

# Betriebs Berater

12|2019

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... M&A ... Brexit ... DBA ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ...

18.3.2019 | 74. Jg.  
Seiten 641–704

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Jens Jensen**, RA/FAArbR

Der Kündigungsschutz bröckelt – nur in der Bankenbranche

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Moritz H. Müller-Buttmann**, RA

Das Transitional Services Agreement als typische Nebenabrede bei M&A-Transaktionen –  
Grundlagen und Gestaltungshinweise für die Praxis | 643

**Dr. Jan-Henric M. Punte**, LL.M., RA, und Dipl. Jur. **Pelle Klemens**

Die Einziehung von Aktien aus wichtigem Grund | 647

## STEUERRECHT

Dipl.-Kfm. **Dr. Jan F. Bron**, LL.M. oec., StB

Gelöste und ungelöste Steuerfragen nach dem Brexit-Steuerbegleitgesetz | 664

**Prof. Dr. Heinz Kußmaul**, **Prof. Dr. René Schäfer**, StB/FBIntStR, **Dr. Tim Palm**, StB,  
und **Philipp Engel**, M.Sc.

Auslegung im Abkommensrecht am Beispiel unselbständig tätiger Sportler –  
Zeigt Art. 13b DBA-Frankreich der Grenzgängerregelung die Rote Karte? | 670

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Annetrin Veit**, RAin/StBin

BB-Rechtsprechungs- und Verwaltungsreport zur Bilanzierung betrieblicher  
Altersversorgung 2018/2019 | 684

## ARBEITSRECHT

**Eva Wißler**, RAin/FAinArbR, und **Sebastian Spuhl**, RA

Die Verdachtskündigung als Herausforderung für die Praxis | 692

Eva Wißler, RAin/FAinArbR, und Sebastian Spuhl, RA

# Die Verdachtskündigung als Herausforderung für die Praxis

Die Verdachtskündigung stellt Arbeitgeber in der Praxis regelmäßig vor nicht unbeachtliche Herausforderungen. Wann kann dem Arbeitnehmer wegen eines Verdachts einer Pflichtverletzung gekündigt werden. Ist dieser zuvor immer anzuhören? Wie die – auch – aktuelle Rechtsprechung des BAG und der Instanzgerichte zeigt, hat der Arbeitgeber bei der Verdachtskündigung besondere Hürden zu meistern. Welche das sind und wie diese zu bewältigen sind, soll der nachfolgende Beitrag anhand dieser Rechtsprechung aufzeigen.

## I. Einleitung

Die Voraussetzungen an eine Verdachtskündigung sind, wie gerade ein in der Öffentlichkeit viel beachtetes Urteil des LAG Niedersachsen<sup>1</sup> aus dem letzten Jahr aufzeigt hat, nach wie vor hoch. Der Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen, islamistischen Organisation wie dem Islamischen Staat (IS) als solcher ist nicht zwingend geeignet, eine Verdachtskündigung zu rechtfertigen.<sup>2</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes kann nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung ein wichtiger Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigten Arbeitnehmer sein. Der Ausspruch einer solchen Verdachtskündigung erfolgt in der Praxis regelmäßig als außerordentliche Kündigung.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich für den Arbeitgeber in der Praxis, wenn das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Fehlverhalten ein außerdienstliches ist. Hieran anknüpfend stellt sich regelmäßig die Frage, ob auch außerdienstliches Fehlverhalten einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen kann.

## II. Voraussetzungen der Verdachtskündigung

Eine Verdachtskündigung ist zulässig, wenn dringende auf objektive Tatsachen beruhende schwerwiegende Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören. Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben.<sup>3</sup> Die dem Arbeitnehmer vorgeworfene erhebliche Pflichtverletzung muss sich zudem auf das Arbeitsverhältnis auswirken und dieses beeinträchtigen. Gelingt dies, dann genügt der reine Verdacht als Kündigungsgrund, selbst dann, wenn dieser sich nachträglich als unbegründet erweist.

Dies führt in der arbeitsrechtlichen Praxis für den Arbeitgeber zu besonders hohen Hürden, die nachfolgend dargestellt werden.

### 1. Dringender Verdacht einer Straftat oder schweren Pflichtverletzung

Der dringende Verdacht als solcher ist geeignet, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB darzustellen.

