuweisen. Gleichermäßen ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer vor der Anhörung explizit auf die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts oder einer sonstigen Vertrauensperson hinzuweisen. Vielmehr obliegt es dem Arbeitnehmer, sich selbst um seine Belange und Interessen zu kümmern.

Will der Arbeitnehmer von sich aus im Vorfeld der Anhörung oder währenddessen seinen Rechtsanwalt oder eine andere externe Person hinzuziehen, so muss der Arbeitgeber hierauf eingehen und das Gespräch im Beisein dieser Person führen.

Arbeitgeber sollten nicht vorschnell eine mangelnde Bereitschaft zur Mitwirkung des Arbeitnehmers bei dem Zustandekommen einer Anhörung annehmen. Im Zweifel sollte dem Arbeitnehmer unter Fristsetzung noch einmal die Gelegenheit zu einer schriftlichen



Stellungnahme gegeben werden, um der Aufklärungspflicht und dem Anhörungserfordernis gerecht zu werden.

Mit der „Emmely“-Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass im Rahmen der Interessenabwägung ein durch langjährige, beanstandungsfreie Beschäftigung erarbeitetes „Vertrauenkapital“ des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist. Insoweit ist die Bewertung des gesamten bisherigen Verlaufs des Arbeitsverhältnisses für die Frage, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist, in den Mittelpunkt gerückt. Im Rahmen der nach § 102 BetrVG erforderlichen Anhörung zur beabsichtigten Kündigung ist der Betriebsrat daher auch über den Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu unterrichten.

Das „Vertrauenkapital“ eines Arbeitnehmers wird über die reine Zeitdauer der Beschäftigung aufgebaut. Es kann durch besonderes zusätzliches Engagement des Arbeitnehmers nicht aktiv erhöht werden.

Offen bleibt, über welchen Zeitraum sich ein Arbeitsverhältnis erstrecken muss, um es als „langjährig“ zu bezeichnen. Gleichmaßen ist das Kriterium der „Beanstandungsfreiheit“ nicht näher präzisiert. Beides ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln und zu bewerten. Dabei sind auch frühere Abmahnungen zu berücksichtigen.

Die Abmahnung ist nicht um eine vierte Funktion, der „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion“, erweitert worden. Vielmehr ist – mittelbar durch die „Emmely“-Entscheidung – die Dokumentationsfunktion der Abmahnung betont und ihre Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entfernung einer berechtigten Abmahnung allein auf Grund eines gewissen Zeitablaufs hat, unterstrichen worden.

Ein Interesse auf dauerhaften Verbleib einer zu Recht erteilte Abmahnung in der Personalakte erkennt das BAG aber nicht an. Eine Frist, wie lange der Arbeitgeber eine Abmahnung in der Personalakte belassen darf, gibt es nach dem BAG nicht. Vielmehr kommt es für die Bestimmung dieses Zeitraums auf die Umstände des Einzelfalls an.



Gerade bei den einen Vertrauensmissbrauch rügenden Abmahnungen dürfte sich diese Frist über eine erhebliche Zeit erstrecken. Aus Sicht des Arbeitgebers sollte eine entsprechende Abmahnung daher nicht vorschnell aus der Personalakte entfernt werden.

Andererseits stellt sich aus datenschutzrechtlicher Sicht die Frage, ob die Aufbewahrung weiterhin noch erforderlich ist (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG). Arbeitgeber sollten sich hier nicht auf den „Zufall“ verlassen. Vielmehr sollten sie regelmäßig den Bedarf weiterer Aufbewahrung überprüfen. Hier bietet sich die Einführung eines automatisierten Verfahrens zur Wiedervorlage an.

Die Hervorhebung des „Vertrauenkapitals“ durch das BAG bedeutet, dass es auch bei einer Verdachtskündigung im Rahmen der Interessenabwägung entsprechend zu berücksichtigen ist. Denn wenn die Interessenabwägung selbst bei einer Tat Kündigung gegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses spräche, muss unter gleicher Konstellation die Verdachtskündigung erst recht unzulässig sein. Insoweit kann für die Interessenabwägung kein anderer Maßstab gelten.

Anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls ist aus der Sicht eines „objektiven und verständigen Beobachters“ zu bestimmen, zu wessen Gunsten das Spannungsverhältnis zwischen dem auf Grund des Verdachts entstandenen, enttäuschten Vertrauens auf Seiten des Arbeitgebers und dem „Vertrauensvorrat“ auf Seiten des Arbeitnehmers aufzulösen ist.

Dabei können das Gewicht des Verdachts, sowie die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb von ausschlaggebender Bedeutung sein, um das „gegebene Maß der Beschädigung des Vertrauens“ zu identifizieren. Gleichmaßen kann aber auch das durch ein langjähriges, störungsfreies Arbeitsverhältnis erworbene „Vertrauenkapital“ den Ausschlag zu Gunsten des Bestandsinteresses des Arbeitnehmers geben.



Letztlich stellt die von der Rechtsprechung eingeführte „Hilfskonstruktion“ des „objektiven und vernünftigen Beobachters“ aber lediglich die Erfindung einer objektiven Prognose dar, die eine subjektive Prognose des richterlichen Rechtsanwenders ist. Gleichwohl ist diese „Hilfskonstruktion“ für die Bestimmung des juristisch-technischen Vertrauensbegriffs unabdingbar, um die Interessen beider Vertragspartner angemessen zum Ausgleich zu bringen.

Eine Verdachtskündigung im Bagatellbereich dürfte vor diesem Hintergrund nur noch unter ganz besonderen Umständen möglich sein.

Eine Abmahnung ist bei einer Verdachtskündigung gemäß § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB regelmäßig entbehrlich. Sie stellt im Übrigen kein taugliches milderer Mittel dar, da sie „objektives“ Vertrauen nicht wiederherstellen kann. Gleiches gilt für eine „Verdachtsabmahnung“, bei der die Anforderungen an eine wirksame Abmahnung nicht vorliegen, weil der für die Rügefunktion erforderliche konkrete Tatnachweis nicht gegeben ist.

Andere mildere Mittel, wie Einschränkung der Rechte und Befugnisse des Arbeitnehmers, stärkere Kontrolle der Pflichterfüllung, eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz oder einvernehmliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses anstelle einer Kündigung, sind nicht in jedem Fall und nur in begrenztem Umfang einsetzbar.

Um das Gläubigerrecht auf die versprochene Leistung möglichst störungsfrei zu verwirklichen, kann der Arbeitgeber einiges beitragen: transparente Anforderungen, Verhaltensrichtlinien, Schulungen, Infoveranstaltungen etc. Wer als Arbeitgeber im Vorfeld die „Spielregeln“ klar definiert und dem Arbeitnehmer entsprechend deutlich macht, welche Erwartungen er bezüglich eines pflichtgetreuen Verhaltens hat und mit welchen Konsequenzen bei etwaigem Verstoß zu rechnen ist, verhindert zwar nicht den Aufbau eines „Vertrauenskapitals“. Doch verbessert er im Störungsfall die Indizienlage bezüglich des Vertrauensverlustes, was sich bei der Interessenabwägung dann entsprechend auswirken kann.



Sofern auf dem Arbeitnehmer der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung lastet und es dadurch zu einem Vertrauensverlust gekommen ist, sollten Arbeitgeber, auch wenn sie von einer Verdachtskündigung, beispielsweise auf Grund der fehlenden Schwere der Pflichtverletzung, Abstand nehmen, diesen Vorfall im Rahmen eines Hinweises an den Arbeitnehmer dokumentieren und diesen Hinweis in die Personalakte aufnehmen. Dadurch kann die Beanstandungsfreiheit des laufenden Arbeitsverhältnisses relativiert werden.



