

Kapitel 1: Einleitung

Die nachfolgende Arbeit befasst sich mit der Frage, welche Gestaltungsrechte das Gesetz dem Arbeitgeber zur einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bietet, wenn ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Raum steht.

I. Anlass und Fragestellungen der Arbeit

Ständige Rechtsprechung¹ und herrschende Literatur² ziehen zuvörderst die sog. Tatkündigung und die sog. Verdachtskündigung als Gestaltungsrechte in Betracht, wenn ein (schweres) Fehlverhalten eines Arbeitnehmers im Raum steht.

Bei der Tatkündigung ist ein erwiesenes (schweres) Fehlverhalten des Arbeitnehmers erforderlich.³ Bei der Verdachtskündigung muss das im Raum stehende Fehlverhalten des Arbeitnehmers nicht voll bewiesen werden, sondern es soll nach ganz herrschender Meinung⁴ genügen, wenn ein dringender Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers vorgetragen und auf objektive Tatsachen gestützt werden kann, sofern der Arbeitgeber alles zur Aufklärung getan, insbesondere den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung zu den Vorwürfen angehört hat.⁵

Zur Tatkündigung kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass ihre Zulässigkeit zu keiner Zeit in Frage gestellt worden ist.

Zur Verdachtskündigung ist demgegenüber festzuhalten, dass sie – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden – seit ihrer „Erfindung“ immer wieder – teils heftiger – Kritik ausgesetzt war,⁶ inzwischen aber nichtsdestotrotz zu einer festen Größe in Rechtsprechung und Literatur geworden ist.⁷

¹ fortan: stRspr

² fortan: hLit

³ Dazu nachfolgend mehr in Kapitel 2, S. 21 ff

⁴ fortan: ghM

⁵ Vgl. bspw. Bundesarbeitsgericht (fortan: BAG), Urteil vom 21.11.2013, Az. 2 AZR 797/11, Rn. 16 (m.w.N.) (zitiert nach juris)

⁶ Dazu nachfolgend mehr in diesem Kapitel unter Ziffer II, S. 4 ff

⁷ Dazu mehr in Kapitel 3, S. 70 ff

Dass die Verdachtskündigung unzulässig sei, wird – soweit ersichtlich – seit fast 20 Jahren nicht mehr vertreten⁸; weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur.⁹ Dies verwundert vor allem dann, wenn man sich vor Augen führt, dass es inzwischen ein „offenes Geheimnis“ zu sein scheint, dass für die Verdachtskündigung in ihrer bisherigen Erscheinungsform keine gesetzliche Rechtsgrundlage existiert.

So konstatierte das Landesarbeitsgericht (fortan: LAG) Köln in seinem Urteil vom 12.12.2013, die Verdachtskündigung stehe „in einem Spannungsverhältnis zu dem Rechtsgrundsatz, dass niemand wegen eines vermeintlichen Fehlverhaltens, welches nicht bewiesen ist, Rechtsnachteile erleiden darf.“¹⁰ Eylert, der von 2001 bis 2012 Mitglied des 2. Senats (Kündigungssenat) des BAG war,¹¹ hielt 2014 fest, dass „eine wirklich überzeugende dogmatische Herleitung (der Verdachtskündigung) eigentlich bis heute (fehlt).“¹² Und Schulz bezeichnete die Verdachtskündigung 2016 als „Fremdkörper im deutschen Arbeitsrecht“.¹³

Befasst man sich näher mit der zur Verdachtskündigung ergangenen Rechtsprechung und der zu ihr veröffentlichten Literatur, fällt noch eine weitere, zeitlich parallel laufende Tendenz auf: Seit dem Jahr 2012 stellen vor allem die Instanzgerichte, aber auch einige Stimmen in der Literatur immer höhere Anforderungen an den zur Verdachtskündigung führenden „Verdacht“:

So fordern bspw. das LAG Köln und LAG Hamm seit 2012¹⁴ bzw. 2016¹⁵, dass die Täterschaft des Arbeitnehmers „nahezu gewiss“ sein müsse, damit der für die Verdachtskündigung erforderliche Verdachtsgrad erreicht ist.