Der Verdacht muss sich aus den Umständen ergeben, beziehungsweise durch entsprechende objektive Tatsachen begründet sein. Darüber hinaus muss der Verdacht dringend beziehungsweise erdrückend sein, d. h. bei einer kritischen Prüfung muss eine auf Beweisanzeichen (Indizien) gestützte große Wahrscheinlichkeit für die erhebliche Pflichtverletzung (Tat) durch diesen Arbeitnehmer bestehen.<sup>4</sup> Der Verdacht muss auf konkrete – vom Arbeitgeber darzulegende und zu beweisende – Tatsachen gestützt sein. Bloße, auf mehr oder weniger einfache Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen dementsprechend zur Annahme eines dringenden Tatverdachts nicht aus.<sup>5</sup> Nicht nur das Gewicht des Verdachts muss schwerwiegend sein, sondern auch das Gewicht der hieraus resultierenden Pflichtverletzung selbst, welcher der Arbeitnehmer verdächtigt wird. Eine Verdachtskündigung scheidet demnach bereits dann aus, wenn auch eine Tat Kündigung bei Nachweis der Tat ausscheiden würde.<sup>6</sup> Eine hohe Wahrscheinlichkeit für ein strafbares Verhalten oder eine sonstige erhebliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kann sich z. B. daraus ergeben, dass mehrere Zeugen unabhängig voneinander und bezogen auf unterschiedliche Begebenheiten ähnliche Verhaltensweisen des Arbeitnehmers schildern.<sup>7</sup> Die Annahme daraus begründeter starker Verdachtsmomente erfordert sodann eine sorgfältige Auseinandersetzung der erkennenden Arbeitsrichter mit der Glaubhaftigkeit der jeweiligen Aussage und Glaubwürdigkeit des Zeugen.

Auf Grund der mit einer Verdachtskündigung einhergehenden Gefahr, dass das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers (außerordentlich) gekündigt wird und dieser die ihm vorgeworfene Tat mitunter überhaupt nicht begangen hat, sind an die Darlegungs- und Beweislast des schwerwiegenden Verdachts strenge Anforderungen zu stellen. Demen wird der Arbeitgeber nicht gerecht, wenn er statt eines eigenen Vortrages lediglich auf den Umstand verweist, dass selbst die Strafverfolgungsbehörden von einem Tatverdacht ausgehen.<sup>8</sup> Im Strafverfahren gewonnene Erkenntnisse oder Handlungen der Strafverfolgungsbehörden können mithin die Annahme, dass der Arbeitnehmer die erhebliche Pflichtverletzung begangen habe, allenfalls verstärken.<sup>9</sup> Darüber hinaus hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, dass keine Tatsachen vorliegen, die das Verhalten des Arbeitnehmers recht-

1 LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17.

2 LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17.

3 St. Rspr., BAG, 24.5.2012 – 2 AZR 206/11; BAG, 30.6.1983 – 2 AZR 540/81.

4 BAG, 17.3.2016 – 2 AZR 110/15.

5 BVerfG, 15.12.2008 – 1 BvR 347/08; BAG, 2.3.2017 – 2 AZR 698/15.

6 BAG, 12.8.1999 – 2 AZR 923/98.

7 BAG, 2.3.2017 – 2 AZR 698/15.

8 BAG, 25.10.2012 – 2 AZR 700/11.

9 BAG, 24.5.2012 – 2 AZR 206/11.

fertigen oder entschuldigen würden.<sup>10</sup> Entscheidend ist allerdings nicht, ob der Tatvorwurf durch die vom Arbeitgeber dargelegten Indizien bewiesen wird, sondern vielmehr, ob die vom Arbeitgeber vorgebrachten Tatsachen den Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung rechtfertigen.

#### a) Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch innerdienstliches Verhalten

Aus Perspektive der Verdachtskündigung kommt es dabei nicht auf die strafrechtliche Würdigung des Verhaltens des Arbeitnehmers an. Den wichtigen Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses setzt vielmehr der hiermit einhergehende Verstoß gegen vertragliche Haupt- und Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB und dem darin mündenden Verlust des Vertrauens.<sup>11</sup> Die Höhe des dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Sachschadens ist aus arbeitsrechtlicher Sicht dabei unbeachtlich, maßgeblicher als ein Sachschaden ist die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Handlung, sowie die Beeinträchtigung der Vertrauensbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

In der Praxis dürfte dem Arbeitgeber der Nachweis der Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses – aufgrund eines innerdienstlichen Verhaltens – im Regelfall gelingen. So dürfte sich insbesondere bei dem Verdacht von vollendeten oder auch nur versuchten Eigentums- und Vermögensdelikten zum Nachteil des Arbeitgebers der Nachweis der Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führen lassen. Die Verpflichtung des § 241 Abs. 2 BGB beinhaltet neben der Rücksichtnahme des Arbeitnehmers selbstverständlich das Verbot, den Arbeitgeber rechtswidrig und vorsätzlich durch eine Straftat zu schädigen.<sup>12</sup> Unabhängig von dem Wert des Schadens bricht der Arbeitnehmer durch die ihm vorgeworfene Eigentumsverletzung in erheblicher Weise das Vertrauen des Arbeitgebers, so dass sich das unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis auswirken kann.