Literaturverzeichnis

- Adam, Roman*, Die Struktur der arbeitsrechtlichen Kündigungsgründe,
AuR 2013, S. 15.
- Alt, Beate*, Die Verdachtskündigung, In: Mittag u.a., Aspekte der
Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2010, S. 108.
- Appel, Clemens / Gerken, Doris*, Pro und Contra Verdachtskündigung,
AuR 1995, S. 201.
- Arnold, Christian*, Anmerkung zu BAG vom 29.11.2007 – 2 AZR 724/06,
FD-ArbR 2008, S. 256782.
- Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Kündigungsrecht,
4. Aufl. 2012 (zitiert *APS/Bearbeiter*).
- Balzer, Thomas / Nugel, Michael*, Obervierungen und Datenschutz –
Rechtliche Grenzen und Verwertbarkeit von Ermittlungsergebnissen,
NJW 2013, S. 3397.
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert* (Hrsg.), Beck'scher Online-
Kommentar BGB, Stand: 1.2.2015
(zitiert *BeckOK BGB/Bearbeiter*).
- Bartels, Klaus*, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BAG EWiR
§ 626 BGB 1/11, S. 75.
- Bartels, Klaus*, Die arbeitsvertragliche Vertrauens(dis)kontinuität und ihre
Folge für § 626 BGB Kündigungsgrund und nachträgliches Verhalten
im Prozess, RdA 2010, S. 109.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Günther, Jens*, Kündigung wegen beleidigender
Äußerungen auf Facebook – Vertrauliche Kommunikation unter
Freunden, NZA 2013, S. 67.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Schansker, Mareike*, (Heimliche)
Videoüberwachung durch den Arbeitgeber, NJW 2012, S. 3537.



- Bauer, Jobst-Hubertus*, Diebstahl bleibt Diebstahl, SZ vom 22.6.2010,
<http://www.sueddeutsche.de/karriere/2.220/emmely-und-die-folgen-diebstahl-bleibt-diebstahl-1.963129> (Abrufdatum: 29.3.2015).
- Baumgarten, Birger*, BAG: Fristwahrung bei der Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung, ArbRAktuell 2014, S. 415.
- Bauschke, Hans-Joachim*, Kündigung – Themenbereich Straftat – Ausgewählte aktuelle Entscheidungen, öAT 2014, S. 156.
- Bayreuther, Frank*, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, S. 1038.
- Behrens, Walter / Rinsdorf, Hauke*, Verdachtskündigung – Zur Verzichtbarkeit der Anhörung des Arbeitnehmers beim Nachschieben von Kündigungsgründen, Personalrecht im Wandel, In: Festschrift für Küttner, München 2006, S. 277.
- Belling, Detlev*, Die Kündigung wegen verdachtsbedingtem Vertrauenswegfall, RdA 1996, S. 223.
- Belling, Detlev*, Die Verdachtskündigung, Arbeitsrecht in der Bewährung, In: Festschrift für Kissel, München 1994, S. 11.
- Benecke, Martina / Hergenröder, Carmen Silva*, Berufsbildungsgesetz – Kommentar, 2009 (zitiert BH/Bearbeiter).
- Bengelsdorf, Peter*, Bagatelldelikte nach Emmely, FA 2011, S. 194.
- Bengelsdorf, Peter*, Die Anhörung des Betriebsrats vor einer Verdachtskündigung, FA 2010, S. 354.
- Bengelsdorf, Peter*, Die kündigungsrechtliche Bewertung von Bagatelldelikten vor und nach dem Verfahren Barbara Emme, SAE 03/2011, S. 122.
- Bengelsdorf, Peter*, Rationalität des Vertrauens im Arbeitsverhältnis, FA 2013, S. 66.



- Berger, Anke*, Vertrauen im Arbeitsverhältnis – Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zur außerordentlichen Kündigung wegen sozialer Bagatelldelikte, Jahrbuch des Arbeitsrechts 2011, Berlin 2011, S. 41.
- Bergwitz, Christoph*, Prozessuale Verwertungsverbote bei unzulässiger Videoüberwachung, NZA 2012, S. 353.
- Berkowsky, Wilfried*, Die personenbedingte Kündigung – Teil 2, NZA-RR 2001, S. 449.
- Berkowsky, Wilfried*, Verdachtskündigung: Das müssen Sie jetzt wissen, Arbeitsrecht aktiv 2009, S. 23.
- Bertram, Axel*, Offline-Verbot privater Internetnutzung am Arbeitsplatz jederzeit möglich?, GWR 2012, S. 388.
- Binkert, Gerhard*, Hände weg vom Kündigungsschutzgesetz, NZA 2010, S. 433.
- Bissels, Alexander / Haag, Gregor*, Kündigung nach Facebook-Beleidigung, AuA 2013, S. 187.
- Bissels, Alexander / Lützeler, Martin*, Compliance-Verstöße im Ernstfall: Der Weg zu einer verhaltensbedingten Kündigung, BB 2012, S. 189.
- Böhm, Wolf-Tassilo*, Non-Compliance und Arbeitsrecht, Diss. Erlangen-Nürnberg, Baden-Baden 2011.
- Brachmann, Carsten / Diepold, Markus*, Die Verdachtskündigung, AuA 2011, S. 72.
- Braun, Matthias / Mühlhausen, Peter / Munk, Jörg / Stück, Volker*, Berufsbildungsgesetz – Kommentar, 1. Aufl. 2004 (zitiert *BMMS/Bearbeiter*).
- Bredemeier, Jörg*, Außerordentliche Verdachtskündigung – aktuelle Übersicht der Rechtsprechung, öAT 2014, S. 29.
- Brilla, Martin*, Neues zur Verdachtskündigung, WStH Nr. 18 2013, S. 3501.



Brink, Stefan / Wybitul, Tim, Der „neue Datenschutz“ des BAG,
ZD 2014, S. 225.

Brink, Stefan, Beweisverwertungsverbot bei persönlichkeitsrechtswidriger
heimlicher Durchsuchungsmaßnahme,
jurisPR-ArbR 20/2013 Anm. 1.

Brodtrück, Lydia, ArbG Berlin: Anforderungen an die vorherige Anhörung
bei einer Verdachtskündigung, ArbRAktuell 2012, S. 385.

Brodtrück, Lydia, Voraussetzungen des Anspruchs auf Entfernung einer zu
Recht erteilten Abmahnung, ArbRAktuell 2013, S. 21.

Brors, Christiane, Zu den Voraussetzungen einer außerordentlichen
Kündigung wegen eines Bagatelverstoßes nach der Entscheidung des
Zweiten Senats vom 10.06.2010,
In: Recht– Politik – Geschichte 2011, S. 197.

Brötzmann, Ulrich, Kündigung nach Emmely-Urteil, LZ 2012, S. 22.

Busch, Matthias, Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht,
MDR 1995, S. 217.

Buschmann, Rudolf, Außerordentliche Kündigung wegen 1,30 €-
Leergutbons, Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg –
7 Sa 2017/08, AuR 2009, S. 220.

Byers, Philipp / Pracka, Johanna, Die Zulässigkeit der Videoüberwachung
am Arbeitsplatz, BB 2013, S. 760.

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV,
Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer
Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Aufl. 2011
(zitiert CR/Bearbeiter).

Chwalisz, Patrizia, Nachschieben neuer Kündigungsgründe bei einer
Verdachtskündigung, GWR 2013, S. 501.

Conze, Peter, Die Abmahnung in der aktuellen Rechtsprechung des
Bundesarbeitsgerichts, öAT 2010, S. 153.



Dahl, Holger, Zulässigkeit von Taschenkontrollen,
jurisPR-ArbR 5/2014 Anm. 6.

Däubler, Wolfgang / Hjort, Jens Peter / Schubert, Michael / Wolmerath, Martin (Hrsg.), Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 3. Aufl. 2013
(zitiert *HK-ArbR / Bearbeiter*).

Deinert, Olaf, Die Emmely-Entscheidung des BAG, PR 2011, S. 1.

Deinert, Olaf, Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema,
AuR 2005, S. 285.

Demko, Daniela, Zur Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verknüpften Nebenfolgen,
HRRS 2007, S. 286.

Dornbusch, Gregor / Fischermeier, Ernst / Löwisch, Manfred (Hrsg.),
Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2014
(zitiert *FaKo ArbR/Bearbeiter*).

Dorndorf, Eberhard / Weller, Bernhard / Hauck, Friedrich / Höland, Armin / Kriebel, Volkhart / Neef, Klaus, Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Aufl. 2001
(zitiert *HK-KSchG/Bearbeiter*).

