

## ZivilR Aufsatz

Lara Schmidt\*

# Auf Verdacht gekündigt

Das Institut der Verdachtskündigung und dessen grundrechtlichen Implikationen.

*Der Aufsatz stellt das Institut der Verdachtskündigung vom zugrundeliegenden grundrechtlichen Zielkonflikt ausgehend dar. Besonders berücksichtigt wird hierbei die an der Verdachtskündigung geäußerte Kritik. Anschließend wird anhand der Konsequenzen einer sich im Nachhinein als unberechtigt erweisenden Verdachtskündigung hinterfragt, ob diese in ihrer derzeitigen Ausgestaltung die sich entgegenstehenden grundrechtlichen Interessen von Arbeitgebenden<sup>1</sup> und Arbeitnehmenden tatsächlich in einen angemessenen Ausgleich bringt.*

## A. Verfassungsrechtlicher Konflikt

Jeder Kündigung eines Arbeitsverhältnisses liegt ein Konflikt zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Interessen vom Arbeitgebenden an der Auflösung des Arbeitsvertrages sowie vom Arbeitnehmenden an der Erhaltung des Arbeitsplatzes zugrunde, welcher in die eine oder andere Richtung aufgelöst werden muss. Auf Seiten der Arbeitgebenden ist die unternehmerische Betätigungsfreiheit gem. Art. 2 I, 12 I, 14 I GG betroffen, während den Arbeitnehmenden die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG sowie das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes zur Seite steht.<sup>2</sup>

Wird unter Berufung auf einen bloßen Verdacht gekündigt, verschärft sich dieses grundrechtliche Spannungsverhältnis. Einerseits kann bereits der bloße Verdacht einer Straftat oder sonstigen Pflichtverletzung erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit des Arbeitnehmenden beim Arbeitgebenden begründen. Ist es dem Arbeitgebenden in solchen Fällen zuzumuten, den Arbeitnehmenden weiter zu beschäftigen und mit diesem zusammenzuarbeiten? Andererseits steht die tatsächliche Unzuverlässigkeit des Arbeitnehmenden gerade nicht fest. Womöglich hat er sich gar nichts zuschulden

kommen lassen und sieht sich trotzdem einer Kündigung ausgesetzt. Kann das gerecht sein?

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung bietet zur Auflösung dieser Interessenlage, die bisweilen als »unlösbarer Zielkonflikt«<sup>3</sup> bezeichnet wird, das Institut der Verdachtskündigung an. Diese stellt einen eigenen, von der Tat Kündigung unabhängigen, Kündigungsgrund dar<sup>4</sup>, nach dem das Arbeitsverhältnis beendet werden kann, wenn ein

1. dringender, auf objektiven Tatsachen beruhender Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung vorliegt,
2. der geeignet ist, das Vertrauen des Arbeitgebenden in den Arbeitnehmenden nachhaltig zu zerstören und
3. der Arbeitgebende zudem alles ihm Zumutbare zur Sachverhaltsaufklärung geleistet hat.

Die Herausbildung dieser Voraussetzungen durch das BAG kann als Ergebnis einer grundrechtlichen Abwägung verstanden werden. Strenge Wirksamkeitsvoraussetzungen sollen sicherstellen, dass die Grundrechtspositionen des Arbeitnehmenden nicht über die Maßen eingeschränkt werden.

Eine Bewertung dieser vermittelnden Lösung des BAG erfordert jedoch, die Konsequenzen einer erklärten Verdachtskündigung näher zu betrachten. Insbesondere muss hier der Fall des unschuldig auf Verdacht Gekündigten in den Blick genommen werden:

Während des Kündigungsschutzprozesses werden nachträglich bekanntgewordene Umstände – etwa solche, die den Verdacht verringern oder gar ausräumen – zwar noch berücksichtigt, wenn und soweit sie zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung objektiv bereits vorlagen.<sup>5</sup> Sollte die Unschuld des Arbeitnehmenden jedoch erst im Nachhinein bewiesen werden, bleibt die Kündigung wegen Verdachts vollständig wirksam.<sup>6</sup> Neben der Auflösung des Arbeitsverhältnisses können den Arbeitnehmenden zudem folgenschwere sozial-

\* Die Autorin studierte Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und promovierte bei Prof. Alexander Thiele im Öffentlichen Recht. Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars von Prof. Olaf Deinert zum 8. Mootcourt des Bundesarbeitsgerichts im Wintersemester 2019/2020 entstanden.

1 Mit Rücksicht auf die Lesbarkeit des Beitrages konnte eine geschlechtergerechte Sprache für die Begrifflichkeiten des Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden leider nicht durchgehend verwendet werden. Die Autorin bittet dies zu entschuldigen und weist darauf hin, dass mit der teilweisen Verwendung des generischen Maskulinums – wenn nicht anders erwähnt – keine geschlechtsspezifischen Aussagen getroffen werden.

2 Vgl. Deinert, Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema?, AuR 2005, 285 (287). Zur Doppelfunktion des Art. 12 GG im Arbeitsvertragsrecht s. BVerfGE 84, 133. Zur Rolle des Sozialstaatsprinzips im Kündigungsrecht: Ascheid/Preis/Schmidt/Preis, Kündigungsrecht, 6. Auflage (2021), 1. A Rn. 30.

3 Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Auflage (2005), § 26 Rn. 3.

4 St. Rspr., vgl. nur BAG NJW 2016, 1901.

5 St. Rspr., vgl. nur BAG BAGE 78, 18; BAG NZA 2013, 1416. Nach neuerer Rspr. des BAG sollen nachträglich entstandene verdachtsverändernde Umstände nun nicht mehr berücksichtigt werden, vgl. BAGE 78, 18.

6 Dies ist für das BAG etwa dann der Fall, wenn der Angeklagte im Strafprozess freigesprochen wird, vgl., BAG AP Nr. 27 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

rechtliche Konsequenzen treffen, wie etwa die Sperrfrist des Arbeitslosengeldes I gem. § 159 I 1 SGB III.<sup>7</sup> Darüber hinaus wirkt eine Kündigung wegen Verdachts häufig bereits gleichsam stigmatisierend wie eine tatbezogene Kündigung, sodass der Arbeitnehmende nicht nur mit einschneidenden gesellschaftlich-sozialen Konsequenzen konfrontiert ist,<sup>8</sup> sondern zudem auch nachhaltig bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz behindert werden kann.<sup>9</sup>

## B. Grundlagen der Verdachtskündigung

### I. Historische Entwicklung

Trotz dieser möglicherweise schwerwiegenden Konsequenzen für den Arbeitnehmenden ist die Verdachtskündigung bis heute nicht ausdrücklich kodifiziert, sondern beruht ausschließlich auf richterlicher gesetzgeberischer Rechtsfortbildung.<sup>10</sup>

Die Entwicklung der Verdachtskündigung wird zumeist auf die Anfänge der Weimarer Republik zurückgeführt.<sup>11</sup> Tatsächliche rechtliche Bedeutung erlangte sie jedoch erst in den 1930er Jahren: Hatte das Reichsarbeitsgericht 1932<sup>12</sup> das Institut der Verdachtskündigung noch abgelehnt, wurde die Kündigung wegen Verdachts höchstrichterlich erstmals 1936<sup>13</sup> anerkannt, also nach der Gleichschaltung der Justiz unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft.<sup>14</sup> Nach 1945 wurde dieser historische Zusammenhang jedoch weitestgehend außer Acht gelassen und nur vereinzelt äußerten Gerichte Kritik an der Zulässigkeit einer Kündigung auf Verdacht.<sup>15</sup> Schließlich übernahm das BAG 1955<sup>16</sup> ohne eine dogmatische Begründung und weitestgehend unreflektiert<sup>17</sup> die Rechtsprechung des Reichs-

arbeitsgericht. Ein bedeutender Teil des Schrifttums schloss sich dem Grunde nach dieser BAG Rechtsprechung an.<sup>18</sup>

In den Folgejahren konnte das BAG das dogmatische Begründungsdefizit nur teilweise ausgleichen,<sup>19</sup> entwickelte das Institut der Verdachtskündigung jedoch stetig fort. Meilensteine entlang dieser Entwicklung waren u.a. die Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruches bei nachträglicher Verdachtsentkräftung,<sup>20</sup> die Zulässigkeit der Verdachtskündigung bei Bagateltaten,<sup>21</sup> die Anerkennung einer ordentlichen Verdachtskündigung,<sup>22</sup> die Entwicklung des Anhörungserfordernisses des Arbeitnehmenden als Wirksamkeitsvoraussetzung<sup>23</sup> und die Feststellung der Unabhängigkeit des arbeitsrechtlichen vom strafrechtlichen Verfahren im Rahmen der Verdachtskündigung.<sup>24</sup> Neuere Entwicklungen sind u.a. die Einschränkung der ordentlichen Verdachtskündigung auf Fälle, bei denen der Nachweis der verdächtigten Verfehlung zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen würde,<sup>25</sup> die Anerkennung der Verdachtskündigung im Rahmen von Ausbildungsverhältnissen<sup>26</sup> und die Einordnung als personenbezogener Kündigungsgrund<sup>27, 28</sup>

### II. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Typischerweise wird die Verdachtskündigung als außerordentliche und fristlose Kündigung ausgesprochen und ist daher im Grunde am Maßstab des § 626 I BGB zu prüfen.<sup>29</sup> Zu berücksichtigen sind aber einige, durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung entwickelte Prüfungsbesonderheiten, welche den Anwendungsbereich der Verdachtskündigung durch strenge Maßstäbe insgesamt verkleinern. Zu beachten ist hier insbesondere,<sup>30</sup> dass sich die Verdachtskündigung

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem Thema, aber unter Verweis auf die alte Rechtslage: *Hoefs*, Die Verdachtskündigung (2001), S. 268 ff. und *Dörner*, Abschied von der Verdachtskündigung, NZA 1993, 873 (877).

<sup>8</sup> Etwa Verlust sozialer Anerkennung sowie die individuell-psychologischen Folgen.

<sup>9</sup> BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG 18.8.1982 - 7 AZR 235/80; *Hoefs* (Fn. 7), S. 221. Besonders schwerwiegend wirkt sich diese Stigmatisierung aus, wenn ein Ausbildungsverhältnis wegen Verdachts gekündigt wird, vgl. BAG NZA 2015, 741.

<sup>10</sup> Zu diesem Begriff und zur arbeitsgerichtlichen Rechtsfortbildung durch das BAG im Allgemeinen: *Linsemaier*, »Das Richterrecht bleibt unser Schicksal« – Zur Rechtsfortbildung durch das BAG, RdA 2019, 157 (158). Zur verfassungsrechtlichen Dimension richterlicher Rechtsfortbildung vgl. etwa *Wiedemann*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407 ff.