#### b) Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch außerdienstliches Verhalten

Gleichwohl ist nicht jeder Verdacht einer Straftat oder erheblichen Pflichtverletzung geeignet, eine vertragliche Nebenpflicht im Verhältnis zum Arbeitgeber zu verletzen. Bezieht sich die vorgeworfene kündigungsrelevante Pflichtverletzung auf außerdienstliches Verhalten, bedarf es besonderer Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis. Wie die Rechtsprechung hierbei regelmäßig zeigt, sind die Hürden in der Praxis besonders hoch. Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, weil der Arbeitnehmer eine beanstandungsfreie Arbeitsleistung schuldet, nicht aber ein makelloses Privatleben. Dennoch kann es Fälle geben, in denen außerdienstliches Verhalten auch das Arbeitsverhältnis tangiert.

##### aa) Nutzung von Betriebsmitteln

Erfolgt die erhebliche Pflichtverletzung bzw. die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung unter Nutzung von Betriebsmitteln oder der betrieblichen Einrichtungen, liegt regelmäßig ein Bezug zum Arbeitsverhältnis vor.<sup>13</sup> Dies kann z. B. dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer unter ausschließlicher Verwendung dienstlicher Betriebsmittel wie eines Computers urheberrechtswidrig Musik- und Audiodateien herstellt und zur Herstellung der Kopien CD- oder DVD-Rohlinge verwendet, die auf Kosten des Arbeitgebers bestellt wurden.<sup>14</sup>

##### bb) Reputationsschaden für den Arbeitgeber

Ein solcher Bezug kann aber auch dadurch entstehen, dass sich der Arbeitgeber oder andere Arbeitnehmer staatlichen Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt sehen oder in der Öffentlichkeit mit einer Straftat in Verbindung gebracht werden.<sup>15</sup> Dies gilt etwa für Äußerungen, die im Zusammenhang mit einem Strafverfahren getätigt und in der Presse wiedergegeben werden, und mit denen eine Verbindung zwischen dem Arbeitgeber und dem Tatmotiv hergestellt wird.<sup>16</sup> Hierdurch wird das Integritätsinteresse des Arbeitgebers verletzt, wenn aufgrund der Äußerungen des Arbeitnehmers im Strafverfahren eine Verbindung zwischen seiner angeblich geringen Vergütung und seinem Arbeitgeber hergestellt wird.<sup>17</sup>

Allerdings hat der Arbeitgeber insoweit konkret darzulegen, dass die vermutete erhebliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers und dessen Stellung als Arbeitnehmer des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit konkret bekannt geworden ist und welche konkreten Auswirkungen dies insoweit hat.<sup>18</sup>

##### cc) Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung

Wie schwer der Nachweis einer Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers in der Praxis ist, zeigt insbesondere die aktuelle Entscheidung des LAG Niedersachsen.<sup>19</sup> Der beklagte Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer wegen des Verdachts der Mitgliedschaft bzw. Unterstützung einer terroristischen Vereinigung außerordentlich, hilfsweise ordentlich gekündigt. Dabei stützte sich der Arbeitgeber u. a. auf die Entziehung des Reisepasses durch die zuständige Behörde, da die Sicherheitsbehörden davon ausgingen, dass der Arbeitnehmer Teil der in Deutschland gewaltbereiten islamistischen Szene sei und für den „IS“ Anhänger rekrutiere und gleichzeitig unstreitig Kontakte zu mehreren Personen hatte, die nachweislich selbst ausgeweist sind, um sich dem „IS“ vor Ort anzuschließen sowie die Vermutung, dass der Arbeitnehmer einen Kredit in Höhe von 50000,00 Euro unter Vorlage seines Arbeitsvertrages aufgenommen habe, um den „IS“ auch finanziell zu unterstützen.

Dem Arbeitgeber gelang es in dem Verfahren vor dem LAG Niedersachsen nicht darzulegen und zu beweisen, dass – unter Annahme entsprechende Verdachtsmomente hätten überhaupt bestanden – eine konkrete Störung aufgrund des außerdienstlichen Verhaltens des Arbeitnehmers eingetreten ist. Der Arbeitgeber äußerte in diesem Zusammenhang die Sorge, dass er – aufgrund der Betriebsgröße, der Kraftwerke und der Bedeutung als Energieversorgung – ein potentielles Ziel für Mitglieder einer terroristischen Vereinigung darstellen könne. Darauf bezugnehmend hat das LAG Niedersachsen ausgeführt, dass es „des tatsächlichen Eintritts einer konkreten Störung [bedarf], was allerdings nicht damit gleichzusetzen ist, dass der Arbeitgeber einen Anschlag im Betrieb hinnehmen müsste, um kündigungsrechtlich handeln zu dürfen. Nicht ausreichend ist aber eine

<sup>10</sup> LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17.