Dörner, Klemens Maria, Abschied von der Verdachtskündigung?
NZA 1993, S. 873.

Dörner, Klemens Maria, Bestandsaufnahme und Kritik eines überkommenen Rechtsinstituts, AiB 1993, S. 147.

Dörner, Klemens Maria, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, S. 865.

Dörner, Klemens Maria, Kündigungsschutz im betrieblichen Alltag, 2013
(zitiert *Dörner, Kündigungsschutz*).

Düwell, Franz Josef, Gesetzesinitiativen zur Einschränkung von Bagatell- und Verdachtskündigungen, FA 2010, S. 108.



- Dzida, Boris*, Die Einladung zur Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung, NZA 2013, S. 412.
- Dzida, Boris*, Tat- und Verdachtskündigung bei komplexen Sachverhalten, NZA 2014, S. 809.
- Ebeling, Stefan*, Die Kündigung wegen Verdachts, Diss. Bonn, Baden-Baden 2006.
- Eckert, Michael*, Blick ins Arbeitsrecht, DStR 2012, S. 2235.
- Eckert, Michael*, (Vermeintliche) Bagatell-Delikte als Kündigungsgrund, BC 2010, S. 26.
- Edenfeld, Stefan*, Die außerordentliche Verdachtskündigung – Strafe für den Arbeitnehmer? JA 1996, S. 379.
- Egli, Daniel*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich, Bern 2000.
- Enderlein, Wolfgang*, Das erschütterte Arbeitgebervertrauen im Recht der verhaltensbedingten Tat- und Verdachtskündigung, RdA 2000, S. 325.
- Esch, Konstantin*, Anforderungen an die Einladung zur Anhörung im Rahmen der Verdachtskündigung, jurisPR-ArbR 46/2012 Anm. 4.
- Etzel, Gerhard / Bader, Peter / Fischermeier, Ernst / Friedrich, Hans-Wolf / Gallner, Inken / Griebeling, Jürgen / Kreft, Burghard / Link, Christian / Lipke, Gert-Albert / Rost, Friedhelm / Spilger, Andreas Michael / Treber, Jürgen / Vogt, Norbert / Weigand, Horst*, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR), 10. Aufl. 2013 (zitiert KR/Bearbeiter).
- Eylert, Mario / Friedrichs, Anne*, Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung, DB 2007, S. 2203.
- Eylert, Mario*, Die Verdachtskündigung, NZA-RR 2014, S. 393.
- Falkenberg, Rolf-Dieter*, Die Abmahnung, NZA 1988, S. 489.



Fandel, Stefan / Kock, Martin, Das Vertrauenskapital macht den Ausgang von Kündigungsschutzverfahren ungewiss, BB 2011, S. 61.

Faustmann, Uwe Julius / König, Christoph E., Ein Plädoyer für die Verdachtskündigung, AnwZert ArbR 2013, Anm. 2.

Fenn, Herbert, Anmerkung zu BAG v. 27.1.1972 – 2 AZR 157/71, SAE 1972, S. 237.

Ferme, Marco, Bagatellkündigungen ohne Abmahnung – Trotz „Emmely“ nach wie vor möglich?, AuA 2011, S. 80.

Fischer, Ulrich, Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung, BB 2003, S. 522.

Fischer, Ulrich, Die ewige Vertrauensfrage, SZ vom 21.6.2010, <http://www.sueddeutsche.de/karriere/emmely-und-die-folgen-die-ewige-vertrauensfrage-1.962778> (Abrufdatum: 29.3.2015).

Fischer, Ulrich, Interessenabwägung bei fristloser Kündigung („Emmely“), jurisPR-ArbR 48/2010 Anm. 1.

Fischermeier, Ernst, Zulässigkeit und Grenzen der Verdachtskündigung, In: AG Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein, Festschrift zum 25jährigen Bestehen, Bonn 2006, S. 275.

Fritz, Hans-Joachim / Nolden, Dagmar, Unterrichtungspflichten und Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, CCZ 2010, S. 170.

Fromm, Erich, Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe, Diss. Saarbrücken, Berlin 1995.

Frowein, Jochen / Peukert, Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009 (zitiert *Frowein/Peukert/Bearbeiter*).

Fuhlrott, Michael / Naumann, Lesley, Das Personalgespräch, AuA 2013, S. 407.



Fuhlrott, Michael, Die fristlose Kündigung wegen Vermögensdelikten zwei Jahre nach „Emmely“ – eine Bestandsaufnahme, ArbRAktuell 2012, S. 498.

Fuhlrott, Michael, Die im Verhalten begründete Kündigung nach „Emmely“ – Alles bleibt beim Alten, ArbRAktuell 2010, S. 541.

Fuhlrott, Michael, Voraussetzungen von Verdachtskündigungen (Teil 1), ArbRAktuell 2012, S. 553.

Fuhlrott, Michael, Voraussetzungen von Verdachtskündigungen (Teil 2), ArbRAktuell 2012, S. 605.

Fülbier, Ulrich / Splittgerber, Andreas, Keine (Fernmelde-)Geheimnisse vor dem Arbeitgeber?, NJW 2012, S. 1995.

Gallner, Inken / Mestwerdt, Wilhelm / Nägele, Stefan (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2015 (zitiert *HaKo/Bearbeiter*).

Gatz, Stefan, Verdachtskündigung infolge heimlicher Videoüberwachung, GWR 2014, S. 112.

Gaul, Björn / Schmidt-Lauber, Stefan, Die ordnungsgemäße Anhörung vor der Verdachtskündigung – Wirksamkeitsanforderungen von der Einladung bis hin zur Protokollierung, ArbRB 2012, S. 18.

Gaul, Björn, Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anhörung vor Verdachtskündigung, Aktuelles Arbeitsrecht 2/2011, S. 457.

Gentges, Peter, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht, Diss. Bochum, Baden-Baden 1995.

Gersdorf, Hubertus / Paal, Boris P., Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, Stand: 1.2.2015 (zitiert *BeckOK EMRK/Bearbeiter*).

Gilberg, Dirk, Statt Tat- und Verdachtskündigung: Die Vertrauenskündigung, DB 2006, S. 1555.

Ginal, Jens, Die arbeitsrechtlichen Folgen von Wettmanipulationen im Profifußball, Diss. Leipzig, Hamburg 2013.



- Göpfert, Burkard / Landauer, Martin*, „Arbeitsstrafrecht“ und die Bedeutung von Compliance-Systemen: Straftaten „für“ das Unternehmen, NZA-Beilage 1/2011, S. 16.
- Göpfert, Burkard / Merten, Frank / Siegrist, Carolin*, Mitarbeiter als Wissensträger – ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, NJW 2008, S. 1703.
- Göpfert, Burkard / Wilke, Elena*, Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund, ArbRAktuell 2011, S. 159.
- Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012
- Grimm, Detlef / Freh, Stefan*, Arbeitsrecht und Compliance (Teil I), ZWH 2/2013, S. 45.
- Grimm, Detlef / Freh, Stefan*, Arbeitsrecht und Compliance (Teil II), ZWH 3/2013, S. 89.
- Grimm, Detlef / Windeln, Norbert*, Kündigung wegen Bagatelldelikten – Viel Lärm um Altbekanntes!, ArbRB 2009, S. 374.
- Grobys, Marcel / Panzer-Heemeier, Andrea* (Hrsg.), StichwortKommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014 (zitiert *Grobys/Panzer/Bearbeiter*).
- Grunsky, Wolfgang*, Die Verdachtskündigung, ZfA 1977, S. 167.
- Häcker, Franziska*, Nicht ohne meinen Anwalt- Wann dürfen Rechtsanwälte an Personalgesprächen teilnehmen?, ArbRB 2015, S. 89.
- Hahn, Marius*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung, Diss. Gießen, Hamburg 2004.
- Hamacher, Arno*, Neues zur ordentlichen Verdachtskündigung, Schnellbrief für Personalwirtschaft und Arbeitsrecht 2014, S. 49.
- Heilmann, Aribert*, Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitation, Diss. Heidelberg, Heidelberg/Darmstadt 1964.