Das LAG Rheinland-Pfalz¹⁶ fordert seit 2014 für den für die Verdachtskündigung erforderlichen Verdachtsgrad „eine große, zumindest überwiegende Wahrscheinlichkeit“ dafür, dass der Arbeitnehmer das ihm vorgeworfene Fehlverhalten tatsächlich begangen hat.

⁸ So iE auch Fuhlrott in ArbRAktuell 2012, S. 553 ff (553+554) (m.w.N.).

⁹ Dazu nachfolgend mehr in diesem Kapitel unter Ziffer II, S. 4 ff

¹⁰ LAG Köln, Urteil vom 12.12.2013, Az. 7 Sa 537/13, Leitsatz 1 und Rn. 35 (zitiert nach juris)

¹¹ Vgl. Beitrag in NZA-RR 2014, S. 393 ff, Fn.*

¹² Eylert in NZA-RR 2014, S. 393 ff (396)

¹³ Schulz in ArbRAktuell 2016, S. 365 ff (368)

¹⁴ LAG Köln, Urteil vom 28.11.2012, 3 Sa 561/12, Rn. 64 (zitiert nach juris)

¹⁵ LAG Hamm, Beschluss vom 30.08.2016, Az. 7 TaBV 45/16, Rn 53 (zitiert nach juris)

¹⁶ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.08.2014, Az. 3 Sa 79/14, Rn. 80 (m.w.N.) (zitiert nach juris)

Das LAG Niedersachsen¹⁷ fordert seit 2018 einen „*erdrückenden Tatverdacht*“ gegen den Arbeitnehmer.

Und Kref¹⁸ meint, es seien objektive Indiztatsachen erforderlich, „*die nach den gesamten Umständen schlechterdings keinen anderen Schluss als den auf die Verfehlung des Arbeitnehmers zulassen*“.¹⁹

Es kann also festgehalten werden, dass die Verdachtskündigung inzwischen von der gHM für zulässig erachtet wird, obgleich mit ihrer Anerkennung schon immer ein gewisses Störgefühl einherging. Wohl aus diesem Grund scheinen Rechtsprechung und Literatur seit einiger Zeit sehr darum bemüht zu sein, den Verdacht so eng wie möglich zu fassen. Dies dürfte – das kann von der Verfasserin dieser Arbeit allerdings nur gemutmaßt werden – wiederum daran liegen, dass die Befürworter der Verdachtskündigung versuchen, das der Verdachtskündigung immanente Risiko zu verringern, dass durch sie – wie in der Vergangenheit immer wieder kritisiert – auch ein in Wahrheit unschuldiger Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verlieren kann.

Die vorstehenden Aussagen und Entwicklungen zur Verdachtskündigung und die Tatsache, dass die Verdachtskündigung ihre Brisanz bis zum heutigen Tag nicht verloren hat,²⁰ gaben

¹⁷ LAG Niedersachsen, Urteil vom 12.03.2018, Az. 15 Sa 319/17, Rn. 135 (zitiert nach juris)

¹⁸ Seinerzeit Richter am BAG; vgl. Pressemitteilung Nr. 5/16 des BAG, abrufbar unter http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&sid=93a31375afe7e7ad6d1797d922c754ee&n=17886&pos=0&anz=1&titel=Vorsitzender_Richter_am_Bundesarbeitsgericht_Burghard_Kref_in_Ruhestand (Abrufdatum: 18.03.2020)

¹⁹ Kref in NZA-Beil. 2012, S. 58 ff (65)