<sup>11</sup> BAG, 24.5.2012 – 2 AZR 206/11.

<sup>12</sup> BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06.

<sup>13</sup> BAG, 28.10.2010 – 2 AZR 293/09; BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 257/08.

<sup>14</sup> BAG, 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, BB 2016, 505 m. BB-Komm. Helwig.

<sup>15</sup> BAG, 27.11.2008 – 2 AZR 98/07; BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, BB 2009, 1186 m. BB-Komm. Dzida.

<sup>16</sup> BAG, 28.10.2010 – 2 AZR 293/09.

<sup>17</sup> BAG, 28.10.2010 – 2 AZR 293/09.

<sup>18</sup> BAG, 12.5.2011 – 2 AZR 479/09; LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17.

<sup>19</sup> LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17, n. rkr., da Revision und dortiger Vergleich.

theoretisch abstrakte oder auch konkrete Gefährdungslage, die sich im Arbeitsverhältnis nicht durch Handlungen oder Äußerungen bereits tatsächlich konkret manifestiert hat.“ Dem Arbeitgeber gelang es trotz des Vortragens einer Vielzahl an Indizien nicht, eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses nachzuweisen. Einem Arbeitnehmer, dem eine „einfache“ Treuepflicht obliegt, verletzt diese nicht schon dadurch, dass er verfassungsfeindliche Ziele einer Organisation für richtig hält und dies durch seine Mitgliedschaft oder andere Aktivitäten zum Ausdruck bringt. Diese Pflicht wird erst durch ein Verhalten verletzt, das in seinen konkreten Auswirkungen darauf gerichtet ist, verfassungsfeindliche Ziele der Vereinigung zu fördern oder zu verwirklichen. Dazu bedarf es durch den Arbeitgeber der Darlegung konkreter, auf den Arbeitnehmer bezogener Umstände, die geeignet sind, ein aktives Eintreten für verfassungsfeindliche Ziele einer Organisation oder Partei hinreichend zu individualisieren.<sup>20</sup> Verteidigt der Arbeitnehmer – auch im Kollegenkreis – eine terroristische Vereinigung und äußert in diesem Zusammenhang, dass sie – die Kollegen – in einigen Jahren sowieso nicht mehr hier sind, hat der Arbeitgeber dennoch konkret darzulegen und zu beweisen, welche Äußerung der Arbeitnehmer konkret getätigt hat, in welchem Zusammenhang und zu welchem Zeitpunkt diese gefallen ist.<sup>21</sup> Anderenfalls fehle es an einem konkreten Bezug zum Arbeitsverhältnis und damit an einer Pflichtverletzung.

#### dd) Missbrauchsvorwürfe

Wird dem Arbeitnehmer der Missbrauch von Kindern seiner Arbeitskollegen vorgeworfen und besteht ein solcher dringender Verdacht, liegt regelmäßig wohl bereits durch den Umstand, dass es sich bei den Opfern, der dem Arbeitnehmer vorgeworfenen Tat, um solche seiner Kollegen handelt, ein Bezug zum Arbeitsverhältnis regelmäßig vor.<sup>22</sup> Zudem kann die vermeintliche Tat negative Auswirkungen auf das betriebliche Miteinander haben.

Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Kollegen des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber zum Ausdruck bringen, dass sie fortan nicht mehr mit dem Arbeitnehmer zusammenarbeiten können.<sup>23</sup> Aus Arbeitgebersicht hat dieser im gerichtlichen Verfahren sodann vorzutragen, welche Kollegen dies zum Ausdruck gebracht haben und wann und in welchem Zusammenhang die Kollegen geäußert haben, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer nicht möglich ist. Beim Missbrauch der eigenen Kinder dürfte das jedoch anders zu bewerten sein, es sei denn, der Arbeitnehmer ist auch beruflich mit Kindern befasst.

#### ee) Tendenzträger

Tendenzträger sind solche Arbeitnehmer, für deren Tätigkeit die Bestimmungen und Zwecke des jeweiligen in § 118 Abs. 1 BetrVG genannten Unternehmens oder Betriebs inhaltlich prägend sind. Dies sind z. B. bei Presse- und Verlagsunternehmen alle Arbeitnehmer, die auf die Berichterstattung oder die Meinungsäußerung inhaltlich Einfluss nehmen können,<sup>24</sup> mithin insbesondere Redakteure.