<sup>11</sup> So z.B. Erfürter Kommentar zum Arbeitsrecht/*Niemann*, 21. Auflage (2021), § 626 BGB Rn. 173.

<sup>12</sup> Urteil des RAG vom 13.6.1932 - RAG. 145/3; zitiert nach *Lembke*, Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis, RdA 2013, 82 (82 f.).

<sup>13</sup> Urteil des RAG vom 25.4.1936 - RAG. 2/36; zitiert nach *Gilberg*, Die Vertrauenskündigung, RdA 2015, 210 ff. Teilweise wird eine Anerkennung bereits durch das Urteil des RAG vom 23.06.1934 - RAG. 318/33 angenommen, zitiert nach und vgl. dazu *Hoefs* (Fn. 7), S. 32.

<sup>14</sup> *Gilberg* (Fn. 13), RdA 2015, 210 ff.

<sup>15</sup> LAG Hamm 9.6.1947, I Sa. 69/47; ArbG Hannover 29.8.1947 - 1 Ca 571/47.

<sup>16</sup> BAG MDR 1955, 648.

<sup>17</sup> *Hoefs* (Fn. 7), S. 35 f.; *Gilberg* (Fn. 13), RdA 2015, 210.

<sup>18</sup> Aufzählung etwa bei *Bader/Fischermeier/Gallner/Fischermeier*, KR, 12. Auflage (2019), § 626 Rn. 236 ff.

<sup>19</sup> *Hoefs* (Fn. 7), S. 39; Dogmatische Auseinandersetzungen des BAG finden sich aber in dessen Urteilen BAG NJW 1964, 1918 und BAGE 78, 18.

<sup>20</sup> BAG 14.12.1956, 1 AZR 29/55; zuvor BGH 13.7.1956 VI ZR 88/55.

<sup>21</sup> BAG 17.5.1984 - 2 AZR 587/55 (sog. Bienenstich-Urteil).

<sup>22</sup> BAG 17.5.1984 - 2 AZR 587/55.

<sup>23</sup> BAG 11.4.1985 - 2 AZR 57/56.

<sup>24</sup> BAG 20.8.1997 - 2 AZR 620/96.

<sup>25</sup> BAG 21.11.2013 - 2 AZR 797/11.

<sup>26</sup> BAG NZA 2015, 741.

<sup>27</sup> BAG AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 38.

<sup>28</sup> Wegen der starken medialen Aufmerksamkeit und der anschließenden politischen Debatte soll auch die sog. Emmely-Entscheidung des BAG (BAG 10.6.2010 - 2 AZR 541/09) trotz ihrer rechtlichen Unfruchtbarkeit in diese Aufzählung eingereiht werden.

<sup>29</sup> Das Nachfolgende gilt im Grundsatz auch für die die ordentliche Verdachtskündigung. Denn im Wege der verfassungskonformen Auslegung ist eine ordentliche Verdachtskündigung nur dort möglich, wo die Voraussetzungen einer außerordentlichen Verdachtskündigung ebenso vorgelegen hätten, vgl. BAG DB 1958, 28; *Schlegeit*, Das BAG und die Verdachtskündigung (2008), S. 149 f.; *Hoefs* (Fn. 7), S. 262 f.

<sup>30</sup> Weiterhin sind als Modifizierungen zu beachten: Die veränderte Kündigungserklärungsfrist, vgl. etwa *Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen* (Rn. 1), § 626 BGB Rn. 361, sowie zeitliche und inhaltliche Besonderheiten bei der Betriebsratsanhörung, *Hoefs* (Fn. 7), S. 209.

nicht in die vom BAG entwickelte zweistufige Prüfung des wichtigen Grundes im Rahmen des § 626 I BGB einfügt.<sup>31</sup>

### 1. Dringender, auf objektiven Tatsachen beruhender Verdacht

Zunächst ist erforderlich, dass der Arbeitgebende den Verdacht einer relevanten Straftat<sup>32</sup> oder Pflichtverletzung<sup>33</sup> gegen den Arbeitnehmenden hegt. Ein Verdacht ist dabei die auf objektiven Tatsachen beruhende Wahrscheinlichkeit, dass eine Person eine Rechtsverletzung begangen hat ohne, dass die Anzeichen genügen, die Täterschaft nachzuweisen.<sup>34</sup> Rein subjektive Gerüchte, Vermutungen oder Befürchtungen genügen also nicht.<sup>35</sup> Die Straftat bzw. Pflichtverletzung müsste im Falle ihres Nachweises zudem ebenfalls zur Kündigung berechtigen, also einen schwerwiegenden Vertrauensbruch darstellen.<sup>36</sup> Denn das Kündigungsrecht bei einem Verdacht kann nicht weitergehen, als bei einer nachgewiesenen Tat.<sup>37</sup>

Dass der Arbeitnehmende den Verdacht schuldhaft verursacht hat, ist laut BAG aber nicht erforderlich,<sup>38</sup> sodass sich grundsätzlich jeder ohne sein Zutun einer Verdachtskündigung ausgesetzt sehen kann.<sup>39</sup> Diese Weite abschwächend, muss der Verdacht aber zumindest ein dringender sein,<sup>40</sup> wobei dies nach dem BAG der Fall ist,

**31** Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung (2014), S. 131; Hoefs (Fn. 6), VK, S. 141. Zur zweistufigen Prüfung des wichtigen Grundes statt aller: Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen (Fn. 1), § 626 Rn. 28 ff.

**32** Dabei ist nicht die strafrechtliche Bewertung des Arbeitnehmerverhaltens bedeutend, sondern die Frage, ob dieser eine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt hat und inwieweit dies zu einer Vertrauenszerstörung seitens des Arbeitgebers führt, vgl. BAGE 29, 195. Dies vorausgesetzt wird deutlich, dass häufig nur dienstliches Verhalten relevant werden wird. Andererseits erklärt dies, warum Bagatelldelikte im Rahmen der Verdachtskündigung ebenfalls in Betracht kommen. Eine Einschränkung im Rahmen der Bagatell-Verdachtskündigung fordert aber etwa: Zborowska (Fn. 31), S. 104 ff.

**33** Der Verdacht einer Straftat ist nicht zwingend, vgl. nur: Appel/Gerken, Pro und Contra Verdachtskündigung, AuR 1995, 201 (210); Busch, Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht, MDR 1995, S. 217 f. Beispiele für relevante Pflichtverletzungen sind etwa der Verstoß gegen ein betriebliches Alkoholverbot (vgl. BAG NJW 1983, 700) oder die Ausübung unerlaubter Nebentätigkeiten (vgl. Heinig, Verdacht als wichtiger Kündigungsgrund, RdA 1951, S. 331 ff; Belling, Die Verdachtskündigung, in: FS Kissel (1994), S. 23.

**34** Heilmann, Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitation (1964), S. 17.

**35** BAG DB 1958, 28.

**36** Wifler/Spuhl, Die Verdachtskündigung als Herausforderung für die Praxis, BB 2019, 692; tatsächlich ist dies aber eine Frage der Interessenabwägung, wobei das BAG bisher eine eindeutige Verortung vermieden hat, vgl. Hoefs (Fn. 7), S. 145 f. und Zborowska (Fn. 31), S. 212. Letztere schlägt dort gelungen eine Zweiteilung der Interessenabwägung in eine inzidente tatbezogene und eine verdachtsbezogene Abwägung vor.

**37** BAGE 92, 184; Hoefs (Fn. 7), S. 145; Edenfeld, Die außerordentliche Verdachtskündigung – Strafe für den Arbeitnehmer?, JA 1996, 380.

**38** BAG DB 1958, 28; anders: Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht (1995), S. 257.

**39** Heilmann (Fn. 34), S.13; Hoefs (Fn. 7), S. 28.

**40** Ein dringender Verdacht kann dabei trotz strafrechtlichen Freispruches im Arbeitsgerichtsprozess vorliegen. Denn mangels formeller Rechtskraftentfaltung des Strafurteils für den Zivilrichter kann dieser die tatsächlichen Feststellungen des Strafverfahrens im Rahmen freier Beweiswürdigung

wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Verdacht tatsächlich zutrifft.<sup>41</sup>

### 2. Sachverhaltsaufklärung und Anhörung durch den Arbeitgebenden

Das *Ultima-ratio-Prinzip* verlangt mit Blick auf die Berufsfreiheit des Arbeitnehmenden aus Art. 12 I GG, dass der Arbeitgebende vor Ausspruch der Verdachtskündigung alles für ihn Zumutbare getan haben muss, um den Sachverhalt möglichst umfassend aufzuklären, insbesondere dem Arbeitnehmenden die Möglichkeit der Stellungnahme zur Verteidigung eingeräumt zu haben.<sup>42</sup> Für diese Anhörung<sup>43</sup> gilt, dass sie zwar keinen spezifischen Form- oder Inhaltsanforderungen unterliegt, sie jedoch ebenso wie auch die äußeren Umstände der Anhörung im Rahmen des Zumutbaren so ausgestaltet sein muss, dass der Arbeitnehmende sich hinreichend gegen die Vorwürfe verteidigen kann.<sup>44</sup> Zeitlich gesehen kann die Anhörung folglich erst erfolgen, wenn sich der Verdacht durch Ermittlungen so verdichtet hat, dass sich der Arbeitnehmende substantiiert darauf einlassen kann.<sup>45</sup> Aus demselben Grund dürfen bereits gewonnene Erkenntnisse nicht zurückgehalten werden.<sup>46</sup> Von einer Anhörung kann im Ausnahmefall aber abgesehen werden, wenn sich der Arbeitnehmende vehement weigert, an ihr mitzuwirken.<sup>47</sup> Was abgesehen von einer ordnungs-

gem. § 286 ZPO zwar übernehmen, bleibt jedoch in seiner rechtlichen Bewertung frei, vgl. Hoefs (Fn. 7), S. 280 ff.

**41** St. Rspr. vgl. nur: BAGE 16, 72; BAG NJW 2014, 877. Kritisch Busch (Fn. 33), in: FS Kissel, S. 27, welcher statt der Dringlichkeit auf das Maß des Vertrauens in den Arbeitnehmenden abstellen möchte und Thüsing, Angleichung der »Verdachtskündigung« an das Strafrecht? Contra, ZRP 2009, 127, welcher zumindest für Bagatelldelikte nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zulassen möchte.

**42** St. Rspr. des BAG seit AP Nr. 25 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung. Ebenso Stoffels, Neue Spielregeln bei Abmahnung, Anhörung und Verdachtskündigung?, in: Maschmann, Kündigungsrecht: alte und neue Fragen (2013), S. 41; Ebeling, Die Kündigung wegen des Verdachts (2006), S. 159 ff; Zborowska (Fn. 31), S. 156 ff; BeckOK Arbeitsrecht/ Rofls (Fn. 42), § 1 KSchG, Rn. 208; KR/Fischermeier (Fn. 18), § 626 Rn. 244. Anders Lembke (Fn. 12), RdA 2013, 87, der als dogmatische Begründung die mittelbare Drittwirkung des Art. 103 I GG heranzieht.