²⁰ So sehen dies bspw. auch Kref in NZA-Beil. 2012, S. 58 ff (64): „*Die Verdachtskündigung ist seit jeher ein problematisches Institut. Sie hat die ihr immanente Tragik nicht verloren...*“; Wertz in Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, Dissertation (2016), S. 40: „... ist die Frage der generellen Zulässigkeit von Verdachtskündigungen zu klären. Der Streit hierüber hat dabei im Laufe der Zeit keineswegs an „Zündstoff“ verloren...“; Moot-Court-Wettbewerb 2009/2010 des Bundesarbeitsgerichts, Lösungshinweise (abrufbar unter http://www.bundesarbeitsgericht.de/mootcourt/loesungshinweise_2010.pdf), S. 12: „*Das BAG hält die Verdachtskündigung traditionell für zulässig.*“ und S. 14: „*Die Verdachtskündigung ist aber bis heute nicht unumstritten.*“ (Abrufdatum: 08.03.2020); Lembke in RdA 2013, S. 82 ff (84): „*Die Rechtsprechung zur Verdachtskündigung war seit jeher Kritik ausgesetzt...*“; Wahlers in jurisPR-ITR 20/2014 Anm. 4, D: „*Anforderungen an eine wirksame Verdachtskündigung wurden in der Vergangenheit stetig erhöht (zuletzt durch BAG, Urt. v. 21.11.2013 - 2 AZR 797/11). Das BAG hält jedoch an der umstrittenen Rechtsfigur der Verdachtskündigung fest (BAG, Urt. v. 20.03.2014 - 2 AZR 1037/12).*“; Schütte in NZA Beil. 2/1991, S. 17 ff (17): „*Das Institut der Verdachtskündigung ist in ständiger Rechtsprechung des BAG seit Langem anerkannt. Nach heftiger Kritik, vor allem in den 60er und 70er Jahren, ist die Diskussion in den Fachzeitschriften weitgehend abgeebbt. Die Brisanz des Themas hat jedoch nichts von ihrer Aktualität verloren...*“ und Eylert in NZA-RR 2014, S. 393 ff (393): „*Es ist nun schon fast 25 Jahre her, seit das Thema „Verdachtskündigung“ bei der 20. Tagung der Arbeitsgemeinschaft für Fachanwälte für Arbeitsrecht im DAV in Nürnberg auf der Agenda stand. Rechtsanwalt Schütte, der damalige Referent, konstatierte zwar eine weitgehende Anerkennung der Verdachtskündigung in Literatur und Rechtsprechung, betonte aber, dass das „Thema nichts von seiner*

der Verfasserin Anlass, sich erneut²¹ kritisch mit den Gestaltungsrechten des Arbeitgebers bei einem im Raum stehenden Fehlverhalten des Arbeitnehmers auseinander zu setzen und führten zu folgenden wesentlichen Fragestellungen der nachfolgenden Arbeit:

1. *Kann der Verdacht eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers wirklich eine Beendigungskündigung rechtfertigen?*

und

2. *Wenn Nein, wann führt ein nicht (unmittelbar) bewiesenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu einem Gestaltungsrecht des Arbeitgebers?*

II. Meinungsstand zur Zulässigkeit der Verdachtskündigung im Überblick

Der Meinungsstand zur Zulässigkeit der Verdachtskündigung wird nachfolgend überblicksartig zusammengefasst. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Kündigungsform erfolgt in Kapitel 3²².

Aktualität verloren“ habe (Schütte, NZA Beil. 2/1991, 17). Dieser Befund gilt auch für die Gegenwart. Zwar hat sich die Rechtsprechung unter Beteiligung der Literatur weiter konsolidiert. Gleichwohl bestehen bis heute „weiße Flecken“ und sind zahlreiche Anwendungsprobleme noch nicht endgültig geklärt.“ Ähnlich Eylert in NZA-Beilage 2015, S. 100 (104): „Lassen wir die weiteren, auch für die praktische Anwendung nicht unbedeutenden, zusätzlichen Fragen zur Verdachtskündigung, wie die umfassende Interessenabwägung, die Einhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 II BGB oder die Betriebsratsbeteiligung beiseite, so lässt sich resümierend feststellen, dass die Verdachtskündigung in der praktischen Anwendung viele Probleme aufwirft. Dabei stehen vor allem die Ermittlung und Aufklärung des Kündigungssachverhalts, einschließlich der Anhörung des Arbeitnehmers einerseits und die sorgfältige Einführung und Darlegung von Indiztatsachen zur Begründung eines dringenden Tatverdachts in den Kündigungsschutzprozess andererseits im Vordergrund...“ Sowie in NZA-RR 2014, S. S. 393 ff (394): „Die Verdachtskündigung steht nicht vor dem Aus, sie „lebt“, sie feiert fröhlich Urstand. (...) Sie hat in der Praxis nach wie vor eine erhebliche Bedeutung...“