Ob eine entsprechende negative Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis vorliegt, bestimmt sich vor allem nach der Art des Arbeitsverhältnisses und der Tätigkeit des Arbeitnehmers.<sup>25</sup> So gelten z. B. in Tendenzbetrieben für Tendenzträger gesteigerte Anforderungen an das außerdienstliche Verhalten, da die Stellung als Tendenzträger Auswirkungen auf die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten hat. Ein Tendenzträger ist verpflichtet, sowohl bei der Arbeitsleistung als auch im außer-

dienstlichen Bereich nicht gegen die Tendenz des Arbeitgebers, d. h. gegen die grundsätzlichen Zielsetzungen des Unternehmens, zu verstoßen.<sup>26</sup> Insbesondere hat sich der Tendenzträger auch außerdienstlich solcher Äußerungen und Handlungen zu enthalten, die der Tendenz des Arbeitgebers nachhaltig zuwiderlaufen.<sup>27</sup> Den Arbeitgeber trifft hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast die Pflicht, konkrete Tatsachen zu der behaupteten Äußerung oder Handlung vorzutragen, insbesondere wann und wo in welchem konkreten Zusammenhang diese erfolgt sein soll.<sup>28</sup>

## 2. Sachverhaltsaufklärung

Die Annahme, das für eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unabdingbare Vertrauen sei bereits aufgrund des Verdachts einer erheblichen Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zerstört, ist zumindest so lange nicht gerechtfertigt, wie der Arbeitgeber die zumutbaren Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts ergriffen hat.<sup>29</sup> Der Arbeitgeber hat die erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts zügig, sprich mit der gebotenen Eile, durchzuführen. Die Dauer und der Umfang der jeweiligen Sachverhaltsaufklärung sind jedoch einzelfallabhängig und können gerade bei umfangreichen Vorwürfen mitunter mehr Zeit in Anspruch nehmen. So hat die Rechtsprechung bei einer Durchsicht von 12000 Rechnungen zur Sachverhaltsaufklärung eine Ermittlungsdauer von gut zwei Monaten anerkannt.<sup>30</sup>

Der Arbeitgeber darf sich zur Aufklärung des Sachverhalts jedoch nicht jeglicher Aufklärungsmittel bedienen. Beabsichtigt der Arbeitgeber in der Praxis die Darlegung des Verdachts aufgrund eines generellen Einsatzes sog. Keylogger, so könnten die hierdurch gewonnen Erkenntnisse vor Gericht zu einem Beweisverwertungsverbot führen. Mittels eines Keyloggers werden die Tastatureingaben am Dienst-PC des Arbeitnehmers aufgezeichnet und gespeichert und mitunter sogar Screenshots angefertigt. Dies stellt eine Datenerhebung im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar. Die durch den Arbeitgeber erfolgte Datenerhebung greift in das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung ein. Hierfür ist es ohne Bedeutung, ob die Datenerhebung in verdeckter Form oder für den Arbeitnehmer erkennbar erfolgt ist.<sup>31</sup>

Erfolgt die Überwachung des Arbeitnehmers anlasslos und aufgrund bloßer Mutmaßungen, so stellt dies regelmäßig einen Verstoß gegen § 26 Abs. 1 BDSG dar, so dass die Verdachtskündigung vor Gericht nicht auf die hierdurch gewonnenen Tatsachen gestützt werden kann. Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn der Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung des überwachten Arbeitnehmers begründet ist.

20 LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17.

21 LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17.

22 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine.

23 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine.

24 BAG, 20.4.2010 – 1 ABR 78/08, BB 2010, 2766 m. BB-Komm. Naber/Kiehn.

25 BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, BB 2009, 1186 m. BB-Komm. Dzida.

26 So auch schon BAG, 6.12.1979 – 2 AZR 2055/77; BAG, 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, BB 2004, 724 Ls; BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, BB 2009, 1186 m. BB-Komm. Dzida.