**43** BAGE 16, 72 (Anerkennung der Aufklärungspflicht als Wirksamkeitsvoraussetzung); BAGE 49, 39 (Explizite Anerkennung der Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung); Heute st. Rspr., vgl. nur BAGE 143, 244. Uneinheitliche Rechtsprechung des BAG jedoch bei der Einordnung als Pflicht oder Obliegenheit, vgl. z.B. BAG NZA 1987, 699 und BAGE 81, 27. Richtigerweise handelt es sich um eine Obliegenheit, vgl. auch Hoefs (Fn. 7), S. 190 f; Ebeling (Fn. 42), S. 160; Zborowska (Fn. 3), S. 154 f.

**44** BAG NZA 2015, 741. Jedenfalls gelten wegen unterschiedlichem Sinn und Zweck nicht dieselben Grundsätze wie im Rahmen der Anhörung des Betriebsrates, vgl. Zborowska (Fn. 31), S. 181

**45** Im Regelfall aber innerhalb einer Woche nach Kenntniserlangung vom Verdacht, vgl. BAG NZA 1989, 105. Ferner muss die Anhörung auch vor Ausspruch der Kündigung und demnach auch vor der Unterrichtung des Betriebsrates stattfinden, vgl. § 102 BetrVG.

**46** BAG NZA 1996, 81 (83); BAG NZA-RR 2008, 344 (346); Eylert/Friedrichs, Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung, DB 2007, 2203 (2205); Zborowska (Fn. 31), S. 182 f.

**47** Das BAG (NZA 1987, 699) stellt als Grund der Entbehrlichkeit auf die Schuldlosigkeit des Arbeitnehmenden ab. Ein etwaiges Verschulden wird

gemäßigen Anhörung noch vom Arbeitgebenden im Rahmen der Sachverhaltsermittlungen erwartet werden kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zumutbaren.<sup>48</sup>

### 3. Interessenabwägung

Wie bei jeder außerordentlichen Kündigung ist auch bei der Verdachtskündigung eine umfassende Abwägung der Interessen vorzunehmen. Abgesehen von der Feststellung, dass eine Verdachtskündigung aufgrund ihrer Folgen stigmatisierend wirken kann und dies bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei,<sup>49</sup> hält sich das BAG jedoch bei der Entwicklung spezifischer Abwägungskriterien zurück. Differenzierte Abwägungskriterien, welche die spezifische Interessenlage bei der Verdachtskündigung berücksichtigen würden, sind nicht zu finden. Zurückgegriffen wird stattdessen im Grundsatz auf Kriterien, die für Tatkündigungen entwickelt wurden.<sup>50</sup> Insofern sind insbesondere die Schwere der Straftat oder Pflichtverletzung zu berücksichtigen, was wiederum eine konkrete Einzelfallentscheidung erfordert.<sup>51</sup>

### C. Unzulässigkeit der Verdachtskündigung

Mit Blick auf den Zielkonflikt sowie auf die Konsequenzen der Verdachtskündigung überrascht es nicht, dass dieses Rechtsinstitut bereits früh unter dezidierte Kritik hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der geltenden Rechtsordnung geraten ist.<sup>52</sup> Trotz oder sogar wegen der sich festigenden arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verdachts-

kündigung insbesondere seit Beginn der 1990er Jahre<sup>53</sup> regelmäßig<sup>54</sup> Anlass und Nährboden juristischer Auseinandersetzungen.

### I. Unvereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung

Einer Verdachtskündigung inhärent ist die Gefahr, einen doch Unschuldigen den schwerwiegenden Folgen des Arbeitsplatzverlustes auszusetzen. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass der Verdachtskündigung bis heute vehement entgegengehalten wird, die Unschuldsvermutung stünde ihrer Zulässigkeit entgegenstehen.<sup>55</sup>

Die Unschuldsvermutung findet ihre rechtliche Grundlage ausdrücklich in Art. 6 II EMRK.<sup>56</sup> Als völkerrechtlicher Vertrag hat die EMRK in Deutschland formal den Rang eines Bundesgesetzes, stellt aufgrund ihrer besonderen Bedeutung jedoch eine Auslegungshilfe für die deutschen Verfassungsnormen dar.<sup>57</sup> Grundgesetzlich wurzelt die Unschuldsvermutung im Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG<sup>58</sup> und wurde vom BVerfG als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt.<sup>59</sup> Zuvorderst für den Strafprozess entwickelt, statuiert sie eine Beweislastregel zugunsten des Verdächtigten.<sup>60</sup> Geschützt wird der Verdächtige also vor staatlichen Strafen ohne abschließender Schuldfeststellung. Darüber hinaus schließt die Unschuldsvermutung zudem aus, einen »nicht rechtskräftig verurteilten Bürger als schuldig zu behandeln«<sup>61</sup>, um auch Fälle nur faktischer Strafe (sog. strafähnlicher Missbilligung) dem Schutzbereich der Unschuldsvermutung zu unterwerfen.<sup>62</sup> Ob eine Rechtsfolge einen solchen Strafcharakter hat, soll maßgeblich nach Schwere und Zweck der Rechtsfolge bestimmt werden.<sup>63</sup>

jedoch bei unterbliebener Anhörung z.B. wegen Krankheit nicht berücksichtigt. Richtigerweise ist deshalb auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens abzustellen, vgl. *Hoefs* (Fn. 7), S. 201 f.

**48** So BAG NZA 2013, 137 (138). Nicht dazu gehören jedenfalls die nachträgliche Überwachung mit Videokameras (BAG NJW 2017, 1193) oder die Durchsuchung der persönlichen Gegenstände des Verdächtigten (BAG NZA 2008, 1008), sowie die Einschaltung der Staatsanwaltschaft (BAG NZA 1991, 553 (555)).

**49** BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG 18.8.1982 – 7 AZR 235/80; *Hoefs* (Fn. 7), S. 221.

**50** *Zborowska* (Fn. 31), S. 212 ff. Dieselbe schlägt dort eine Zweiteilung der Abwägung in eine inzidente tatbezogene und eine verdachtsbezogene Interessenabwägung vor, um den besonderen Umständen der Verdachtskündigung gerecht zu werden.

**51** St. Rspr. vgl. nur BAG NZA 2006, 491; 21.11.2013, BAGE 146, 303. Bedeutung erlangen können bei dieser Abwägung unter anderem etwa der hypothetische Verschuldensvorwurf, die konkrete Stellung im Betrieb und die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden (BAG 18.8.1982 – 7 AZR 235/80), die bisherige Anstellungsdauer als sog. Vertrauenskapital (BAGE 134, 349), sowie der materielle Schaden beim Arbeitgebenden und die Gefahren, die aus einer etwaigen Weiterbeschäftigung resultieren könnten (BAG 4.6.1964) und die Betriebsgröße (BAG NZA 2019, 893 (895)). Vereinzelt stellt das BAG – systemwidrig – auch auf das Lebensalter des Arbeitnehmenden und die weiteren Chancen auf dem Arbeitsmarkt ab (BAG NJW 1996, 155). Kritisch diesbezüglich: *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (1987), S. 232; *Zborowska* (Fn. 31), S. 247, welche zutreffend keine Verbindung zwischen dem Lebensalter und dem durch den Verdacht gestörtem Arbeitsverhältnis erkennen.

**52** Vgl. etwa die zunächst jedoch ohne größere Resonanz bleibende Kritik von *Joachim*, Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, 33 ff.

**53** Darstellung bei *Fischermeier*, Zulässigkeit und Grenzen der Verdachtskündigung, Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein, Festschrift zum 25jährigen Bestehen (ARGE) (2006), S. 276.

**54** *Eylert* beobachtet etwa ein sich regelmäßig äußerndes Unbehagen trotz jahrelanger Anerkennung der Verdachtskündigung, in: Die Verdachtskündigung, NZA-RR 2014, 397.

**55** *Joachim* (Fn. 52), AuR 1964, 38; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA 1991, Beil. 2, 17 (22); *Naujok*, Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung AuR 1998, 398, (401); *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000), S. 92 f.; *Deinert* (Fn. 2), AuR 2005, 291 ff.; LAG Bremen BB 1976, 1561.

**56** Mit inhaltlicher Entsprechung auch in Art. 14 II IPBPR.

**57** Vgl. speziell für Art. 6 II EMRK: Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 3. Auflage (2015), Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 26. Zur Stellung der EMRK in Deutschland allgemein: *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage (2021), § 3 Rn. 8 ff.

**58** Vgl. nur BVerfGE 82, 115; *Dreier/Schulze-Fielitz* (Fn. 57), Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 196. Dagegen auf die Menschenwürde abstellend: Münch/Kunig/*Kunig*, GG, 6. Auflage (2012), Art. 1 Rn. 36.

**59** BVerfGE 74, 370; BVerfGE 82, 120.

**60** Statt aller MüKo zur StPO/*Gaede*, 1. Auflage (2018), Art. 6 EMRK Rn. 129.

**61** BVerfGE 22, 265.

**62** *Stuckenberger*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung (1998), S. 70.

**63** *Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer/Meyer-Ladewig*, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Art. 6 Rn. 13.