²¹ Ebenfalls mit dem Thema „Verdachtskündigung“ auseinandergesetzt haben sich insbesondere Heilmann in „Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitation“, Dissertation (1964); Strobel in „Die Verdachtskündigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage nach späterer Entkräftung des Verdachts“, Dissertation (1966); vom Stein in „Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung“, Dissertation (1989); Egli in „Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht“, Dissertation (2000); Hoefs in „Die Verdachtskündigung“, Dissertation (2001); Hahn in „Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung“, Dissertation (2004); Ebeling, „Die Kündigung wegen des Verdachts“, Dissertation (2006); Schlegeit in „Das BAG und die Verdachtskündigung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 626 BGB“, Dissertation (2008); Orth in „Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK“, Dissertation (2009); Zborowska in „Die außerordentliche Verdachtskündigung“, Dissertation (2015) und Wertz in „Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, Dissertation (2016).

²² S. 70 ff dieser Arbeit

1. Verdachtskündigung nach der hM

Die ghM hält sowohl die außerordentliche Kündigung wegen einer nachgewiesenen Straftat als auch die außerordentliche Kündigung wegen des dringenden Verdachts der Tatbegehung für grundsätzlich zulässig,²³ Letztere jedoch nur unter bestimmten, in Kapitel 3²⁴ näher dargestellten Voraussetzungen.

Auch die ordentliche Verdachtskündigung wird von der ghM für zulässig erachtet.²⁵ Zu ihr hat das BAG in seinem Grundsatzurteil vom 21.11.2013 zwischenzeitlich entschieden, dass der für eine ordentliche Verdachtskündigung erforderliche Kündigungssachverhalt dieselben Anforderungen erfüllen müsse, wie bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung.²⁶ Dem haben sich bereits diverse Stimmen aus der Literatur angeschlossen.²⁷

Auch die außerordentliche Verdachtskündigung eines Auszubildenden ist nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BAG zulässig.²⁸ Auch dieser Auffassung haben sich zwischenzeitlich bereits diverse Stimmen aus der Literatur angeschlossen.²⁹

2. Weitere Auffassungen zur Verdachtskündigung

Die Verdachtskündigung ist seit jeher ein problematisches Institut.³⁰ Dementsprechend existiert eine Vielzahl an abweichenden Meinungen zu ihr. Die Wesentlichen werden im nachfolgenden Überblick vorgestellt und später in dieser Arbeit, insbesondere in Kapitel 3, noch näher beleuchtet.

²³ Vgl. statt vieler bspw. Schlegel in „Das BAG und die Verdachtskündigung – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des § 626 BGB“, Dissertation (2008), S. 3 ff und Wertz in Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, Dissertation (2016), S. 43 ff – jeweils mit zahlreichen Verweisen auf Befürworter der Verdachtskündigung

²⁴ Vgl. S. 70 ff dieser Arbeit

²⁵ Vgl. hierzu ausführlich S. 88 ff sowie S. 170 ff dieser Arbeit

²⁶ BAG, Urteil vom 21.11.2013, Az. 2 AZR 797/11, Rn. 32 ff (zitiert nach juris)

²⁷ Vgl. bspw. Sartorius/Gundel in ZAP 2014, S. 951 ff (960); Wahlers in jurisPR-ITR 6/2014 Anm. 6 sowie in jurisPR-ITR 20/2014 Anm. 4 und Grimm in ArbRB 2014, S. 71 f (72); aber auch Schrader/Thoms/Möller in ArbRAktuell 2014, S. 310 ff und Eylert in NZA-RR 2014, S. 393 ff (405).