- Heimbach, Liv*, Das Verhältnis der außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung nach dem KSchG, Diss. Kiel, Frankfurt am Main 2009.
- Heinemeyer, Ilka / Thomas, Holger*, Compliance: Die Einhaltung der Zweiwochenfrist bei Ausspruch fristloser Kündigungen im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen, BB 2012, S. 1218.
- Heinze, Theodor*, Verdachtskündigung im Berufsausbildungsverhältnis?, AuR 1984, S. 237.
- Henne, Michael*, Kündigungsgrund trotz fehlerhafter, aber nicht gerügter Betriebsanhörung verwertbar, GWR 2014, S. 71.
- Herfs-Röttgen, Ebba*, Rechtsfragen rund um die Personalakte, NZA 2013, S. 478.
- Herkert, Josef / Törtl, Harald*, Berufsbildungsgesetz-Kommentar mit Nebenbestimmungen, Grundwerk mit 87. Ergänzungslieferung, Stand: 1.3.2015 (zitiert *Herkert/Törtl*).
- Hitzelberger-Kijima, Yukiko*, Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte, öAT 2013, S. 37.
- Hjort, Jens Peter*, BAG: Verdachtskündigung und heimliche Videoüberwachung, Anmerkung zu BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, ArbRAktuell 2014, S. 101.
- Hoefs, Christian*, Die Verdachtskündigung, Diss. Göttingen, Berlin 2001.
- Hold, Dieter / Kleinsorge, Georg*, Die Bagatellkündigung – Sanktionierung kleinerer Eigentums- und Vermögensdelikte, NWB 2010, 3190.
- Hoppe, René / Braun, Frank*, Arbeitnehmer-E-Mails: Vertrauen ist gut – Kontrolle ist schlecht - Auswirkungen der neuesten Rechtsprechung des BVerfG auf das Arbeitsverhältnis, MMR 2010, S. 80.
- Howald, Bert*, Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2013, S.195.
- Hueck, Alfred*, Anmerkung zu BAG v. 4.6.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13.



- Hümmerich Klaus / Reufels, Martin* (Hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen, 2. Aufl. 2011
(zitiert *Hümmerich/Reufels/Bearbeiter*).
- Hümmerich, Klaus / Boecken, Winfried / Düwell, Franz Josef* (Hrsg.), NomosKommentar Arbeitsrecht 2. Auflage 2010
(zitiert *NomosKo ArbR/Bearbeiter*).
- Hunold, Wolf*, „Geringfügige“ Vermögensdelikte von Mitarbeitern: Erfordernis einer Rechtsprechungsänderung?, DB 2009, S. 2658.
- Hunold, Wolf*, Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung, NZA-RR 2012, S. 399.
- Hunold, Wolf*, Außerordentliche Verdachtskündigung – Anhörung eines Arbeitnehmers, Anmerkung zu LAG Düsseldorf vom 25.6.2009 – 5 TaBV 87/09, NZA-RR 2010, S. 184.
- Hunold, Wolf*, Die Rechtsprechung zur Abmahnung und Kündigung bei Vertragsstörungen im Vertrauensbereich, NZA-RR 2003, S. 57.
- Hunold, Wolf*, Kavaliersdelikt Arbeitszeitbetrug?, AuA 2013, S. 24.
- Hunold, Wolf*, Personalgespräche, AuA 2013, S. 142.
- Hunold, Wolf*, Rechtsprechung zur Kündigung wegen Vertrauensbruch nach „Emmely“, NZA-RR 2011, S. 561.
- Ihle, Tania*, Beweisverwertungsverbote bei heimlicher Überwachung von Arbeitnehmern, BB 2014, S. 896.
- Jacobi, Jessica*, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer heimlichen Spind-Durchsuchung, ArbRB2014, S. 70.
- Jarass, Hans D.*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte, NVwZ 2012, S. 457.
- Joachim, Hans G.*, Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, S. 33.
- Kandaoureff, Katrin Ines / Rose, Franz-Josef*, Personalgespräch: Darf der Arbeitnehmer dritte Personen mitbringen?, DB 2008, S. 1210.



Karpenstein, Ulrich / Mayer, Franz C. (Hrsg.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 1. Aufl. 2012 (zitiert Karpenstein/Mayer/Bearbeiter).

Keilich, Jochen, Klassiker des Kündigungsrechts: Verdachtskündigung und Kündigung wegen Whistleblowing, AuA 2013, S. 522.

Keiser, Claudia, Der Verdacht des Bagatelldiebstahls im Arbeitsrecht – Das sog. Pfandbonurteil, JR 2010, S. 55.

Kern, Jan, Erstattung von Detektivkosten auch bei Verdachtskündigung, ArbRAktuell 2014, S. 133.

Kern, Jan, Kein Anspruch des Betriebsrats auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte eines Betriebsratsmitglieds, ArbRAktuell 2014, S. 235.

Kirsch, Rolf / Strybny, Derk, „Tücken“ bei der Betriebsratsanhörung im Zusammenhang mit Kündigungen, BB Beilage 2005, Nr. 114, S. 10.

Kittner, Michael / Däubler, Wolfgang / Zwanziger, Bertram (Hrsg.), KSchR – Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014 (zitiert Kittner/Däubler/Zwanziger/Bearbeiter, KSchR).

Kittner, Michael / Zwanziger, Bertram / Deinert, Olaf (Hrsg.), Arbeitsrecht - Handbuch für die Praxis, 7. Aufl. 2013 (zitiert Kittner/Zwanziger/Deinert/Bearbeiter).

Kittner, Michael, Anmerkung zu BAG v. 26.3.1992, EzA Nr. 4 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

Klasen, Evelyn / Schaefer, Sandra, Whistleblower, Zeuge und „Beschuldigter“ – Informationsweitergabe im Spannungsfeld grundrechtlicher Positionen, BB 2012, S. 641.

Kleinebrink, Wolfgang, Anmerkung zu BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 782/11, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 34.

Kleinebrink, Wolfgang, Arbeitgeberseitige Strategien zur Verhinderung eines Aufbaus und zum Abbau eines Vertrauenskapital, BB 2011, S. 2617.



Klueß, Achim, Geringwertige Vermögensdelikte – Keine zwangsläufige Entlassung, NZA 2009, S. 337.

Koch, Ulrich, Langjährige Mitarbeiter dürfen das, BB Die erste Seite 2010, Nr. 45.

Kort, Michael, Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte wegen bloßen Zeitablaufs, In: Festschrift für Gerrick Freiherr v. Hoyningen-Huene zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 201.

Kreft, Burghard, Einige Thesen zum Kündigungsschutz bei Bagatelldelikten, In: Festschrift für Etzel, Köln 2011, S. 225.

Kreft, Burghard, Kontinuität und Wandel beim Bestandsschutz, NZA Beilage 2012, Beilage 2, S. 58.

Kriebitzsch, Malte, Bericht der 3. Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. in Kiel vom 25.10.2010, http://www.arbeitsgerichtsverband.de/uploads/3/1/0/5/31052821/10-11-25_ot_kiel.pdf, (Abrufdatum: 29.3.2015).

Lange, Niels / Vogel, Thius, Verdachtskündigung: Teilnahmerecht des Rechtsanwalts an der Anhörung, DB 2010, S. 1066.

Langner, Sören / Witt, Boris, Aktuelles zur Verdachtskündigung, DStR 2008, S. 825.

Lechner, Hans-Ludwig, Fristlose Kündigung bei vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit, AnwZert ArbR 13/2014, Anm. 2.

Leinemann, Wolfgang / Taubert, Thomas, Berufsbildungsgesetz - Kommentar, 2. Aufl. 2008.

Lembke, Mark, Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis, RdA 2013, S. 82.

Lembke, Mark, Urteil in Sachen "Emmely": Im Grundsatz richtig – im konkreten Fall auch?, DB 2010, Heft 47, S. M01.



Lenaerts, Koen, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, S. 3.

Lingemann, Stefan, BAG: Außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds erfordert Vertragspflichtverletzung – Amtspflichtverletzung genügt nicht, Anmerkung zu BAG vom 12.5.2010 – 2 AZR 587/08, ArbRAktuell 2010, S. 628.