27 BAG, 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, BB 2004, 724 Ls.

28 LAG Niedersachsen, 12.3.2018 – 15 Sa 319/17.

29 BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 611/17.

30 BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06.

31 BAG, 27.7.2017 – 2 AZR 681/16, BB 2017, 2682.

### 3. Anhörung des Arbeitnehmers

Die Anhörung des Arbeitnehmers ist bei der Verdachtskündigung Wirksamkeitsvoraussetzung,<sup>32</sup> da bei der Verdachtskündigung in besonderem Maße die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer zu Unrecht beschuldigt wird. Versäumt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Verdachtskündigung anzuhören, kann er sich in einem späteren gerichtlichen Verfahren nicht auf den Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers berufen. Die hierauf gestützte Kündigung ist mithin unwirksam.<sup>33</sup>

Der erforderliche Umfang und damit auch ihre Ausgestaltung richten sich nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>34</sup> Grundsätzlich muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, eine konkrete Stellungnahme zu den Verdachtsmomenten abzugeben, und die seinen Verdacht begründenden Umstände angeben. Der Arbeitgeber darf keine ihm im Zeitpunkt der Anhörung des Arbeitnehmers vorliegenden Anhaltspunkte für seinen Verdacht verschweigen, um dessen Verteidigungsmöglichkeiten nicht einzuschränken.<sup>35</sup> Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen ggf. zu bestreiten oder die den Verdacht entkräftenden Tatsachen vorzutragen.<sup>36</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass der Arbeitgeber hinsichtlich des aufzuklärenden Sachverhalts bereits einen dringenden Verdacht gegen den Arbeitnehmer haben muss.<sup>37</sup> Vielmehr ist lediglich erforderlich, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, welchen bestimmten Sachverhalt in zeitlicher und räumlicher Hinsicht der Arbeitgeber für aufklärungsbedürftig erachtet.<sup>38</sup>

Der Arbeitgeber hat darauf zu achten, dass die Anhörung des Arbeitnehmers innerhalb einer kurzen Frist, regelmäßig innerhalb einer Woche, erfolgen sollte.<sup>39</sup> Nur bei Vorliegen besonderer Umstände darf diese auch überschritten werden.<sup>40</sup> Als besonderen Umstand kommt nach der Rechtsprechung in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Genesung eines Arbeitnehmers abwartet, welcher sich aufgrund einer Erkrankung auch nicht schriftlich äußern kann, um ihm eine Stellungnahme zu den Vorwürfen zu ermöglichen.<sup>41</sup>

Im Einzelfall kann der Arbeitgeber in der Praxis auch von einer Anhörung des Arbeitnehmers absehen. Der Wirksamkeit der Verdachtskündigung steht eine unterlassene Anhörung des Arbeitnehmers nicht entgegen, wenn dieser nicht zur Mitwirkung an der Aufklärung der Vorwürfe bereit ist.<sup>42</sup> Erklärt der Arbeitnehmer, dass er sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen nicht äußern wird und hierfür keine Gründe nennt, muss ihn der Arbeitgeber über die vorliegenden Verdachtsmomente nicht näher informieren.<sup>43</sup> Als besonders praxisrelevant stellt sich dar, dass sich der Arbeitnehmer innerhalb der vom Arbeitgeber gesetzten Frist nicht zu den erhobenen Vorwürfen äußert. In derartigen Fällen führt eine unterlassene Anhörung nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Dies gilt sowohl bei vorsätzlichem Schweigen des Arbeitnehmers als auch bei unfreiwilligem Schweigen, wenn etwa der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nicht nur an einem persönlichen Gespräch, sondern längerfristig auch an einer schriftlichen Stellungnahme auf die ihm übermittelten Fragen verhindert ist.<sup>44</sup> In der Praxis ist jedoch zu empfehlen, eine Anhörung in jedem Fall durchzuführen, um von vornherein dem Einwand eines Formfehlers entgegenzuwirken.

### 4. Entbehrlichkeit der Abmahnung

Grundsätzlich setzt eine Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung eine vorherige Abmahnung voraus. Diese kann aber ausnahmsweise entbehrlich sein.<sup>45</sup>

Dies ist der Fall, wenn eine Abmahnung kein geeignetes Mittel ist oder zur Begründung einer Negativprognose für die weitere Vertragsbeziehung nicht erforderlich ist. Sie ist nur dann ein geeignetes Mittel, wenn mit ihr der beabsichtigte Erfolg gefördert werden kann. Jedenfalls bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar ist und bei denen eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer – ausgeschlossen ist, ist eine Abmahnung in der Praxis nicht erforderlich.<sup>46</sup> In solchen Fällen kann eine Wiederherstellung des für ein Arbeitsverhältnis notwendigen Vertrauens nicht erwartet werden.<sup>47</sup> Grundsätzlich ist nicht der Wert der vom Arbeitnehmer vermutlich entwendeten Sache oder des ihm zur Last gelegten Verdachts der Pflichtverletzung entscheidend, sondern die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen beiden Parteien.