Daran anschließend, wird die Verdachtskündigung wegen ihrer schwerwiegenden Konsequenzen für den unschuldig Gekündigten (s.o.) als strafähnliche Sanktion auf Basis nicht festgestellter Schuld angesehen.<sup>64</sup> Dem kann im Ergebnis jedoch nicht gefolgt werden:

### 1. Keine Bindungswirkung im Arbeitsrecht

Nicht überzeugend ist zunächst die Verteidigung der Verdachtskündigung mit dem Argument, die Unschuldsvermutung binde unmittelbar nur das Strafgericht, das über die Anklage zu entscheiden habe<sup>65</sup> bzw. fände im Privatrecht, wenn überhaupt, nur eingeschränkte Anwendung.<sup>66</sup> Denn dabei wird negiert, dass verfassungsrechtliche Wertungen mittelbar über die Auslegung und Anwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in das Privatrecht hineinwirken (sog. mittelbare Drittwirkung).<sup>67</sup> Die Unschuldsvermutung ist Teil dieser objektiven Werteordnung des Grundgesetzes und kann daher grundsätzlich in jeder Privatrechtsbeziehung Geltung beanspruchen.<sup>68</sup> Über diesen Weg sind auch Arbeitsrichter:innen bei der Auslegung und Anwendung des Rechts an die Unschuldsvermutung gebunden.<sup>69</sup>

### 2. Strafähnliche Sanktion

Weniger eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob tatsächlich eine strafähnliche Sanktion vorliegt. Zwar kann die Verdachtskündigung potenziell schwer in Grundrechte des Arbeitnehmenden eingreifen. Neben der Freiheit der Arbeitsplatzwahl aus Art. 12 I GG kann u.a. auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen sein. Doch die Eingriffsintensität allein kann noch keinen Sanktionscharakter begründen.<sup>70</sup> Notwendig ist kumulativ dazu ein implizierter

persönlicher Schuldvorwurf.<sup>71</sup> Ob ein solcher vorliegt, hängt mit der Frage zusammen, welcher dogmatische Grund der Verdachtskündigung zugrunde liegt:

Zwar liegt eine Verdachtskündigung nach dem BAG immer dann vor, wenn durch den Verdacht das Vertrauensverhältnis von Arbeitgebenden gegenüber ihren Arbeitnehmenden zerstört ist.<sup>72</sup> Damit ist jedoch der eigentliche Kündigungsgrund noch nicht festgelegt.<sup>73</sup> In der Literatur werden hauptsächlich<sup>74</sup> die Tat,<sup>75</sup> der Verdacht an sich<sup>76</sup> sowie der Vertrauensverlust infolge des Verdachts<sup>77</sup> als Kündigungsgründe diskutiert. Das BAG äußert sich spiegelbildlich zumindest nicht einheitlich,<sup>78</sup> stets jedoch ohne nähere Begründung: Teilweise stellt es ausdrücklich auf den Verdacht als solchen ab,<sup>79</sup> anderswo wird ausgeführt, Kündigungsgründe wären »objektive Tatsachen, die für den Verlust des zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendigen Vertrauens ursächlich sind«<sup>80</sup>.

Erkennt man den Kündigungsgrund in der Tat an sich, wird man von einem impliziten persönlichen Schuldvorwurf ausgehen müssen.<sup>81</sup> Die Tat an sich kann jedoch bei näherer Betrachtung nicht Grund der Verdachtskündigung sein, denn sie ist in dieser Konstellation gerade nicht beweisbar und mithin keine Tatsache.<sup>82</sup> Stellt man hingegen auf den Verdacht an sich ab, könnte ein persönlicher Schuldvorwurf gegeben sein. Unabhängig davon, dass der Verdacht bereits mit Blick auf die Substantiierungsanforderungen des § 286 I 1 ZPO nicht dogmatischer Anknüpfungspunkt der Verdachtskündigung sein kann,<sup>83</sup> ist ein persönlicher Schuldvorwurf

<sup>64</sup> *Deinert* (Fn. 2), AuR 2005, 285 (291); *Naujok* (Fn. 55), AuR 1998, 398 ff.; *Schütte* (Fn. 55), NZA 1991, Beil. 2, 17 (22). Im Ergebnis ebenso *Egli* (Fn. 55), S. 92, beschränkt auf die außerordentliche VK.

<sup>65</sup> BAGE 151, 1; 78, 18; *Lunk*, Die Verdachtskündigung: Eine Rechtsfigur vor dem Aus?, Zugleich eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, NJW 2010, 2753; *Ebeling* (Fn. 42), S. 46 ff.; *Hoefs* (Fn. 7), S. 90 f.; BeckOK Arbeitsrecht/*Rolfs*, 1.12.2020, § 1 KSchG Rn. 195; *ErfK/Niemann* (Fn. 11), § 626 BGB Rn. 176; BeckOGK BGB/*Günther*, 1.2.2021, § 626 Rn. 567.

<sup>66</sup> Für eine eingeschränkte Anwendbarkeit: *Busch* (Fn. 33) in: FS Kissel, S. 11 (15); gegen Anwendbarkeit: *Rieble*, Ein Lehrstück über den Umgang mit der Justiz!, NJW 2009, 2101 (2102).

<sup>67</sup> Grundlegend zur mittelbaren Drittwirkung das Lüth-Urteil: BVerfGE 7, 198 (204 ff.); aus der Lit. statt aller: *Jarass/Piroth/Jarass*, GG, 16. Auflage (2020), Art. 1 Rn. 48 ff.

<sup>68</sup> *Schlegeit* (Fn. 29), S. 55.

<sup>69</sup> BAG NZA 2000, 158 (160); *Deinert* (Fn. 2), AuR 2005, 285 (292 ff.); *Naujok* (Fn. 55), AuR 1998, 398 (400); *Lücke*, Unter Verdacht: Die Verdachtskündigung, BB 1997, 1842 (1845); *Belling*, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223 (227); *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2004), S. 31 ff.; *Hoefs* (Fn. 7), S. 91 f.; *Zborowska* (Fn. 31), S. 49 f.

<sup>70</sup> Anders könnte man aber das sog. Heinisch-Urteil des EGMR (EGMR, Urt. v. 21. 7. 2011, 28274/08 (Heinisch/Deutschland) = NZA 2011, 1269) verstehen, in welchem einer außerordentlichen Kündigung nach einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber eine sanktionsähnliche Wirkung zugesprochen wurde.

<sup>71</sup> *Schlegeit* (Fn. 29), S. 57; *Stuckenberg* (Fn. 62), S. 70.

<sup>72</sup> Näher zum Vertrauensverhältnis im Arbeitsrecht und speziell bei der Verdachtskündigung: *Otto*, Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses (2000), S. 213 ff., sowie im Rahmen des Konzeptes der Vertrauenskündigung: *Gilberg*, Statt Tat- und Verdachtskündigung: Die Vertrauenskündigung, DB 2006, 1555 (1559).

<sup>73</sup> *Ebeling* (Fn. 42), S. 85.

<sup>74</sup> *Strobel*, Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage nach späterer Entkräftung des Verdachts (1966), S. 91 und *Enderlein*, Das erschütterte Arbeitgebervertrauen im Recht der verhaltensbedingten Tat- und Verdachtskündigung, RdA 2000, 330 sehen den Kündigungsgrund in einer möglichen aus dem Prognoseprinzip anzuleitenden Wiederholungsgefahr. Dagegen spricht, dass auch ein abgeschlossener Sachverhalt einer Verdachtskündigung unterliegen kann.

<sup>75</sup> *Schönfeld*, Effektiver Rechtsschutz bei straftatbegründeter Kündigung?, NZA 1999, 299 sowie das LAG Bremen 23.4.1976, 1 Sa 193/75.

<sup>76</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen* (Fn. 2), § 626 BGB Rn. 345; *Hoefs* (Fn. 7), S. 139.

<sup>77</sup> *Busch* (Fn. 33), FS Kissel, S. 25; *ders.* in RdA 1996, 223, 225; *Appel/Gerken* (Fn. 33), AuR 1995, 201, 205; *Lücke* (Fn. 69), BB 1997, 1842; *Otto* (Fn. 72), S. 218 f.; *Hahn* (Fn. 69), S. 43; *Linck/Krause/Bayreuther/Krause*, KSchG, 16. Auflage (2019), § 1 Rn. 464.

<sup>78</sup> Obwohl mache Autoren die neueren Entscheidungen des BAG zugunsten des Kündigungsgrundes des Verdachtes auslegen wollen, vgl. *Zborowska* (Fn. 31), S. 131, (dort Fn. 6).

<sup>79</sup> BAGE 47, 307.

<sup>80</sup> BAGE 78, 18.

<sup>81</sup> *Schlegeit* (Fn. 29), S. 57.

<sup>82</sup> So auch *Hoefs* (Fn. 7), S. 104.

<sup>83</sup> Näher dazu: *Ebeling* (Fn. 42), S. 27 ff. und *Dörmer*, Neues zur Verdachts-

zumindest dann nicht enthalten, wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass der Arbeitnehmende den Verdacht nicht selbst verursacht haben muss. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man richtigerweise auf den Vertrauensverlust als Grund der Verdachtskündigung abstellt. Auch dann ist die Verdachtskündigung kein Vorwurf persönlicher Schuld, sondern die Reaktion des Arbeitgebenden zur Vermeidung zukünftiger Störungen, im Ergebnis also Folge einer negativen Prognose. Zukunftsbezogene Maßnahmen sind jedoch keine Strafen und werden insofern von der Unschuldsvormutung nicht erfasst.<sup>84</sup> Mangels persönlichen Schuldvorwurfs ist die Verdachtskündigung also keine strafähnliche Sanktion.

Die Unschuldsvormutung steht der Verdachtskündigung im Ergebnis damit zwar nicht entgegen. Die anhaltende Diskussion um die Vereinbarkeit der Verdachtskündigung mit der Unschuldsvormutung offenbart jedoch bereits ein gewisses Unbehagen, ob den Interessen des unschuldig auf Verdacht Gekündigten mit dem Institut der Verdachtskündigung hinreichend Rechnung getragen wird.

## II. Unzulässige richterliche Rechtsfortbildung

Einige Autor:innen sehen entgegen der Ansicht des BAG<sup>85</sup> in der Verdachtskündigung eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung, mithin einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot aus Art. 20 III GG.

### 1. Tatsachenerfordernis des § 626 I BGB nicht erfüllt

Die Verdachtskündigung sei nicht mehr vom sprachlich möglichen Wortsinn des § 626 I BGB bzw. des § 1 KSchG gedeckt und somit nicht mehr Auslegung, sondern Rechtsfortbildung.<sup>86</sup> Denn die Verdachtskündigung beruhe nicht auf »Tatsachen« i.S.d. § 626 I BGB, also inneren und äußeren Vorgängen oder Zuständen der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind,<sup>87</sup> sondern auf einer Schlussfolgerung.<sup>88</sup> Mit Blick auf den abschließenden Charakter der §§ 9 I, 13 KSchG, teilweise ergänzend ver-

weisend auf § 104 BetrVG,<sup>89</sup> sei diese Rechtsfortbildung schließlich auch unzulässig.<sup>90</sup>

Tatsächlich ist der Vertrauensverlust als Kündigungsgrund der Verdachtskündigung aber nicht nur subjektives Motiv des Arbeitgebenden hinter seinem Beendigungswillen,<sup>91</sup> sondern eine innere Tatsache, welche unter § 626 I BGB subsumierbar ist.<sup>92</sup> Selbst wenn man auf den Verdacht als Kündigungsgrund abstellen sollte, ist dieser insofern unter § 626 I BGB zu fassen, als er auf objektiven Tatsachen beruhen muss.<sup>93</sup> Somit ist auch er das Ergebnis einer Würdigung objektiver Tatsachen und dem Beweis zugänglich,<sup>94</sup> wenngleich der Eindruck des Einfügens einer gekünstelten zweiten Ebene nicht gänzlich von der Hand zu weisen ist.<sup>95</sup>

### 2. Unzulässige Rechtsfortbildung durch richterliche Fortentwicklung

Vereinzelt wird darüber hinaus aber vertreten, eine unzulässige Rechtsfortbildung ergäbe sich unabhängig vom Tatsachenbegriff des § 626 I BGB bereits aus der richterlichen Fortentwicklung der Verdachtskündigung selbst: Sie weiche derart von anderen Kündigungsgründen ab, dass sie ein von § 626 I BGB unabhängiges Rechtsinstitut darstelle und keinerlei gesetzliche Verankerung mehr finde.<sup>96</sup> Dem ist im Ergebnis nicht zuzustimmen.<sup>97</sup> § 626 I BGB selbst enthält vielmehr einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Konkretisierung an sich noch keine Rechtsfortbildung ist.<sup>98</sup> Auch die Grenzen einer Konkretisierung zur Wahrung des Rechtsstaatsprinzips sind nicht überschritten, hat der Gesetzgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung doch bewusst in eine Generalklausel eingebettet, um den Gerichten die Ausgestaltung zu überlassen.<sup>99</sup>

kündigung, AiB 1995, 663 (664 f.). Den Verdacht als Kündigungsgrund wegen ansonsten erleichterter Beweisführung ablehnend: *Belling* (Fn. 69), RdA 1996, 223 (225); *Gentges* (Fn. 38), S. 259. Für den Verdacht als Grund der Verdachtskündigung spricht sich jedoch *Zborowska* (Fn. 31) auf S. 37 aus.