²⁸ BAG, Urteil vom 12.02.2015, Az. 6 AZR 845/13, Rn. 31 ff (zitiert nach juris)

²⁹ Vgl. bspw. Fuhlrott/Oltmanns in DB 2015, 1719 ff (1720); Haußmann in FD-ArbR 2015, 369867 und Lunk (Anm. zum Urteil des BAG vom 12.02.2015, Az. 6 AZR 845/13) in AP BBiG § 22 Nr. 1.

³⁰ So auch Kreft in NZA-Beil. 2012, S. 58 ff (64)

a) Verdachtskündigung nur zulässig, wenn Suspendierung unzumutbar

Einer der ersten Kritiker der Verdachtskündigung war *Mohnen*.³¹ Er hat die ersten Urteile des Bundesgerichtshofs (fortan: BGH) und des BAG zum sog. Wiedereinstellungsanspruch³² – einem Folgeproblem, das aus der Anerkennung der Verdachtskündigung resultiert³³ – zum Anlass genommen, nicht nur den Wiedereinstellungsanspruch, sondern vor allem auch das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung kritisch zu hinterfragen.

Mohnen empfiehlt im Hinblick auf die Verdachtskündigung, dem Problem „*auf andere Weise zu Leibe zu rücken, um zu tragbaren Ergebnissen zu gelangen*“. Er vertritt insofern die Ansicht, der Arbeitgeber sei grundsätzlich gehalten, sich mit einer Suspendierung des Arbeitnehmers von seinen Rechten und Pflichten zu begnügen, wenn nur der Verdacht eines Fehlverhaltens und nicht das erwiesene Fehlverhalten selbst Anlass des Trennungswunsches des Arbeitgebers sei. Nur in „*ganz besonders krassen Ausnahmefällen*“ soll statt der in aller Regel vorrangigen Suspendierung des Arbeitnehmers eine Verdachtskündigung zulässig sein. Ein solcher Ausnahmefall, in welchem dem Arbeitgeber die Suspendierung unzumutbar und daher die Verdachtskündigung zulässig sei, liege vor, wenn der Verdacht so schwer und das Arbeitsverhältnis so nachhaltig belastet sei, dass schon im Kündigungszeitpunkt mit Sicherheit gesagt werden müsse, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses keinesfalls mehr zumutbar sei. Ein Ausnahmefall liege darüber hinaus auch vor, wenn für die betreffende Arbeitsstelle Aushilfskräfte einfach nicht zu bekommen seien, der Arbeitgeber den Arbeitsplatz aber besetzen und eine Dauerkraft einstellen müsse, also dringende betriebliche Erfordernisse eine Kündigung erforderten.³⁴

b) Tatkündigung zulässig, Verdachtskündigung unzulässig

Eine nicht unbeachtliche, vor allem in den 60er und 90er Jahren vertretene Mindermeinung hält nur die Tatkündigung für zulässig, die Verdachtskündigung hingegen für gänzlich unzulässig. Genannt seien an dieser Stelle die wohl bekanntesten Vertreter dieser Auffassung. Dies waren allen voran: *Joachim*,³⁵ *Schütte*,³⁶ *Dörner*,³⁷ *Naujok*,³⁸ *Deinert*³⁹ und das *LAG Bremen* mit seinem Urteil vom 23.04.1976.⁴⁰

³¹ in RdA 1957, S. 405 ff

³² BGH, Urteil vom 13.07.1956, Az. VI ZR 88/55 und BAG, Urteil vom 14.12.1956, Az. 1 AZR 29/55

³³ Zum Wiedereinstellungsanspruch später mehr, vgl. insbesondere S. 217 ff dieser Arbeit

³⁴ *Mohnen* in RdA 1957, S. 405 ff (insbes. S. 407 und 409)