### 5. Interessenabwägung

In einer Gesamt abwägung ist das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung oder eines solchen Verdachts jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist.<sup>48</sup> Dabei hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen.<sup>49</sup>

Hierbei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen der angenommenen Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsfahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.<sup>50</sup> Begeht der Arbeitnehmer die ihm vorgeworfene erhebliche Pflichtverletzung in Zusammenhang mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit, sowie in unmittelbarem Zusammenhang mit seinem konkreten Aufgabenbereich und zudem bei Ausführung der Arbeitsleistung, ist dies erschwerend zu berücksichtigen.<sup>51</sup>

Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzu-

32 BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 611/17.

33 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12.

34 BAG, 12.2.2015 – 6 AZR 845/13.

35 BAG, 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, BB 1995, 2655, EzA § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung Nr. 6, zu II 4a.

36 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12.

37 BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 611/17.

38 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12.

39 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12; BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, BB 2006, 2536 Ls.

40 BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, BB 2006, 2536 Ls.

41 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12.

42 BAG, 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, BB-Entscheidungsreport *Simon/Greßlin*, BB 2008, 2300, EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 6, zu B I 1b.

43 BAG, 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, BB-Entscheidungsreport *Simon/Greßlin*, BB 2008, 2300.

44 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12.

45 Henssler, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 626, Rn. 89.

46 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 m. BB-Komm. *Fandel/Kock*, juris, Rn. 37; Henssler, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 626, Rn. 100 m. w. N.

47 BAG, 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, juris, Rn. 41; LAG Schleswig-Holstein, 13.7.2000 – 5 Sa 240/00, juris, Rn. 33.

48 BAG, 14.12.2017 – 2 AZR 86/17; BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BB 2017, 2035 Ls.

49 BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 235/18; BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 m. BB-Komm. *Fandel/Kock*.

50 BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 235/18; BAG, 29.6.2017 – 2 AZR 302/16.

51 BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06; BAG, 29.1.1997 – 2 AZR 292/96, BB 1997, 1420 Ls.

setzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind.

## 6. Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB

Die Kündigungserklärungsfrist und die Frage, ab welchem Zeitpunkt diese zu laufen beginnt, führt in der Praxis wiederholt zu Problemen, insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, wann der Verdacht dringend genug ist, um eine Verdachtskündigung auszusprechen.

Nach § 626 Abs. 2 BGB kann die – außerordentliche – Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erfolgen.

Die Frist des § 626 Abs. 2 S. 2 BGB beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglichen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht.<sup>52</sup> Dazu gehören sowohl die für als auch die gegen den Arbeitnehmer sprechenden Umstände.<sup>53</sup> Auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis beginnt die Frist nicht zu laufen.<sup>54</sup> Der Arbeitgeber, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der eine Verdachtskündigung rechtfertigen könnte, kann deshalb nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Arbeitnehmer anhören, ohne dass die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt.<sup>55</sup> Dies gilt jedoch nur, wenn der Arbeitgeber die eigenständigen Ermittlungen mit der gebotenen Eile vorantreibt und dies im späteren gerichtlichen Verfahren auch darlegen und beweisen kann, eine Regelfrist für die Dauer der sonstigen Ermittlungen gibt es insoweit nicht, vielmehr ist dies einzelfallbezogen zu beurteilen.<sup>56</sup> Sind die Ermittlungen allerdings abgeschlossen und hat der Arbeitgeber hinreichende Kenntnis vom Sachverhalt, beginnt die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen.

Geht es um ein strafbares Verhalten des Arbeitnehmers, kann der Arbeitgeber auch den Aus- und Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens abwarten und in dessen Verlauf zu einem nicht willkürlich gewählten Zeitpunkt kündigen.<sup>57</sup> Für den betreffenden Zeitpunkt bedarf es eines sachlichen Grundes, wenn etwa der Arbeitgeber neue Tatsachen erfahren oder neue Beweismittel erlangt hat und nunmehr einen – neuen – ausreichenden Erkenntnisstand für eine Kündigung zu haben glaubt.<sup>58</sup> Das bedeutet zugleich auch, dass es während eines laufenden Ermittlungs-/Strafverfahrens oder eines vom Arbeitgeber durchgeführten Aufklärungsverfahrens mehrere Zeitpunkte geben kann, in denen der Verdacht einer Straftat oder schwerwiegenden Pflichtverletzung „dringend“ genug ist, um eine Verdachtskündigung auszusprechen.<sup>59</sup> Insofern steht dem Arbeitgeber ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.<sup>60</sup>

Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt demnach erneut zu laufen, wenn der Arbeitgeber eine neue, den Verdacht der Tatbegehung verstärkende Tatsache zum Anlass für eine Kündigung nimmt.<sup>61</sup> Eine den Verdacht verstärkende Tatsache kann z. B. die Anklageerhebung im Strafverfahren darstellen, selbst wenn diese nicht auf neuen (Ermittlungs-)Erkenntnissen beruht.<sup>62</sup>