<sup>84</sup> Linck/Krause/Bayreuther/Krause (Fn. 77), § 1 Rn. 466.

<sup>85</sup> BAGE 78, 18 (27).

<sup>86</sup> *Dörner*, Bestandsaufnahme und Kritik eines überkommenden Rechtsinstituts, AiB 1993, 147 (173); derselbe (Fn. 83), AiB 1995, 663 (666 f.); *Naujok* (Fn. 55), AuR 1998, 398 (402); *Schütte* (Fn. 55), NZA 1992, Beil. 2, 17 (21 f.). Anders: *Hoefs* (Fn. 7), S. 76 ff. (122), welcher zwar von einer Rechtsfortbildung ausgeht, diese jedoch für zulässig hält.

<sup>87</sup> Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 17. Auflage (2020), § 284 Rn. 2.

<sup>88</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 ff.; *Schütte* (Fn. 55), NZA 1991, Beil. 2, 17 (21); *Egli* (Fn. 55), S. 86 f.; Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 17/649, S. 5. Entsprechend für § 1 KSchG: *Bengelsdorf*, Die Verdachtskündigung, AuA 1995, 196; *Berkowsky*, Die personenbedingte Kündigung – Teil 2, NZA-RR 2001, 449 (453).

<sup>89</sup> *Schütte* (Fn. 55), NZA 1991, Beil. 2, 17 (21 f.).

<sup>90</sup> *Dörner* (Fn. 86), AiB 1993, 147 (173); *Naujok* (Fn. 54), AuR 1998, 398 (402); *Schütte* (Fn. 55), NZA 1992, Beil. 2, 17 (21 f.); angedeutet schon bei *Joachim* (Fn. 52), AuR 1964, 33 (37).

<sup>91</sup> So aber *Schütte* (Fn. 55) in: NZA 1991, Beil. 2, 17 (21).

<sup>92</sup> *Belling* (Fn. 69), RdA 1996, 223 (226); *Appel/Gerken* (Fn. 33), AuR 1995, 201 (205); *Lunk* (Fn. 65), NJW 2010, 2753; *Oetker*, Arbeitsrecht: Ein außerordentlich verdächtiger ICE-Steward, JURA 2003, 266 (268); *Hahn* (Fn. 69), S. 48; *Lücke* (Fn. 69), BB 1997, 1842 (1844).

<sup>93</sup> BAG NZA 1995, 269 (271), *Busch*, Der folgenschwere Verdacht, WiVerw 2005, 154 (170); *Fischermeier* (Fn. 53), S. 275 (276 f.); *Lücke* (Fn. 69), BB 1997, 1843 (1844); *Oetker* (Fn. 92), JURA 2002, 266 (268), *Zborowska* (Fn. 31), S. 52 f.; *Hahn* (Fn. 69), S. 54 f.; *Schlegeit* (Fn. 29), S. 85 f.

<sup>94</sup> *Zborowska* (Fn. 31), S. 52.

<sup>95</sup> So auch *Schütte* (Fn. 55), NZA 1991, Beil. 2, 17 (21).

<sup>96</sup> *Hoefs* (Fn. 7), S. 76 ff. welcher die Rechtsfortbildung aber für zulässig erachtet.

<sup>97</sup> So auch *Zborowska* (Fn. 31), S. 53 f.

<sup>98</sup> Vgl. *Zborowska* (Fn. 31), S. 54.

<sup>99</sup> Motive zu den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II, S. 469; *Zborowska* (Fn. 31), S. 54.

### 3. Unzulässige Durchbrechung der Dreiteilung des § 1 II KSchG

Teilweise wird eine unzulässige Rechtsfortbildung mit dem Argument angenommen, sie lasse sich keiner Fallgruppe des § 1 II KSchG zuordnen und schaffe so einen nicht vorgesehenen vierten sozialen Rechtfertigungsgrund.<sup>100</sup> Dabei wird dies wegen der Orientierungswirkung des § 1 II KSchG für das gesamte Kündigungsrecht nicht nur im Rahmen der ordentlichen, sondern auch bei der außerordentlichen Verdachtskündigung als Gegenargument angeführt.<sup>101</sup> In der Tat ist eine bruchlose Einordnung als personen- oder verhaltensbezogene Kündigung kaum möglich: Eine verhaltensbedingte Kündigung ermöglicht dem Arbeitgebenden eine Vertragsbeendigung, wenn der Arbeitnehmende gegen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen hat.<sup>102</sup> Genau dies ist jedoch im Rahmen der Verdachtskündigung nicht nachweisbar. Außerdem muss der Arbeitnehmende den Verdacht nicht zwingend veranlassen, sodass nicht immer ein Verhalten als Anknüpfungspunkt existiert. Im Ergebnis scheidet eine verhaltensbedingte Kündigung daher aus.<sup>103</sup> Wo sie angenommen wird, wird deutlich, dass die Verdachtskündigung unzulässigerweise als ein Minus zur Tat Kündigung mit erleichterten Beweisanforderungen gehandelt wird.

Doch auch eine personenbedingte Kündigung liegt nicht eindeutig vor.<sup>104</sup> Eine solche kommt dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmende aus Gründen, deren Ursachen in seiner persönlichen Sphäre liegen, nicht mehr in der Lage ist, die vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflichten zu erfüllen.<sup>105</sup> Insofern könnte man davon ausgehen, dass die grundlegende Vertrauenszerstörung die persönliche Eignung des Arbeitnehmenden zur weiteren Erfüllung des Arbeitsvertrages beseitigt.<sup>106</sup> Andererseits entsteht der Grund der Verdachtskündigung, anders als bei anderen anerkannten Gründen für

eine personenbezogene ordentliche Kündigung<sup>107</sup> wie etwa Krankheit oder unerlaubtes Fehlen am Arbeitsplatz, außerhalb der Person des Arbeitnehmenden.<sup>108</sup> Auf diesen Überlegungen aufbauend wird zwar die Ausnahmestellung der Verdachtskündigung im deutschen Kündigungssystem deutlich. Über die Unzulässigkeit ist damit jedoch noch nichts gesagt. Es muss berücksichtigt werden, dass § 1 II KSchG weder in Wortlaut noch in seinem Sinn und Zweck eine zwingende Dreiteilung erfordert und Mischtatbestände durchaus existieren können,<sup>109</sup> zumal es für die materielle Rechtfertigung der Kündigung letztlich nicht auf eine Einordnung in die Fallgruppen ankommt. Dies wird insofern vom BAG auch anerkannt, als es die soziale Rechtfertigung eines Sachverhaltes, der auf mehreren Kündigungsgründen i.S.d. § 1 II KSchG beruht, zu einem einheitlich zu bewertenden Lebenssachverhalt zusammenfasst.<sup>110</sup>

### 4. Widerspruch zu prozessualen Grundsätzen der Beweislast

Im engen Zusammenhang mit dem Gesichtspunkt der Rechtsfortbildung steht der Vorwurf, die Verdachtskündigung verstoße gegen die prozessualen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Gem. § 1 II 4 KSchG muss der Arbeitgebende im Kündigungsschutzprozess die kündigungsbegründenden Tatsachen beweisen. Dies entspricht dem – auch im gesamten Kündigungsschutzrecht geltenden – allgemeinen Prinzip, dass derjenige die Voraussetzungen für den Eintritt einer Rechtsfolge nachweisen muss, der sich auf die für ihn günstige Rechtsfolge einer Norm beruft.<sup>111</sup>

Teilweise wird der Verdachtskündigung eine systemwidrige Umkehrung dieser Beweislastverteilung vorgeworfen, indem nicht der Arbeitgebende eine Straftat bzw. Pflichtverletzung des Arbeitnehmenden beweisen müsse, sondern vielmehr der Arbeitnehmende den Verdacht ausräumen muss, indem er seine Unschuld darlegt und beweist.<sup>112</sup> Damit würde der Arbeitnehmende das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen. Diese Argumentation überzeugt jedoch nur dann vollständig, wenn man von der Prämisse ausgeht, dass materiell-rechtlich zwar eine Tat Kündigung ausgesprochen wird, im Prozess jedoch nur die den Verdacht begründenden Umstände nachgewiesen werden müssen.<sup>113</sup> Dies ist aber nur dann der Fall, wenn man unzutreffend von der Tat an sich als Kündigungs-

<sup>100</sup> Schütte (Fn. 55), NZA 191, Beil. 2, 17 (21); Naujok (Fn. 55), AuR 1998, 398 (399).

<sup>101</sup> Preis (Fn. 51), S. 476 f.

<sup>102</sup> Berkowsky (Fn. 3), § 4 I 1 Rn. 4 f; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 18. Auflage (2019), § 6 Rn. 368.

<sup>103</sup> Anders: LAG Düsseldorf, LAGE Nr. 7 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen (Fn. 2), § 1 KSchG Rn. 270; Seeling/Zwickel, Die Rechtsprobleme der Verdachtskündigung aus praktischer Sicht, MDR 2008, 1020 f; Tschöpe, Verhaltensbedingte Kündigung – Eine systematische Darstellung im Lichte der BAG-Rechtsprechung, BB 2002, 778 (784); Gentges (Fn. 38), S. 249 ff; Rütters/Hessler, Die Kündigung bei kumulativ vorliegenden und gemischten Kündigungssachverhalten, ZfA 1988, 31 (45). Für eine verhaltensbedingte Kündigung wohl auch: BAG NZA 2002, 758.