³⁵ *Joachim* in ArbuR 1964, S. 33 ff

aa) *Joachim* lehnt die ordentliche Verdachtskündigung ab, weil sie außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes (fortan: KSchG) nicht erforderlich sei und sich im Anwendungsbereich des KSchG nicht in das System des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einfüge. Wolle man sie dort gleichwohl zulassen, führe sie zu einer Bagatellisierung der arbeitgeberseitigen Beweislast. Erforderlich sei im Anwendungsbereich des KSchG stets der Nachweis der Tat. Die ordentliche Verdachtskündigung könne deshalb allenfalls *argumento a maiore ad minus* zugelassen werden, wenn eine fristlose Verdachtskündigung möglich sei. Diese lehnt *Joachim* jedoch als unvereinbar mit der Unschuldsvermutung⁴¹ ab.⁴² Als „sicheren Weg, sich des Arbeitnehmers zu entledigen“, erwähnt *Joachim* den Auflösungsantrag. Wenn der Arbeitgeber dem vom KSchG geschützten Arbeitnehmer ordentlich kündige und „im nachfolgenden Kündigungsschutzprozess gepfefferte Behauptungen aufstelle, die für sich betrachtet schon zur Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses ausreichen“, eröffne ihm „das KSchG in seiner Weisheit“ diese Möglichkeit, um sich von dem (verdächtigen) Arbeitnehmer zu trennen.⁴³

bb) *Schütte*,⁴⁴ *Dörner*,⁴⁵ *Naujok*,⁴⁶ und *Deinert*⁴⁷ halten die Verdachtskündigung ebenfalls aus den bereits genannten Gründen für insgesamt unzulässig.

Schütte führt gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung neben der Unschuldsvermutung und der Tatsache, dass sie sich nicht in das System der Kündigungsgründe einfüge, noch an, dass die Anerkennung der Verdachtskündigung dazu führe, dass die Beweislast systemwidrig ins Gegenteil verkehrt würde, da bei ihr letztlich der Arbeitnehmer beweisen müsse, dass die gegen ihn erhobenen Verdachtsmomente ohne Basis im Tatsachenbereich seien. Es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Verdachtskündigung und handele sich um eine unzulässige Rechtsfortbildung. Der Gesetzgeber habe den zugrundeliegenden Konflikt durch § 9 Abs. 1 S.

³⁶ *Schütte* in NZA 1991, Beil. 2, S. 17 ff

³⁷ *Dörner* in NZA 1992, S. 865 ff sowie in NZA 1993, S. 873 ff und in Ascheid/Preis/Schmidt, KSchR, 7. Auflage 2007, § 626 BGB, Rn. 346 ff (Rn. 374 ff)

³⁸ *Naujok* in ArbuR 1998, S. 398 ff

³⁹ *Deinert* in AuR 2005, S. 285 ff

⁴⁰ LAG Bremen in BB 1976, 1560 f

⁴¹ *Joachim* verweist insofern auf Art. 20 Abs. 2 Satz 1 der Hessischen Verfassung, vgl. ArbuR 1964, S. 33 (38)

⁴² *Joachim* in ArbuR 1964, S. 33 ff (36-39)

⁴³ *Joachim* in ArbuR 1964, S. 33 ff (37)

⁴⁴ *Schütte* in NZA 1991, Beil. 2, S. 17 ff (21, 22)

⁴⁵ *Dörner* in NZA 1992, S. 865 ff sowie in NZA 1993, S. 873 ff

⁴⁶ *Naujok* in ArbuR 1998, S. 398 ff

⁴⁷ *Deinert* in AuR 2005, S. 285 ff

2 KSchG gelöst. Mangels Regelungslücke verstoße die Anerkennung der Verdachtskündigung gegen Art. 20 Abs. 3 GG.⁴⁸

Dem folgt *Dörner*, der die Verdachtskündigung überdies für unvereinbar mit Art. 12 GG hält.⁴⁹ Mit der Entscheidung des Gesetzgebers darüber, ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses möglich ist sowie durch die Rechtsprechung darüber, ob diese Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind, werde in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG – entweder zu Lasten des Arbeitgebers oder zu Lasten des Arbeitnehmers – eingegriffen.⁵⁰ Die Zulässigkeit von Kündigungsbeschränkungen zu Lasten des Arbeitgebers oder Kündigungserleichterungen zu Lasten des Arbeitnehmers hingen davon ab, ob das eingesetzte Mittel geeignet und erforderlich sei, den erstrebten – legitimen – Zweck zu erreichen und ob die Grenze der Zumutbarkeit bei der Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe gewahrt sei.⁵¹ Ob das von der hM zur Rechtfertigung der Verdachtskündigung angeführte „praktische Bedürfnis“ einen legitimen Zweck darstelle, sei bereits fraglich.⁵² Auch die Geeignetheit und Erforderlichkeit der zur Erreichung des angestrebten Zweckes eingesetzten Mittel bezweifelt *Dörner*.⁵³ Jedenfalls aber greife die Maßnahme unverhältnismäßig in die verfassungsrechtlich geschützte Rechtsstellung des Arbeitnehmers ein.⁵⁴