Lingemann, Stefan, Kündigungsschutz, 1. Aufl. 2011.

Lohse, Sven, Beschäftigtendatenschutz bei der Verhinderung und Aufdeckung von Straftaten, Diss. Bochum, Hamburg 2013.

Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Elfter Band: EMRK; IP BPR, 26. Aufl. 2011 (zitiert Löwe/Rosenberg/Bearbeiter).

Löwisch, Manfred / Spinner, Günter / Wertheimer, Frank, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl. 2013 (zitiert Löwisch/Spinner/Wertheimer/Bearbeiter).

Lücke, Oliver, Die Verdachtskündigung – Fragen aus der Praxis, BB 1998, S. 2259.

Lücke, Oliver, Unter Verdacht: die Verdachtskündigung, BB 1997, S. 1842.

Lunk, Stefan, Das Ende der Verdachtskündigung droht, FAZ v. 5.3.2014, S. 16.

Lunk, Stefan, Die Verdachtskündigung: Eine Rechtsfigur vor dem Aus? Zugleich eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, NJW 2010, S. 2753.

Lützeler, Martin / Müller-Sartori, Patrick, Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht, CCZ 2011, S. 19.

Maier, Jutta, „Eine Riesenschweinerei“ – Interview mit Doro Zinke, FR vom 25.2.2009, <http://www.fr-online.de/wirtschaft/interview-mit-doro-zinke-eine-riesenschweinerei-,1472780,3337468.html> (Abrufdatum: 29.3.2015).



Mansdörfer, Marco, Die Aussagepflicht der Mitarbeiter bei wertbasierten unternehmensinternen Ermittlungen, jM 2014, S. 167.

Maties, Martin, Arbeitnehmerüberwachung mittels Kamera?, NJW 2008, S. 2219.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Band II, Stand 2014
(zitiert *Maunz/Dürig/Bearbeiter, Band II*).

Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Band III, Stand 2014
(zitiert *Maunz/Dürig/Bearbeiter, Band III*).

Mennemeyer, Siegfried / Dreymüller, Dagmar, Verzögerungen der Arbeitnehmeranhörung bei der Verdachtskündigung, NZA 2005, S. 382.

Mergel, Anja, Kontrolle der E-Mail- und Internetkommunikation am Arbeitsplatz – Wege durch einen juristischen Irrgarten, BB 2004, S. 2014.

Merten, Frank, Nachschieben von Kündigungsgründen bei einer Verdachtskündigung, ArbRAktuell 2013, S. 577.

Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010 (zitiert *Meyer/Bearbeiter*).

Meyer, Michael, Kündigungsschutz im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit nach der Grundrechtecharta?, NZA 2014, 393

Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 56. Aufl. 2013
(zitiert *Meyer-Goßner/Bearbeiter*).

Meyer-Ladewig, Jens (Hrsg.), EMRK Handkommentar, 3. Aufl. 2011.

Mitterer, Lorenz, Arbeitgeberseitige Kündigung wegen außerdienstlichen strafrechtsrelevanten Verhaltens des Arbeitnehmers, NZA-RR 2011, S. 449.

Moll, Wilhelm (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012 (zitiert *Moll/Bearbeiter*).



- Monjau, Herbert*, Die Verdachtskündigung, DB 1960, S. 1067.
- Moritz, Klaus*, Die Grenzen der Verdachtskündigung, NJW 1978, S. 402.
- Müller, Knut / Deeg, Oliver*, Die Teilnahme des Anwalts im Personalgespräch, ArbRAktuell 2010, S. 620.
- Müller, Knut*, LAG Hessen: Arbeitnehmerrecht auf Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes bei Anhörung zur Verdachtskündigung, Anmerkung zu LAG Hessen vom 1.8.2011 - 16 Sa 202/11, ArbRAktuell 2011, S. 516.
- Müller, Stefan*, Die Personalakte in der Arbeitsrechtspraxis, DB 2011, S. 2604.
- Müller, Stefan*, Die verhaltensbedingte Kündigung – Leitfaden für die Praxis, 1. Aufl. 2013.
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015 (zitiert ErfK/Bearbeiter).
- Naujok, Volker*, Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung, AuR 1998, S. 398.
- Neufeld, Tobias*, Umgang mit Whistleblowern – Handlungsempfehlungen für die betriebliche Praxis, AuA 2013, S. 78.
- Nicklaus, Christina*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht, Diss. Düsseldorf, Hamburg 2012.
- Novara, Fabian / Knierim, Merle*, Die arbeitsrechtliche Abmahnung nach der „Emmely“- Entscheidung, NJW 2011, S. 1175.
- Ohlendorf, Bernd / Fuhlrott, Michael*, Die Betriebsratsanhörung in der betrieblichen Praxis, ArbRAktuell 2011, S. 292.
- Otto, Alexander*, Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Diss. Potsdam, Berlin 2000.



- Pape, Robert*, Die tarifvertragliche Unkündbarkeit, Diss. Kiel, Frankfurt am Main 2002.
- Pauly, Holger*, Hauptprobleme der arbeitsrechtlichen Abmahnung, NZA 1995, 449.
- Pawlak, Klaus / Geißler, Michael*, Bagatellkündigungen im öffentlichen Dienst – Rechtsprechungsänderung durch „Emmely“?, öAT 2011, S. 270.
- Pawlak, Klaus / Geißler, Michael*, Die Verdachtskündigung im öffentlichen Dienst, öAT 2011, S. 129.
- Perreng, Martina*, Verdachtskündigungen ausschließen, Einblick 14/09, S. 7.
- Preis, Ulrich*, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229.
- Preis, Ulrich*, Minima (non) curator praetor, Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund, Teil I, AuR 2010, S. 186.
- Preis, Ulrich*, Minima (non) curator praetor, Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund, Teil II, AuR 2010, S. 242.
- Preis, Ulrich*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, Diss. Köln, München 1987 (*zitiert Preis, Prinzipien*).
- Raab, Thomas*, Das Fragerecht des Arbeitgebers nach schwebenden Strafverfahren und die Unschuldsvermutung des Bewerbers, RdA 1995, S. 36.
- Raab, Thomas*, Die Abmahnung als Verzicht auf das Kündigungsrecht, In: Festschrift für Buchner, München 2009, S. 704.
- Raif, Alexander*, Auswirkungen von Sanktionslisten auf das Arbeitsverhältnis, Diss. Berlin, Hamburg 2010.
- Range-Ditz, Daniela*, Darlegungspflichten des Arbeitgebers bei Verdachtskündigung, ArbRB 2013, S. 104.



- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland*,
Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 5. Aufl. 2009
(zitiert *MüKo-BGB/Bearbeiter*).
- Reinecke, Gerhard*, „Trennungsgespräche“, AuR 2011, S. 234.
- Reuter, Dieter*, Das Verhältnis von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung des Arbeitgebers, In: Festschrift für Richardi, München 2007, S. 361.
- Reuter, Wolf*, „Geringwertige Vermögensdelikte“ und Kündigungen – kein Änderungsbedarf beim BAG, NZA 2009, S. 594.
- Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Helmut / Oetker, Harmut*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl. 2009.
- Richardi, Reinhard*, Betriebsverfassungsgesetz, 14. Aufl. 2014
(zitiert *Richardi/Bearbeiter*).
- Riesenhuber, Karl*, Der Einsichts- und Löschungsanspruch nach §§ 34, 35 BDSG im Beschäftigungsverhältnis - Am Beispiel der Personalakten; Vor- und Rückschritte in der Rechtsprechung zum Beschäftigtendatenschutz, NZA 2014, 753.
- Rieth, Horst*, „Emmely“ und der wichtige Grund zur fristlosen Kündigung – eine Nachbetrachtung, HFR 12/2011, S. 1.
- Rinck, Klaus / Kaufmann, Birgitta*, Wandlungen in der Rechtsprechung: Neue Entwicklungen im Kündigungsschutz – und Arbeitskampfrecht, RdA 2012, S. 187.
- Ritter, Thomas*, Abmahnung: Ende des zeitbedingten Entfernungsanspruch infolge der „Emmely“-Entscheidung des BAG, DB 2011, S. 175.
- Ritter, Thomas*, Das Abmahnungsrecht ist ein unselbständiger Teil des Kündigungsrechts, DB 2013, S. 344.
- Ritter, Thomas*, Die Verdachtsabmahnung, NZA 2012, S. 19.



Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter
(Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht,
Stand: 1.3.2015 (zitiert *BeckOK AR /Bearbeiter*).

Römermann, Martin, Dem Verdacht richtig nachgehen,
Personalmagazin 09/12, S. 78.

Roos, Bernd, ... und andere Kleinigkeiten: Die Rechtsprechung zur
Bagatellkündigung im Lichte der Emmely-Entscheidung,
dbr 2011, S. 22.

Rost, Friedhelm, Die Verdachtskündigung,
Marburg law review 4 (2011), S. 8.

Rousseau, Denise M. / Sitkin, Sim B. / Burt, Ronald S. / Camerer, Colin,
Not so different after all: A cross-discipline view of trust. In:
Academy of Management Review 1998, Vol. 23 Nr. 3, S. 393–404.

Rudkowski, Lena, Die Aufklärung von Compliance-Verstößen durch
Interviews, NZA 2011, S. 612.

Salamon, Erwin / Rogge, Nico, Funktionen der Abmahnung und
Entfernungsanspruch nach „Emmely“ – Eine Neubewertung durch das
BAG, NZA 2013, S. 363.

Sasse, Stefan / Freihube, Dirk, Die Anhörung bei der Verdachtskündigung,
ArbRB 2006, S. 15.

Scharff, Bettina, Voraussetzungen der Sachaufklärung bei der
Verdachtskündigung, AuA 2014, S. 250.

Schaub, Günter (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013
(zitiert *Schaub/Bearbeiter, Arb-Hdb.*).

Scheben, Barbara / Klos, Christian, Analyse von Chatprotokollen und
E-Mails – Was ist erlaubt? Was ist verwertbar? CCZ 2013, S. 88.

Schierle, Karlheinz / Wischnath, Hans-Martin, Die Betriebsratsanhörung
im Kündigungsschutzprozess, In: Mittag/Ockenga/Schierle /
Vorbau/Wischnath: Die Sicherung von Arbeitnehmerrechten,
1. Auflage 2008.



- Schlachter, Monika*, Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers, NZA 2005, S. 433.
- Schlegeit, Tino*, Das BAG und die Verdachtskündigung, Diss. Halle-Wittenberg, Frankfurt am Main 2008.
- Schmitt-Rolfes, Günter*, Auch Emmely war erst abzumahnen, AuA 2011, S. 694.
- Schmitt-Rolfes, Günter*, Der schwere Schatten des Verdachts, AuA 2014, S. 199.
- Schmitz-Scholemann, Christoph*, Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2012, S. 1001.
- Schmolke, Klaus Ulrich*, Die Abberufung des Vorstandsmitglieds auf Verdacht – Ein Beitrag zur Auslegung des § 84 Abs. 3 AktG, AG 2014, S. 377.
- Schrader, Peter / Dohnke, Nancy*, Abmahnung und Datenschutz, NZA-RR 2012, S. 617.
- Schrader, Peter / Straube, Gunnar*, Dürfen „Alte“ klauen? Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung bei Vermögensdelikten, ArbRAktuell 2009, S. 7.
- Schrader, Peter / Thoms, Tina / Möller, Lars Christian*, Ein Plädoyer für die ordentliche Verdachtskündigung, ArbRAktuell 2014, S. 310.
- Schrader, Peter*, Abmahnung und „Vertrauenkapital“, NJW 2012, S. 342.
- Schrader, Peter*, Verwirkung der Abmahnung durch Zeitablauf?, NZA 2011, S. 180.
- Schulze, Marc-Oliver / Greve, Silke*, Videoüberwachung – Mitbestimmung des Betriebsrats und Schmerzensgeld, ArbRAktuell 2014, S. 245.
- Schuster, Doris-Maria*, Beweisverwertungsverbot bei heimlicher Schrankdurchsuchung, ArbRAktuell 2014, S. 84.
- Schütte, Reinhard*, Die Verdachtskündigung, NZA 1991, Beilage 2, S. 17.



- Schwarze, Roland / Eylert, Mario / Schrader, Peter*,
Kündigungsschutzgesetz: KSchG, Kommentar, 1. Aufl. 2011.
- Schwerdtner, Peter*, Die Verdachtskündigung, Brennpunkte des
Arbeitsrechts 2001, S. 243.
- Seel, Henning-Alexander*, Aktuelles zum Umgang mit E-Mails und Internet
im Arbeitsverhältnis – Was sind die Folgen privater
Nutzungsmöglichkeit? öAT 2013, S. 4.
- Seeling, Rolf Otto / Zwickel, Martin*, Die Rechtsprobleme der
Verdachtskündigung aus praktischer Sicht, MDR 2008, S. 1020.
- Seifert, Matthias / Pawlowsky, Peter*, Innerbetriebliches Vertrauen als
Verbreitungsgrenze atypischer Beschäftigungsformen,
MittAB 1998, S. 599.
- Spielberger, Marc / Kaiser, Anna*, Besteht ein Anspruch des
Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes bei der
Anhörung zu einer Verdachtskündigung?
Schnellbrief Arbeitsrecht 2/2014, S. 12.
- Sprengler, Bernd*, Kündigung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung,
jurisPR-ArbR 35/2013 Anm. 2.
- Stahlhacke, Eugen / Preis, Ulrich / Vossen, Reinhard*, Kündigung und
Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. 2010
(zitiert *Stahlhacke/Preis/Vossen/Bearbeiter*).
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I:
Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts.
Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. 1984.
- Stoffels, Markus*, Die „Emmely“-Entscheidung des BAG – bloß eine
Klarstellung von Missverständnissen?, NJW 2011, S. 118.
- Stoffels, Markus*, Neue Spielregeln bei Abmahnung, Anhörung und
Verdachtskündigung? In: Maschmann, Frank, Kündigungsrecht:
alte und neue Fragen, Mannheimer Arbeitsrechtstag 2013,
Baden-Baden 2013, S. 37.



- Stöhr, Alexander*, Verdachtskündigung und Druckkündigung,
JuS 2010, S. 1052.
- Sträßner, Heinz R.*, Rechtliche Aspekte des Mitarbeitergesprächs in der
Pflege, PflR 2010, S. 655.
- Straube, Gunnar / Haupt, Felix*, Haltet den Dieb – Verdachtskündigung bei
laufendem Strafverfahren, ArbRAktuell 2009, S. 132.
- Straube, Gunnar*, BAG: Verdachtskündigung und Strafverfahren,
Anmerkung zu BAG v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09,
ArbRAktuell 2011, S. 220.
- Strobel, Michael*, Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung unter
besonderer Berücksichtigung der Rechtslage nach späterer
Entkräftung des Verdachts, Diss. Hamburg 1966.
- Stück, Volker*, BAG: Beweisverwertungsverbot bei Kündigung wegen
heimlicher Spindkontrolle, CCZ 2014, S. 191.
- Stück, Volker*, Entfernungsfrist einer Abmahnung, AuA 2013, S. 374.
- Stück, Volker*, Rechtliche Aspekte kritischer Personalgespräche,
DB 2007, S. 1137.
- Thillmann, Karin*, Besonderheiten bei der Kündigung eines
Berufsausbildungsverhältnisses, AnwZert ArbR 22/2008 Anm. 1.
- Thüsing, Gregor / Pötters, Stephan*, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 –
2 AZR 541/09, EZA BGB 2002 § 626 Nr. 32.
- Thüsing, Gregor*, Beschäftigtendatenschutz und Compliance: Effektive
Compliance im Spannungsfeld von BDSG, Persönlichkeitsschutz
und betrieblicher Mitbestimmung, 2. Aufl. München 2014.
- Tiedemann, Jens*, Die Revisibilität der Interessenabwägung bei
Kündigungen, ArbRB 2011, S. 157.
- Tiedemann, Jens*, Vertrauenskapital langjähriger Beschäftigter -
Interessenabwägung bei fristlosen Kündigung wegen
Bagatelldelikten nach „Emmely“, ArbRB 2011, S. 93.