<sup>104</sup> So aber nun BAG AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 38 sowie Busch (Fn. 33), FS Kissel, S. 11 (25); Staffels (Fn. 42), S. 37 f; Berkowsky (Fn. 3), § 12 Rn. 9; Appel/Gerken (Fn. 33), AuR 1995, 205; Belling (Fn. 69), RdA 1996, 223 (225); KR/Fischermeier (Fn. 18), § 626 BGB Rn. 211; Zborowska (Fn. 31), S. 59; Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen (Fn. 2), § 626 Rn. 369; Linck/Krause/Bayreuther/Krause (Fn. 77), § 1 Rn. 465.

<sup>105</sup> Berkowsky (Fn. 3), § 4 I 1 Rn. 4 f; Junker (Fn. 102), § 6 Rn. 365.

<sup>106</sup> Busch (Fn. 33), FS Kissel, S. 11; Appel/Gerken (Fn. 33), AuR 1995, 201 (205); Fischermeier (Fn. 53), S. 280; Ebeling (Fn. 42), S. 182; Hahn (Fn. 69), S. 64; Hambitzer, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach wirksamer Kündigung (1987), S. 107.

<sup>107</sup> Dazu statt aller: Junker (Fn. 102), § 6 Rn. 365.

<sup>108</sup> Naujok (Fn. 55), AuR 1998, 398 (399).

<sup>109</sup> Rütters/Hessler (Fn. 103), ZfA 1988, 31 ff; Lücke (Fn. 69), BB 1997, 1842 (1845); Preis, Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, DB 1988, 1444 (1449); Schlegel (Fn. 29), S. 62.

<sup>110</sup> St. Rspr. vgl. nur BAG NZA 1998, 323.

<sup>111</sup> Sog. Rosenbergsche Normtheorie. Vgl. dazu statt aller: Musielak/Voit/Foerste (Fn. 87), § 286 Rn. 34 f.

<sup>112</sup> Grunsky sieht in: Die Verdachtskündigung, ZfA 1977, 167 (173 ff.) in dieser vermeintlichen Beweislastumkehr den Existenzgrund der Verdachtskündigung und fordert, die Beweislastverteilung für die Verdachtskündigung zu ändern und flexibel darauf abzustellen, wem was Risiko der non-liquet Situation im konkreten Fall zuzumuten ist. Gegen eine solche Beweislastumkehr spricht jedoch nicht nur § 1 II 4 KSchG, sondern auch die Rechtsunsicherheit einer Einzelfallentscheidung. Ähnlich: Thiele, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 8.8.1968 – 2 AZR 348/67, SAE 1996, 54 (55).

<sup>113</sup> Insofern folgerichtig: LAG Bremen BB 1976, 1560.

grund der Verdachtskündigung ausgeht (s.o.). Sofern man auf den Verdacht als Kündigungsgrund abstellt, scheidet eine Beweislastumkehr aus:<sup>114</sup> Der Arbeitgebende muss weiterhin die objektiven dringenden Verdachtsmomente vollständig darlegen und beweisen. Die Beweislast wird nicht umgekehrt, nur der Bezugspunkt dieser verschoben.<sup>115</sup> Unberücksichtigt bleibt insofern aber, dass Verdachtsmomente möglicherweise leichter nachzuweisen sind als eine Tat. Im Ergebnis ist dies auch der Fall, wenn man auf den Vertrauensverlust abstellt.<sup>116</sup> Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Begriff des Vertrauens durch die Rechtsprechung bisher wenig konkretisiert wurde.<sup>117</sup> Man könnte insofern also argumentieren, einen subjektiven Vertrauensverlust stets beweisen zu können, indem man einen solchen schlicht behauptet. Bei Annahme eines objektivierten Vertrauensmaßstabes<sup>118</sup> ist eine tatsächliche Beweiserbringung jedoch auch bei Annahme des Vertrauensverlustes als Kündigungsgrund erforderlich.<sup>119</sup> Auch hier muss der Arbeitgebende vollständig die Zerstörung des Vertrauens durch den Verdacht darlegen und beweisen.<sup>120</sup>

### III. Verstoß gegen Grundrechte des Arbeitnehmenden

Teilweise wird in der Verdachtskündigung ein nicht gerechtfertigter Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Arbeitnehmenden gesehen.<sup>121</sup>

Die Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht<sup>122</sup> schützt u.a. die freie Wahl des Arbeitsplatzes, welche nicht nur bei erstmaliger Aufnahme der Beschäftigung greift, sondern auch den Entschluss, eine bestimmte Arbeit nicht aufzugeben, umfasst.<sup>123</sup> Über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte sind die Gerichte bei der Anwendung und Auslegung des § 626 I BGB bzw. § 1 KSchG verpflichtet, grundrechtliche Positionen hinreichend zu würdigen und sich entgegenstehende Grundrechtspositionen in einen an-

gemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>124</sup> Im Kern muss die Verdachtskündigung also einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.<sup>125</sup>

#### 1. Mildere Mittel

Wie bei jeder außerordentlichen Kündigung müssen die Gerichte auch im Rahmen der Verdachtskündigung mögliche mildere Mittel im konkreten Fall in Betracht ziehen.<sup>126</sup> Für die Verdachtskündigung könnten jedoch grundsätzlich mildere, gleich wirksame Mittel zur Verfügung stehen, um die Kollision der Interessen der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden aufzulösen.

Teilweise wird schon kein Bedürfnis einer Verdachtskündigung zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebenden gesehen und die Tat Kündigung als stets milderer Mittel bezeichnet.<sup>127</sup> Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass auch der Arbeitgebende ein schützenswertes Interesse an der Auflösung des Arbeitsvertrages haben kann, denn nicht nur die nachgewiesene Tat, sondern auch ein dringender Verdacht können es dem Arbeitgebenden schwer machen, weiterhin mit den Arbeitnehmenden zusammenzuarbeiten.<sup>128</sup> Hingegen ist eine Tat Kündigung tatsächlich milder, wenn der Arbeitgebende zwar den Vollbeweis führen könnte, trotzdem aber nur eine Verdachtskündigung ausspricht, etwa weil er von einem Beweismittel keinen Gebrauch machen möchte.<sup>129</sup> Entgegen einem Teil der Literatur<sup>130</sup> ist die Verdachtskündigung daher auf Fälle zu begrenzen, in denen der kündigungs begründende Sachverhalt selbst eine Unsicherheit aufweist, die nicht in angemessener Zeit aufgeklärt werden kann.<sup>131</sup>

Die teilweise als milder angesehenen<sup>132</sup> gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen eine Entschädigung gem. §

**114** *Binkert*, Hände weg vom Kündigungsschutzgesetz, NZA 2010, 433 (436); *Busch* (Fn. 93), WiVerw 2005, 154 (170); *Fischermeier* (Fn. 53), S. 275 (277); *Lunk* (Fn. 65), NJW 2010, 2753 (2754); *Hoefs* (Fn. 7), S. 109 f.

**115** *Zborowska* (Fn. 31), S. 55.

**116** *Belling* in: Anm. zu BAG 29.7.1993, 2 AZR 90/93 = SAE 1994, S. 210 (212); *Appel/Gerken* (Fn. 33), AuR 1995, 201 (205), *Berkowsky* (Fn. 88), 449 (453); *Ebeling* (Fn. 42), S. 28; *Hahn* (Fn. 69), S. 50 ff.; *Schlegel* (Fn. 29), S. 64.

**117** *Ebeling* (Fn. 42), S. 88.

**118** Dazu *Ebeling* (Fn. 42), S. 121 ff.

**119** *Appel/Gerken* (Fn. 33), AuR 1995, 201 (205); *Berkowsky* (Fn. 88), 449 (453), *Ebeling* (Fn. 42), S. 28; *Hahn* (Fn. 69), S. 50 ff.; *Schlegel* (Fn. 29), S. 64.

**120** *Appel/Gerken* (Fn. 33), AuR 1995, 201 (205).

**121** Insbesondere *Dörner* (Fn. 7), NZA 1993, 873 (873 ff.) und *Dörner* (Fn. 86), AiB 1993, 147 (167 ff.) welcher davon ausgeht, dass die Verdachtskündigung schon kein legitimes Mittel darstellt, aber jedenfalls weder geeignet und erforderlich noch angemessen ist. Anders hingegen: BVerfGK 14, 507 (510); BAG NZA 1995, 269 (271); BAG NZA 2014, S. 243 (Rn. 33); *Lücke* (Fn. 69), BB 1997, 1842 (1845 f.); *Ebeling* (Fn. 42), S. 81 ff.; *Zborowska* (Fn. 31), S. 60 ff.; *Hoefs* (Fn. 7), S. 99 ff.

**122** BVerfGE 92, 151.

**123** BVerfGE 85, 360 (372 f.); Jarass/Pieroth/Jarass (Fn. 67), Art. 12 GG Rn. 11.

**124** *Hoefs* (Fn. 7), S. 95; zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte: *Ebeling* (Fn. 42), S. 82.

**125** Wobei diese vorliegend auf die hier relevanten Punkte des milderer Mittels im Rahmen der Erforderlichkeit und der Angemessenheit reduziert wurden. Eine vollständige Verhältnismäßigkeitsprüfung ist etwa zu finden bei: *Hoefs* (Fn. 7), S. 219 ff.

**126** Beispielsweise die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz. Richtigerweise kann die ordentliche Verdachtskündigung aber nie ein milderer Mittel darstellen, vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, Kündigungsschutzrecht, 10. Auflage (2017), § 1KschG Rn. 820.

**127** Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler (Fn. 126), § 626 Rn. 259 f.

**128** *Hoefs* (Fn. 7), S. 96

**129** Wie etwa bei LAG Köln 26.11.1999, 11 Sa 1025/99, juris Rn. 22. In der Praxis verbergen sich hinter Verdachtskündigungen jedoch regelmäßig Tat-kündigungen, vgl. dazu *Appel/Gerken* (Fn. 33), AuR 1995, 201 (202).

**130** So auch noch BAG NZA 1995, 269 (271); BAG NZA 200, 1136; *Ebeling* (Fn. 42), S. 39; *ErfK/Niemann* (Fn. 11), § 626 BGB Rn. 180.

**131** Heute wohl, aber ohne Auseinandersetzung mit seiner bisherigen Rechtsprechung BAG NZA-RR 2008, 344 Rn. 19; NZA 2013, 137 Rn. 33; *KR/Fischermeier* (Fn. 18), § 626 Rn. 241; *Zborowska* (Fn. 31), S. 91 f.; *Belling* (Fn. 69), RdA 1996, 223 (232); *Eylert/Friedrichs* (Fn. 46), DB 2007, 2203 (2206); ähnlich auch *Hoefs* (Fn. 7), S. 347. Tatsächlich handelt es hier um eine Frage der Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung. Aufgrund der Tendenzen der neueren Rspr. wird hierauf indes nicht weiter eingegangen.