Naujok weist zudem darauf hin, dass die Vertrauensbeziehung zweiseitig sei und durch einen Verdacht auf die Probe gestellt würde. Ein Arbeitgeber, der wegen eines Verdachts kündige, enttäusche das seitens des Arbeitnehmers in ihn gesetzte Vertrauen, der Arbeitgeber werde von der Loyalität des Arbeitnehmers ausgehen, zumindest bis alle verdachtstypischen Zweifel an der Tatbegehung ausgeräumt seien.⁵⁵ Im Ergebnis schlägt *Naujok* „als Gewinn für Recht und Gesetz“ vor, der Arbeitgeber solle dem Arbeitnehmer ordentlich wegen der Tat kündigen.

⁴⁸ Schütte in NZA 1991, Beil. 2, S. 17 ff (21-23)

⁴⁹ Dörner in NZA 1993, S. 873 ff. *Von Hoyningen-Huene/Linck* vertreten demgegenüber in KSchG, 13. Auflage 2002, § 1 KSchG, Rn. 261 b sowie derselben in der 15. Auflage (2013) Rn. 467, es würde gegen die Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 und 14 GG verstoßen, wollte man die Verdachtskündigung NICHT anerkennen.

⁵⁰ Dörner in NZA 1993, S. 873 ff (874)

⁵¹ Dörner in NZA 1993, S. 873 ff (874)

⁵² Dörner in NZA 1993, S. 873 ff (875, 876)

⁵³ Dörner in NZA 1993, S. 873 ff (875, 876)

⁵⁴ Dörner in NZA 1993, S. 873 ff (877); dem beipflichtend Egli in „Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht“, Dissertation (2000), auf S. 91

⁵⁵ *Naujok* in ArbuR 1998, S. 398 ff (399)

Bleibe nur ein dringender Verdacht bestehen, sei das Arbeitsverhältnis nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung auf Antrag des Arbeitgebers aufzulösen.⁵⁶

Deinert war, soweit ersichtlich, im Jahr 2005 bis dato der Letzte, der sich explizit gegen die Anerkennung der Verdachtskündigung aussprach.⁵⁷ Er begründet seine Auffassung im Sinne seiner Vorredner. Hierbei argumentiert *Deinert* vor allem mit der Unvereinbarkeit der Verdachtskündigung mit der Unschuldsvermutung.⁵⁸ Anders als Joachim, Schütte, Dörner und Naujok hält *Deinert* den Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG für keine Alternative zur Verdachtskündigung, sondern schlägt als milderes Mittel zum Schutz der berechtigten Interessen des Arbeitgebers die bezahlte, „ggf. zeitlich begrenzte“ Suspendierung oder die Versetzung des verdächtigen Arbeitnehmers auf einen weniger vertrauenssensiblen Bereich vor.⁵⁹

cc) Als absolute Mindermeinung in der Rechtsprechung lehnte einst auch das *LAG Bremen* die Verdachtskündigung in seiner Entscheidung vom 23.04.1976 noch ab und begründete dies vor allem damit, dass die Anerkennung der Verdachtskündigung zu einer unzulässigen Beweislastumkehr führe.⁶⁰ Zwischenzeitlich ist diese Entscheidung allerdings obsolet, denn das *LAG Bremen* hat sich im Laufe der Zeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung angeschlossen und bejaht nunmehr die Zulässigkeit der Verdachtskündigung mit der hM in ständiger Rechtsprechung.⁶¹

c) Abweichung von „an sich gebotener“ Beweislastverteilung statt Verdachtskündigung