Tschöpe, Ulrich (Hrsg.), *Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht*, 8. Aufl. 2013.
(zitiert *Tschöpe/Bearbeiter*).

Tschöpe, Ulrich, Außerordentliche Kündigung bei Diebstahl
geringwertiger Sachen, *NZA* 1985, S. 588.

Tschöpe, Ulrich, Verhaltensbedingte Kündigung – Eine systematische
Darstellung im Lichte der BAG-Rechtsprechung, *BB* 2002, S. 778.

Urban, Nele, Rechtliche Aspekte von Personalgesprächen,
ArbRAktuell 2011, S. 87.

Vedder, Christoph / Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.),
Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, 1. Aufl. 2012
(zitiert *Vedder/Heintschel von Heinegg/Bearbeiter*).

Vogt, Volker, Aktuelles zu Abmahnungen, *StBW* 2014, S. 37.

Vom Stein, Jürgen, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von
Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der
Verdachtskündigung, *Diss. Köln* 1989.

Von Hoyningen-Huene, Gerrick / Linck, Rüdiger / Krause, Rüdiger,
Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 15. Aufl. 2013
(zitiert *vHH/L/Bearbeiter*).

Von Steinau-Steinrück, Robert / Glanz, Peter, Die Verdachtskündigung in
der Praxis, *NJW-Spezial* 2008, S. 274.

Voß, Oliver, „Abmahnungen werden zunehmen“, *Wirtschaftswoche* vom
11.6.2010, [http://www.wiwo.de/erfolg/emmely-urteil-
abmahnungen-werden-zunehmen/5652594.html](http://www.wiwo.de/erfolg/emmely-urteil-abmahnungen-werden-zunehmen/5652594.html)
(Abrufdatum: 29.3.2015).

Wahlers, Ulrich, Fristlose Kündigung wegen illegaler Downloads am
Arbeitsplatz und Computersabotage, *jurisPR-ITR* 6/2014 Anm. 6.

Waldenfels, Aurel, Aktuelles zur Abmahnung, *ArbR Aktuell* 2012, S. 209.

Walker, Wolf-Dietrich, Die begrenzte Bedeutung des Falles „Emmely“ für
die Entwicklung der Rechtsprechung zur außerordentlichen
Kündigung, *NZA* 2009, S. 921.



- Walker, Wolf-Dietrich*, Die Kündigung wegen eines Bagatelldelikts, Geklärte und ungeklärte Fragen nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG, NZA 2011, S. 1.
- Walker, Wolf-Dietrich*, Fehlentwicklungen bei der Abmahnung im Arbeitsrecht, NZA 1995, 601.
- Weber, Christoph*, Verdachtskündigung, Gemeinsame Anmerkung zu den BAG-Urteilen vom 5.5.1994 – 2 AZR 799/93 – und vom 14.9.1994 – 2 AZR 164/94, SAE 1996, S. 57.
- Weber, Jörg-Andreas*, Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil wegen eines Bagatelldelikts am Beispiel der „Emmely“-Entscheidung, RdA 2011, S. 108.
- Wedde, Peter*, Arbeitsrecht, Kompaktkommentar zum Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 3. Aufl. 2012 (zitiert *Wedde/Bearbeiter*).
- Weißleder, Wolfgang*, Probleme der Verdachtskündigung – Anmerkungen zum Urteil des LAG Schleswig-Holstein vom 18.6.2002, SchlHA 12/2003, S. 288.
- Weller, Bernd*, Bei langer Betriebszugehörigkeit ist auch bei Straftaten gegen den Arbeitgeber in der Regel eine Abmahnung erforderlich – „Emmely“, GWR 2010, S. 560.
- Weller, Bernd*, Ein Update – Betriebsratsanhörungen, AuA 2011, S. 84.
- Wessing, Paul*, Die Voraussetzungen der Verdachtskündigung, AnwZert ArbR 11/2008, Anm. 3.
- Wetzling, Frank / Habel, Maren*, Die Abmahnung – arbeitsrechtlich und personalführungstechnisch aktuelle Aspekte, BB 2011, S. 1077.
- Wilhelm, Gerhard*, Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Abmahnung, NZA-RR 2002, S. 449.
- Wisskirchen, Gerlind / Schumacher, Maria-Susanna / Bissels, Alexander*, „Vorweggenommene Abmahnung“ – statt des Mantras der unentbehrlichen Abmahnung, BB 2012, S. 1473.



- Wlachojiannis, Constantin*, Die wirksame Verdachtskündigung, Betrieb und Wirtschaft 2003, S. 782.
- Wohlgemuth, Hans Hermann*, Berufsbildungsgesetz, 1. Aufl. 2011 (zitiert *Wohlgemuth/Bearbeiter*).
- Wybitul, Tim / Pötters, Stephan*, BAG definiert Beschäftigtendatenschutz neu – Beweismittel wegen Datenschutzverstoß im Kündigungsschutzprozess nicht verwertbar, BB 2014, S. 437.
- Zboralski, Katja*, Wissensmanagement durch Communities of Practice: eine empirische Untersuchung von Wissensnetzwerken, Diss. Berlin, Wiesbaden 2007.
- Zimmerling, Wolfgang*, LAG Berlin-Brandenburg: Außerordentliche Kündigung eines Lehrers wegen sexueller Übergriffe, Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg vom 20.07.2011 – 26 Sa 1269/10, öAT 2012, S. 18.
- Zimmermann, André / Glück, Anja*, Beweisverwertungsverbot bei heimlicher Schrankkontrolle, jurisPR-ArbR 14/2014, Anm. 2.
- Zimmermann, André / Pfeiffer, Alexander*, Notwendige Angaben in der Betriebsratsanhörung zur Einhaltung der Ausschlussfrist bei außerordentlicher Kündigung, jurisPR-ArbR 21/2013, Anm. 6.
- Zuber, Jörg*, Das Abmahnungserfordernis vor Ausspruch verhaltensbedingter Kündigungen, NZA 1999, S. 1142.
- Zundel, Frank*, Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2012, NJW 2013, S. 579.
- Zylka, Regine*, Fall Emmely empört Thierse, Berliner Zeitung vom 26.2.2009, <http://www.berliner-zeitung.de/archiv/-barbarisches-urteil-fall-emmely-empoert-thierse,10810590,10622942.html> (Abrufdatum: 29.3.2015).
- Zypries, Brigitte*, „Bagatellen rechtfertigen keine fristlose Kündigung“ – „Für kleinkarierte Verbote im Betrieb fehlt mir jedes Verständnis“, ZRP 2010, S. 29.



Abkürzungsverzeichnis

€	Euro
<i>a. A.</i>	andere/r Ansicht
<i>a. F.</i>	alte Fassung
<i>Ab.</i>	Abschnitt
<i>Abl. EG</i>	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
<i>Abl. EU</i>	Amtsblatt der Europäischen Union
<i>Abs.</i>	Absatz
<i>AE</i>	Arbeitsrechtliche Entscheidungen (Zeitschrift)
<i>AEMR</i>	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
<i>AEUV</i>	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
<i>AG</i>	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
<i>AiB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
<i>Alt.</i>	Alternative
<i>Anh.</i>	Anhang
<i>Anm.</i>	Anmerkung
<i>AnwZert ArbR</i>	AnwaltZertifikat Online Arbeitsrecht (elektronische Zeitschrift)
<i>AP</i>	Arbeitsrechtliche Praxis
<i>APS</i>	Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht
<i>AR</i>	Arbeitsrecht
<i>ArbG</i>	Arbeitsgericht
<i>ArbGG</i>	Arbeitsgerichtsgesetz
<i>Arb-Hdb.</i>	Arbeitsrechts-Handbuch
<i>ArbR</i>	Arbeitsrecht
<i>ArbRAktuell</i>	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
<i>ArbRB</i>	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
<i>AuA</i>	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
<i>AuR</i>	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
<i>B.Z.</i>	Berliner Zeitung
<i>BAG</i>	Bundesarbeitsgericht