**132** *Dörner* (Fn. 86), AiB 1993, 147 (172).

9 KSchG (s.o.) kann jedoch schon deshalb nicht milder sein, weil die Gefahr des Arbeitsplatzverlustes für einen möglicherweise Unschuldigen weiterhin besteht.<sup>133</sup>

Auch eine bedingte Kündigung ist im Ergebnis für den Arbeitnehmenden nicht milder.<sup>134</sup> Zwar wird so das Arbeitsverhältnis nicht endgültig beendet. Das automatische Wiederaufleben im Falle eines Unschuldsbeweises entspricht jedoch nicht immer dem Interesse des Arbeitnehmenden, der möglicherweise bereits einen neuen Arbeitsvertrag eingegangen ist.<sup>135</sup>

Ferner wird vertreten, eine einseitige<sup>136</sup> Suspendierung des Arbeitnehmenden sei ein weniger beeinträchtigendes Mittel.<sup>137</sup> Dem Argument, dies benachteilige den Arbeitnehmenden zusätzlich, weil er jederzeit aufgefordert werden könnte, seine Arbeit wieder aufzunehmen und sich insofern keinen neuen Arbeitsplatz suchen könne,<sup>138</sup> ist entgegenzuhalten, dass das Bedürfnis nach einer neuen Arbeitsstelle bei Lohnfortzahlung regelmäßig nicht besteht und der Arbeitnehmende zudem auch jederzeit selbst durch (ordentliche) Kündigung das Arbeitsverhältnis beenden kann.<sup>139</sup> Für die Suspendierungslösung spricht vielmehr, dass der Arbeitgebende zunächst nur ein Interesse daran hat, dass der verdächtige Arbeitnehmende seine Rechtsgüter bis zur (straf-)gerichtlichen Klärung des Sachverhaltes nicht mehr beeinträchtigen kann. Diesem Interesse wird die Suspendierung vollständig als milderer Mittel gerecht. Dementsprechend muss das Argument, die Suspendierungslösung laufe auf einen unzumutbaren »bezahlten Urlaub«<sup>140</sup> hinaus, auch relativiert werden. Andererseits bietet diese Lösung un-

mittelbar keinen Vorteil im Falle einer *non-liquet* Situation.<sup>141</sup> Eine dauerhafte Suspendierung in diesem Falle könnte den Arbeitgebenden unzumutbar belasten. Insofern ist die Suspendierung nur flankierend während der Vornahme von Ermittlungsmaßnahmen ein geeignetes milderes Mittel.<sup>142</sup>

## 2. Unangemessenheit

Die Grundrechte des Arbeitgebenden und des Arbeitnehmenden stehen sich zunächst grundsätzlich gleichwertig gegenüber. Das Argument, die Berufsfreiheit des Arbeitnehmenden würde *per se* überwiegen, da die Verdachtskündigung diesem seine Lebensgrundlage entziehen könnte,<sup>143</sup> lässt die bestehenden Interessen des Arbeitgebenden außer Acht. Bei einer grundrechtlichen »Patt-Situation« ist es notwendig im Wege praktischer Konkordanz einen angemessenen Kompromiss zu finden. Das BAG versucht dies, indem es den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG des Arbeitnehmenden mit den bereits thematisierten »strengen Wirksamkeitsvoraussetzungen«<sup>144</sup> sowie einem sog. Wiedereinstellungsanspruch im Falle des nachträglichen Unschuldsbeweises kompensiert.<sup>145</sup>

### a) Wiedereinstellungsanspruch

Sollte der Verdacht erst nach Beendigung eines nicht stattgegebenen Kündigungsschutzprozesses widerlegt werden, ist die Verdachtskündigung bereits endgültig wirksam. Auf Seiten des Arbeitnehmenden besteht nun aber ein grundrechtlich geschütztes<sup>146</sup> Rehabilitationsinteresse.<sup>147</sup> Diesem versucht das BAG<sup>148</sup> insbesondere<sup>149</sup> über einen Wiedereinstellungsanspruch gerecht zu werden, wobei dieser zwar keine Spezialität der Verdachtskündigung darstellt,<sup>150</sup> im Rahmen dieser aber zur Kompensation des Grundrechtseingriffes notwendig<sup>151</sup> und daher weitgehend anerkannt

**133** So aber *Dörner* (Fn. 86), *AiB* 1993, 147 (172). Auch wenn die Auslösung des Arbeitsverhältnisses gegen Entschädigung in der Praxis dem Wunsch einiger Arbeitnehmenden entspricht, kann hier nicht generell von einem milderen Mittel in jeden Fall gesprochen werden.

**134** *Joachim* (Fn. 52), *AuR* 1964, 33 (39); *Schlegel* (Fn. 29), S. 159 f.; *Zborowska* (Fn. 31), S. 64 f. Anders aber: *Isele*, Das suspendierte Arbeitsverhältnis, in: *FS Molitor* (1962), S. 107 (120); *Gentges* (Fn. 38), S. 317 (341).

**135** *Belling* (Fn. 69), *RdA* 1996, 223 (233); *Heilmann* (Fn. 34), S. 87; *Hoefs* (Fn. 7), Verdachtskündigung, S. 131; *Zborowska* (Fn. 31), S. 65. Darüber hinaus steht diese Lösung auch im Widerspruch zu der grundsätzlichen Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten im Interesse der Rechtssicherheit, vgl. dazu speziell für Kündigungen: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge*, 21. Auflage (2021), § 620 Rn. 22.

**136** Diese bewirkt – mit eng gezogenen Ausnahmen – nur eine Aussetzung der Beschäftigungspflicht, sodass der Vergütungsanspruch als Annahmeverzugslohn unter Heranziehung des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens erhalten bleibt, vgl. *ErfK/Müller-Glöge* (Fn. 135), § 620 BGB Rn. 40. Kritisch aber: *Heilmann* (Fn. 34), S. 57 ff. und *Mohlen*, Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, *RdA* 1957, 405 (409).

**137** Unter der Annahme, die Verdachtskündigung verstoße gegen die Unschuldsvermutung so *Deinert* (Fn. 2), *AuR* 2005, S. 285 (296 f.), sowie *Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler* (Fn. 126), § 1 KSchG Rn. 249. Unter Einschränkungen auch *Heilmann* (Fn. 34), S. 57 ff. und *Mohlen* (Fn. 136), *RdA* 1957, 405 (409).

**138** *BAGE* 16, 72; *Isele* (Fn. 134), S. 107 (119); *Moritz*, Grenzen der Verdachtskündigung, *NJW* 1978, 402 (405); *Strobel* (Fn. 74), S. 146 f.; *Hoefs* (Fn. 7), S. 123; *Ebeling* (Fn. 42), S. 186.

**139** *Zborowska* (Fn. 31), S. 66.

**140** *BAG AP Nr. 34* zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

**141** *Belling* (Fn. 69), *RdA* 1996, 223 (233); *Ebeling* (Fn. 42), S. 186; *Hoefs* (Fn. 7), S. 99; *Zborowska* (Fn. 31), S. 67.

**142** So *Zborowska* (Fn. 31), S. 68; *Belling* (Fn. 69), *RdA* 1996, 223 (233); *Ebeling* (Fn. 42), S. 186 f.; *Preis* (Fn. 51), S. 463; *Hoefs* (Fn. 7), S. 208;

*Luckey*, Suspendierung und Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers, *NZA* 1992, 873 (875).

**143** So *Dörner* (Fn. 7), *NZA* 1993, 873 (877).

**144** So ein regelmäßig gebrauchter Wortlaut in diesem Zusammenhang, vgl. etwa *Linck/Krause/Bayreuther/Krause* (Fn. 77), § 1 KSchG Rn. 470; *Zborowska* (Fn. 31), S. 62.

**145** *BAG* 21.11.2013, 2 AZR 797/11= *NZA* 2014 S. 243 (Rn. 33); *Ebeling* (Fn. 42), S. 83; *Hoefs* (Fn. 7), S. 100; *Zborowska* (Fn. 31), S. 62 f.

**146** Zu Art. 12 GG hinzutretend nun auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmenden.

**147** *Strobel* (Fn. 72), S. 254 ff.; *Hergenröder*, Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung, *ZfA* 2002, 381 f.

**148** Dem Urteil des BGH (*NJW* 1956, 1513) folgend: *BAGE* 3, 332.

**149** Eine Aufzählung weiterer Rehabilitationsansprüche findet sich bei: *Ebeling* (Fn. 42), S. 258 ff.

**150** Dieser Anspruch wird im Zusammenhang mit allen Fällen diskutiert, in denen sich die der Kündigung zugrundeliegende Prognose im Nachhinein als unzutreffend herausgestellt hat. Zu dieser Diskussion: *MükoBGB/Hergenröder*, 8. Auflage (2020), § 1 KSchG Rn. 79 ff.

**151** Aus diesem Grund ist der Wiedereinstellungsanspruch im Rahmen der Verdachtskündigung ausnahmsweise auch nach Ablauf der Kündigungs-

ist.<sup>152</sup> Der Wiedereinstellungsanspruch soll dem eigentlich unschuldigen Arbeitnehmenden die Möglichkeit sichern, den Arbeitsplatz zu den früheren Konditionen zurückzuerlangen.<sup>153</sup> Laut BAG ist neben dem Absinken des Verdachtes auf einen Wahrscheinlichkeitsgrad weit unter einen dringenden Tatverdacht bzw. dessen völlige Entkräftung<sup>154</sup> jedoch auch die Zumutbarkeit der Wiedereinstellung für den Arbeitgebenden Voraussetzung.<sup>155</sup> Insofern muss eine Interessenabwägung im Einzelfall durchgeführt werden, wobei insbesondere<sup>156</sup> berücksichtigt wird, ob der Arbeitgebende den Arbeitsplatz ohne Schädigungsabsicht bereits anderweitig besetzt hat und ob in diesem Fall andere Arbeitsplätze zur Verfügung stehen.<sup>157</sup> Ist dem Arbeitgebenden eine

frist noch möglich, vgl. BAG AP Nr. 27 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung. *Zwanziger*, Neue Tatsachen nach Zugang einer Kündigung – Rückwirkung auf Kündigung oder Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, BB 1997, 42 (44 f.) und *Zborowska* (Fn. 31), S. 312 f., erkennen den Wiedereinstellungsanspruch als verfassungsrechtlich gebotenes Korrektiv für die Möglichkeit des Arbeitgebenden, eine Kündigung auf unsicherer Prognosebasis auszusprechen. *Brahm/Rühl*, Praktische Probleme des Wiedereinstellungsanspruches nach wirksamer Kündigung, NZA 1990, 754 sowie *Ebeling* (Fn. 42), S. 239 f., welche den Anspruch als zwingende Folge der besonderen Risikoverteilung im Rahmen der Verdachtskündigung ansehen. *Schlegel* (Fn. 29), S.173, leitet die Notwendigkeit aus dem Sozialstaatsprinzip her.