Grunsky spricht sich Ende der 70er Jahre auf den ersten Blick ebenfalls gegen die Verdachtskündigung aus, lehnt im Ergebnis aber nur die Bezeichnung ab. *Grunsky* sucht die Lösung der Verdachtsproblematik stattdessen in einer „konstruktiven Möglichkeit einer Beweislastentscheidung gegen den Arbeitnehmer“. Kündigungsgrund in einer Verdachtssituation sei der Vorwurf der arbeitnehmerseitigen Verfehlung. Grundsätzlich trage der Arbeitgeber das Risiko, den Kündigungsgrund nachweisen zu müssen. Gelingt ihm das

⁵⁶ Naujok in *ArbuR* 1998, S. 398 ff (402)

⁵⁷ *Deinert* in *AuR* 2005, S. 285 ff (290, 296+297)

⁵⁸ *Deinert* in *AuR* 2005, S. 285 ff (insbes. S. 291 ff)

⁵⁹ *Deinert* in *AuR* 2005, S. 285 ff (296+297)

⁶⁰ *LAG Bremen* in *BB* 1976, 1560 f

⁶¹ Vgl. bspw. *LAG Bremen*, Urteil vom 03.04.2008, Az. 3 Sa 207/07, Rn. 90: „Des Weiteren kann nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen erheblichen Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigen Arbeitnehmer darstellen (...)“ (zitiert nach juris)

nicht, sei der Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers grundsätzlich stattzugeben. Etwas anderes könne jedoch in Ausnahmesituationen gelten, in denen die Interessenlage erheblich vom Normalfall abweiche. Eine wichtige Rolle spiele hierbei ein Vergleich der Nachteile, die jede Partei erleide, wenn ihr Unrecht geschehe. Dabei trage immer die Partei, der die Nachteile eher zuzumuten seien, das „Unrechtsrisiko“. Eine andere Beweislastverteilung als im Normalfall sei jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn ein eindeutiges, überwiegendes Arbeitgeberinteresse gegeben sei. Dies sei bspw. der Fall, wenn der vom Arbeitnehmer (möglicherweise) angerichtete Schaden außergewöhnlich groß und der Verdacht intensiv sei.⁶²

d) Verdachtskündigung nur bei Vertrauensstellung zulässig

Moritz will die Zulässigkeit der Verdachtskündigung auf die Fälle beschränken, in denen der verdächtige Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensposition innehat. In allen anderen Fällen sei der Arbeitgeber gehalten, nachzuforschen und Beweismaterial zu beschaffen, das den Verdacht bekräftige. Gegebenenfalls sei eine Abmahnung notwendig, damit dem Arbeitnehmer der Ernst der Situation bewusst werde. Die Kündigung sei in diesen Fällen aber jedenfalls nicht durch den bloßen Verdacht allein gerechtfertigt. *Moritz* begründet dies damit, dass das BAG die Verdachtskündigung faktisch nur in solchen Fällen anerkannt habe, in denen sich der Verdacht gegen einen Arbeitnehmer mit besonderer Vertrauensstellung richtete.⁶³

Auch *Hillebrecht* will die Rechtsprechung des BAG zur Verdachtskündigung einschränken. Er hält die Beschränkung auf besondere Vertrauenspositionen für zu eng, da dadurch Zweifelsmomente an einer Verdachtskündigung im Einzelfall entstünden. Die Verdachtskündigung sei nur zulässig, wenn arbeitsvertraglich ein „*besonderes Vertrauen geschuldet*“ sei.⁶⁴

e) Verdachtskündigung nur als ordentliche Kündigung zulässig

Egli, der in seiner Arbeit das Verhältnis zwischen der Tat- und der Verdachtskündigung sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem Recht untersucht hat, vertritt die

⁶² Grunsky in ZfA 1977, S. 167 ff

⁶³ Moritz in NJW 1978, S. 402 ff (405 u. 406)

⁶⁴ Hillebrecht in KR, 4. Auflage 1996, § 626 BGB, Rn. 174 ff (insbes. Rn. 175+176)