<i>BAGE</i>	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
<i>BAT</i>	Bundesangestelltentarifvertrag
<i>BB</i>	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
<i>BBiG</i>	Berufsbildungsgesetz
<i>BC</i>	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling (Zeitschrift)
<i>Bd.</i>	Band
<i>BDG</i>	Bundesdisziplinalgesetz
<i>BDSG</i>	Bundesdatenschutzgesetz
<i>BeckOK</i>	Beck'scher Onlinekommentar
<i>BeckRS</i>	Beck-Rechtsprechung
<i>BEEG</i>	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
<i>BerlVerf</i>	Verfassung von Berlin
<i>Beschl.</i>	Beschluss
<i>BetrVG</i>	Betriebsverfassungsgesetz
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof
<i>BH</i>	Benecke/Hergenröder, Berufsbildungsgesetz
<i>BMMS</i>	Braun/Mühlhausen/Munk/Stück, Berufsbildungsgesetz
<i>BRD</i>	Bundesrepublik Deutschland
<i>BremVerf</i>	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen
<i>bspw.</i>	beispielsweise
<i>BT-Drucksache</i>	Bundestagsdrucksache
<i>BVerfG</i>	Bundesverfassungsgericht
<i>BVerfGE</i>	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<i>BVerwG</i>	Bundesverwaltungsgericht
<i>bzw.</i>	beziehungsweise
<i>CCZ</i>	Corporate Compliance Zeitschrift (Zeitschrift)
<i>CR</i>	Calliess/Ruffert, EUV/AEUV
<i>d. h.</i>	das heißt
<i>DB</i>	Der Betrieb (Zeitschrift)
<i>dbr</i>	Der Betriebsrat (Zeitschrift)



<i>ders.</i>	derselbe
<i>DGB</i>	Deutscher Gewerkschaftsbund
<i>Diss.</i>	Dissertation
<i>DM</i>	Deutsche Mark
<i>DStR</i>	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
<i>ebd.</i>	ebenda
<i>EDV-System</i>	Elektronisches Datenverarbeitung-System
<i>EGMR</i>	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
<i>EGV</i>	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
<i>Einf.</i>	Einführung
<i>EMRK</i>	Europäische Menschenrechts-Konvention
<i>ErfK</i>	Erfurter Kommentar
<i>EU-GRCharta</i>	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
<i>EuGRZ</i>	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Zeitschrift)
<i>EuR</i>	Europarecht (Zeitschrift)
<i>EUV</i>	Vertrag über die Europäische Union
<i>EWiR</i>	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
<i>EzA</i>	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
<i>f.</i>	folgend/e/r
<i>FA</i>	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
<i>FaKo</i>	Fachanwaltskommentar
<i>FA-Ko</i>	Fachanwaltskommentar
<i>FAZ</i>	Frankfurter Allgemeine Zeitung
<i>FD-ArbR</i>	Fachdienst Arbeitsrecht (Zeitschrift)
<i>ff.</i>	fortfolgende
<i>GewO</i>	Gewerbeordnung
<i>GG</i>	Grundgesetz
<i>Ggf.</i>	Gegebenenfalls
<i>grds.</i>	grundsätzlich
<i>GWR</i>	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
<i>h. M.</i>	herrschende Meinung
<i>HaKo</i>	Handkommentar



<i>Halbs.</i>	Halbsatz
<i>HessVerf</i>	Verfassung des Landes Hessen
<i>HFR</i>	Humboldt Forum Recht (Zeitschrift)
<i>HK-ArbR</i>	Däubler /Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht
<i>HK-KSchG</i>	Dorndorf/Weller/Hauck/Höland/Kriebe/Neef, Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
<i>Hrsg.</i>	Herausgeber
<i>i. H. v.</i>	in Höhe von
<i>i. S. d.</i>	im Sinne des
<i>i. V. m.</i>	in Verbindung mit
<i>insb.</i>	insbesondere
<i>IPBPR</i>	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
<i>jM</i>	Juris - die Monatszeitschrift (Zeitschrift)
<i>JR</i>	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
<i>jurisPR-ArbR</i>	Juris Praxisreport Arbeitsrecht
<i>jurisPR-ITR</i>	Juris Praxisreport Informationstechnologierecht
<i>JuS</i>	Juristische Schulung (Zeitschrift)
<i>Kap.</i>	Kapitel
<i>Komm.</i>	Kommentar
<i>KR</i>	Etzel u.a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
<i>KSchG</i>	Kündigungsschutzgesetz
<i>LAG</i>	Landesarbeitsgericht
<i>LG</i>	Landesgericht
<i>LZ</i>	Lebensmittel Zeitung (Zeitschrift)
<i>m. w. N.</i>	mit weiteren Nachweisen
<i>MDR</i>	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
<i>MittAB</i>	Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (nun Zeitschrift für ArbeitsmarktForschung (ZAF))
<i>MLR</i>	Marburg Law Review (Zeitschrift)
<i>MMR</i>	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
<i>MuSchG</i>	Mutterschutzgesetz
<i>MüKo</i>	Münchener Kommentar



<i>NJOZ</i>	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Zeitschrift)
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
<i>Nr.</i>	Nummer
<i>NVwZ</i>	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
<i>NWB</i>	NWB – Fachinformationen zum Steuer- und Wirtschaftsrecht und zum Rechnungswesen (Zeitschrift)
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
<i>NZA-RR</i>	NZA-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
<i>öAT</i>	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (Zeitschrift)
<i>OLG</i>	Oberlandesgericht
<i>PfIR</i>	Zeitschrift für Rechtsfragen in der stationären und ambulanten Pflege (Zeitschrift)
<i>PR</i>	Der Personalrat (Zeitschrift)
<i>RAG</i>	Reichsarbeitsgericht
<i>RdA</i>	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
<i>RG</i>	Reichsgericht
<i>RhPfvVerf</i>	Verfassung für Rheinland-Pfalz
<i>RL</i>	Richtlinie
<i>Rn.</i>	Randnummer
<i>ROHG</i>	Reichsoberhandelsgericht
<i>Rs.</i>	Rechtssache
<i>s</i>	siehe
<i>S.</i>	Seite
<i>s. o.</i>	siehe oben
<i>s. u.</i>	siehe unten
<i>SAE</i>	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
<i>SchlHA</i>	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
<i>SeemG</i>	Seemannsgesetz
<i>SGB</i>	Sozialgesetzbuch
<i>SLVerf</i>	Verfassung des Saarlandes
<i>sog.</i>	sogenannt
<i>SPD</i>	Sozialdemokratische Partei Deutschlands



<i>St. Rspr.</i>	Ständige Rechtsprechung
<i>StBW</i>	Steuerberater Woche (Zeitschrift)
<i>StGB</i>	Strafgesetzbuch
<i>StPO</i>	Strafprozessordnung
<i>SZ</i>	Süddeutsche Zeitung
<i>TKG</i>	Telekommunikationsgesetz
<i>TzBfG</i>	Teilzeit- und Befristungsgesetz
<i>u. a.</i>	und andere/ unter anderem
<i>u. ä.</i>	und ähnlich
<i>u. U.</i>	unter Umständen
<i>Urt.</i>	Urteil
<i>v.</i>	vom/von
<i>VerfBrand</i>	Verfassung des Landes Brandenburg
<i>Vgl.</i>	Vergleiche
<i>vHH/L</i>	Von Hoyningen-Huene/Linck/Krause, Kündigungsschutzgesetz
<i>Vol.</i>	Volume
<i>Vorb.</i>	Vorbemerkung
<i>vs.</i>	versus
<i>WStH</i>	Die Wirtschafts- und Steuerhefte (Zeitschrift)
<i>z. B.</i>	zum Beispiel
<i>ZD</i>	Zeitschrift für Datenschutz (Zeitschrift)
<i>ZfA</i>	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
<i>ZfR</i>	Zeitschrift für das gesamte Rechnungswesen (Zeitschrift)
<i>ZHW/ZHR</i>	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht – vormals Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht bzw. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Zeitschrift)
<i>ZPO</i>	Zivilprozessordnung
<i>ZRP</i>	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)