**152** Im Rahmen der Verdachtskündigung wird ein Wiedereinstellungsanspruch weitgehend selbst von denjenigen anerkannt, die diesen mangels Rechtsgrundlage anderweitig ablehnen: *Raab*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes, RdA 2000, 147 (148); *Zwanziger* (Fn. 151), BB 1997, 42 (44); *Ebeling* (Fn. 42), S. 237 ff. Anders aber *Westera*, Der Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer Kündigung (2001), S. 28 f. *Kaiser*, Wegfall des Kündigungsgrundes – Weder Unwirksamkeit der Kündigung noch Wiedereinstellungsanspruch, ZfA 2000, 205 (218); *Strobel* (Fn. 74), S. 255 ff. Richtigerweise ergibt sich der Wiedereinstellungsanspruch für die Verdachtskündigung aus dem Verbot des *venire contra factum proprium*, vgl. *Hoefs* (Fn. 7), VK, S. 291 ff. Das BAG stützt den Wiedereinstellungsanspruch in neuerer Rspr. auf eine nachwirkende Fürsorge(neben)pflcht des Arbeitgebenden aus dem Arbeitsverhältnis, vgl. BAG = NZA 2018, 436 (437).

**153** *Hoefs* (Fn. 7), S. 303. Beachte aber, dass mit Blick auf den Sinn und Zweck des Wiedereinstellungsanspruches und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmenden keine Pflicht zur Wiederaufnahme der Arbeit besteht, vgl. BAG BB 1964, 554.

**154** BAG 14.12.1956, 1 AZR 29/55 = BAGE 3, 332. Sich anschließend: *ErfK/Müller-Gläge* (Fn. 135), § 626 BGB Rn. 217. Anders: *Preis* (Fn. 52), S. 356 sowie v. *Stein*, Fehleinschätzungen bei Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung (1998), S. 158 f., welche nur bei positiv festgestellter Unschuld einen Wiedereinstellungsanspruch zulassen wollen. *Heilmann* (Fn. 34), S. 78 hingegen beschränkt den Anspruch auf Fälle in denen der Arbeitnehmende mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unschuldig ist.

**155** BAG NZA 2008, S. 357. In der neueren Rspr. wird der Wiedereinstellungsanspruch sogar tendenziell weiter eingeschränkt, vgl. dazu: v. *Stein*, Aktuelles aus Erfurt zum Wiedereinstellungsanspruch, NZA 2018, 766.

**156** Weitere Abwägungskriterien (nach BGH 13.7.1956 VI ZR 88/55): Einerseits die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die beruflichen Leistungen des Arbeitnehmenden, die Möglichkeit dessen einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Andererseits auch die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmenden an der »verspäteten« Verdachtsentkräftung. Eine ausführliche Darstellung findet sich bei: *Ebeling* (Fn. 42), S. 245 ff.

**157** Dieser Gedanke wird in der Literatur teilweise außerhalb der Interessenabwägung unter dem Begriff »Möglichkeit eines Wiedereinstellungsanspruch« diskutiert, vgl. *Brahm/Rühl* (Fn. 151), NZA 1990, 755 ff; *Zborowska*

Wiedereinstellung nicht zumutbar, ist der Arbeitsplatz endgültig verloren.

#### b) Ausgleich des grundrechtlichen Abwägungsprivilegs

Sollte diese Einzelfallabwägung zugunsten des Arbeitgebenden ausfallen, wird das Unbehagen im Zusammenhang mit der Verdachtskündigung zur Unangemessenheit.<sup>158</sup> Denn in dieser Konstellation müssen die rückblickend überwiegenden Interessen des Arbeitnehmenden, welche nun auch durch dessen Allgemeines Persönlichkeitsrecht verstärkt werden, gleichsam doppelt hinter die Interessen des Arbeitgebenden zurücktreten. Einmal wurde dem Arbeitgebenden rechtlich zugestanden, sich trotz der Unsicherheiten bezüglich der Täterschaft des Arbeitnehmenden von diesem zu lösen und das Arbeitsverhältnis zu beenden. Sollte der Arbeitnehmende doch unschuldig sein und seinen Arbeitsplatz zurückverlangen, wird dem Arbeitgebenden zusätzlich die Möglichkeit zugestanden, von dem wirtschaftlichen Risiko einer erneuten Einstellung verschont zu bleiben. Dieser doppelten Bevorteilung des Arbeitgebenden steht ein Arbeitnehmender gegenüber, welcher nicht nur unverschuldet und endgültig seinen Arbeitsplatz verloren hat, sondern auch den scharfen Konsequenzen der Verdachtskündigung ungeschützt ausgesetzt ist. Seine Grundrechte kommen nicht mehr zur Geltung und treten vollständig hinter die des Arbeitgebenden zurück. Dieses Ungleichgewicht wird verfassungsrechtlich nochmals verstärkt, wenn man die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmenden miteinbezieht, welche über die Sozialstaatsgarantie aus Art. 20 III GG in die Grundrechtsabwägung miteinfließt.<sup>159</sup> In Fällen, in denen sich der verfassungsrechtliche Zielkonflikt der Verdachtskündigung am deutlichsten zeigt, gelingt es dem BAG mit der derzeitigen Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Verdachtskündigung nicht, die Eingriffe in die grundrechtlichen Positionen des Arbeitnehmenden zu kompensieren und damit in einen schonenden Ausgleich mit den entgegenstehenden Interessen des Arbeitgebenden zu bringen.

Ein verfassungsmäßiger Ausgleich der grundrechtlichen Interessen müsste vielmehr das Abwägungsprivileg des Arbeitgebenden miteinbeziehen, welches ihm eingeräumt wird, indem er sich trotz Unsicherheiten bezüglich einer Täterschaft mit der Kündigung wegen Verdachts vom Arbeitnehmenden trennen darf. Dieser grundrechtliche Vorsprung muss seitens des Arbeitgebenden ausgeglichen werden, indem er das mögliche wirtschaftliche Risiko einer Wiedereinstellung des unschuldigen Arbeitnehmenden vollständig übernehmen muss. Der Wiedereinstellungs-Rehabilitations-

(Fn. 31), S. 323.

**158** Anders sieht dies etwa das BVerfG NJW 1980, 2017; BAG NZA 1995, 269 (271); *Lücke* (Fn. 69), BB 1997, 1842 (1845 f.); *Zborowska* (Fn. 31), S. 62; *Ebeling* (Fn. 42), S. 81 ff; *Hoefs* (Fn. 7), S. 99 ff; *Linck/Krause/Bayreuther/Krause* (Fn. 77), § 1 Rn. 467; *Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen* (Fn. 2), § 626 BGB Rn. 374.

**159** Ausführlich dazu *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers – Die adäquate Lösung des Konflikts zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit (2016), S. 148 und S. 244.

anspruch im Falle der nachträglich unberechtigten Verdachtskündigung muss also unbedingt sein.<sup>160</sup> Ist ein Arbeitgebender nicht bereit, das mit diesem Anspruch einhergehende wirtschaftliche Risiko zu tragen, wird er sich auf die Tat Kündigung verweisen lassen müssen.

Unbillige Ergebnisse, vor allem mit Blick auf Interessen des Arbeitnehmenden, können im Wege der Zubilligung eines Abfindungsanspruches gelöst werden, der durch seine Höhe den Grundrechtseingriff weitestgehend kompensiert und dem Wiedereinstellungsanspruch in seiner Rehabilitationswirkung im Einzelfall gleichkommt.<sup>161</sup>

#### D. Gesamtbetrachtung: Zulässigkeit und Konsequenzen der Verdachtskündigung

Die Lösung des BAG, eine Kündigung wegen Verdachts unter strengen Wirksamkeitsvoraussetzungen und unter Bereitstellung eines Wiedereinstellungsanspruches zuzulassen, hinterlässt nicht nur zahlreiche Ungereimtheiten und Widersprüche,<sup>162</sup> sondern stellt zuvorderst dann keinen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen dar, wenn sich nachträglich die Unschuld des gekündigten Arbeitnehmenden herausstellt. Denn bei Unzumutbarkeit des Wiedereinstellungsanspruches ist dieser den Konsequenzen der Verdachtskündigung ungeschützt ausgesetzt. Die Interessen des Arbeitgebenden sind in diesem Fall doppelt bevorzugt berücksichtigt worden, die des Arbeitnehmenden müssen vollständig zurücktreten. In ihrer derzeitigen Ausgestaltung lässt die Verdachtskündigung also in der Tat Situationen entstehen, in der »die Rechnung gewissermaßen nicht aufgeht«<sup>163</sup> und der Eingriff der Verdachtskündigung in die Grundrechte des Arbeitnehmenden unangemessen ist. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, muss dem unschuldigen Arbeitnehmenden ein weitestgehend unbedingter Wiedereinstellungsanspruch zur Rehabilitation zugestanden werden.

Zusammenfassend ist das Institut der Verdachtskündigung (nicht nur) aus grundrechtlicher Sicht durchaus kritikwürdig, aber es besteht kein »unauflösbarer Zielkonflikt«, wie eingangs angedeutet. Die sich entgegenstehenden Interessen der Parteien bei einer Verdachtskündigung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen und insbesondere dem Arbeitnehmenden seinen verfassungsrechtlich zustehenden Schutz zu gewährleisten, wird aber auch in Zukunft eine Herausforderung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bleiben.

<sup>160</sup> Steinacker (Fn. 159), S. 148. Im Ergebnis auch KR/Griehling (Fn. 18), § 1 KSchG Rn. 730, welcher sogar von der Möglichkeit einer Freikündigung des Arbeitsplatzes ausgeht.

<sup>161</sup> So auch Hoefs (Fn. 7), S. 307. Einen solchen mangels Rechtsgrundlage ablehnend: KR/Fischermeier (Fn. 18), § 626 Rn. 248; Zborowska (Fn. 31), S. 328; Brahm/Rühl (Fn. 151), NZA 1990, 753 (758), v. Stein (Fn. 160), S. 173 f; Hambitzer (Fn. 106), S. 159 ff. Mangels Tauglichkeit zur Rehabilitation ablehnend: Steinacker (Fn. 159), S. 148; Nicolai/Noack, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruches nach wirksamer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2000, 87, (101 f.).

<sup>162</sup> So auch Deinert (Fn. 2), AuR 2005, 285. Freilich konnten diese im Vorliegenden überhaupt nur dort ausgeführt werden, wo sie für die Untersuchung relevant waren. Ergänzend ist daher etwa hinzuweisen auf das systemwidrige Umdeuten des BAG einer Verdachtskündigung zur Tat Kündigung im Prozess, vgl. BAG NZA 2011, 798.

<sup>163</sup> Herschel, Anmerkung zu AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Nr. 39.