Der Arbeitgeber trägt insoweit die Darlegungs- und Beweislast, dass er von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erst innerhalb der letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung erfahren hat. Dabei ist nicht ausreichend, dass der Arbeitgeber in einem späteren gerichtlichen Verfahren vorträgt, dass er die Tatsachen, die ihn zur (außerordentlichen) Kündigung veranlasst haben, nicht länger als zwei Wochen kannte. Vielmehr obliegt es dem Arbeitgeber die Tatsachen darzulegen, aus welchen sich ergibt, zu welchem Zeitpunkt und

durch welche Umstände er von den maßgebenden Tatsachen erfahren haben will.<sup>63</sup> Hat der Arbeitgeber noch weitere Ermittlungen durchgeführt, muss er hierzu weiter darlegen, welche Tatsachen unklar und daher ermittlungsbedürftig waren und welche – sei es auch nur aus damaliger Sicht – weiteren Ermittlungen er für erforderlich gehalten habe.<sup>64</sup> Zur Darlegung der Ermittlungsmaßnahmen bietet sich in der Praxis die Führung eines Protokolls an.

## 7. Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG

Sofern im Unternehmen ein Betriebsrat vorhanden ist, ist dieser vor dem Ausspruch einer Verdachtskündigung nach § 102 BetrVG anzuhören.

Soll die Kündigung auf einen dringenden Verdacht einer erheblichen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung gestützt werden, hat er dies dem Betriebsrat entsprechend mitzuteilen und die Umstände und Tatsachen anzugeben, aus denen sich der konkrete Verdacht ergeben soll,<sup>65</sup> wobei der Arbeitgeber auch die den Arbeitnehmer entlastenden Umstände, die ihm bekannt geworden sind, mitzuteilen hat.<sup>66</sup> Gleiches gilt für etwaige Einlassungen des Arbeitnehmers. Die Mitteilung der die Kündigung begründenden Tatsachen ist dem Betriebsrat derart mitzuteilen, dass dieser ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme klar werden kann.<sup>67</sup> Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat aber nur solche Umstände mitzuteilen, die dieser als ausschlaggebend für den Ausspruch der Kündigung erachtet.<sup>68</sup> Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hinreichend unterrichtet, kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber diese rechtlich zutreffend – z. B. als Diebstahl oder Betrug – eingeordnet hat.<sup>69</sup> Darüber hinaus sind dem Betriebsrat etwaige vorangegangene Abmahnungen vorzulegen. Unterbleibt die Anhörung des Betriebsrats oder kommt der Arbeitgeber seinen Mitteilungspflichten nur unzureichend nach, führt dies zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Wird der Betriebsrat nur wegen einer aus Arbeitgebersicht erfolgten erheblichen Pflichtverletzung des Arbeitnehmers angehört und nicht wegen eines Verdachts einer solchen, kann sich der Arbeitgeber im späteren Kündigungsschutzprozess zur Begründung der Kündigung nicht mehr auf den Verdacht stützen, wenn die Verdachtsmomente

52 BAG, 25.9.2010 – 2 AZR 171/09; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672.

53 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12; BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine*.

54 BAG, 2.3.2017 – 2 AZR 698/15.

55 BAG, 21.2.2013 – 2 AZR 433/12; BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine*.

56 BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 611/17; BAG, 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, BB 2016, 505 m. BB-Komm. *Helwig*; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672.

57 BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 611/17; BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine*; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672.

58 BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672.

59 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine*; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07.

60 BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672, NZA-RR 2008, 630.

61 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine*.

62 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine*.

63 BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06; so auch bereits BAG, 17.8.1972 – 2 AZR 359/71.

64 BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06.

65 BAG, 23.4.2008 – 2 ABR 71/07.

66 LAG Nürnberg, 22.6.2010 – 5 Sa 820/08.

67 BAG, 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, BB 2010, 1856 m. BB-Komm. *Meinel*.

68 St. Rspr. vgl. etwa BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 163/07, BB 2009, 1758 m. BB-Komm. *Kast*; BAG, 6.7.2006 – 2 AZR 520/05.

69 BAG, 23.8.2018 – 2 AZR 235/18; BAG, 26.9.2013 – 2 AZR 682/12.

bei Ausspruch der Kündigung bekannt waren. Dies würde ein unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen darstellen.<sup>70</sup> Dies kann in der Praxis dadurch vermieden werden, wenn dem Betriebsrat möglichst alle zum Zeitpunkt der Anhörung bestehenden Umstände und Tatsachen, die den Verdacht des Arbeitgebers begründen, mitgeteilt werden. Der bloße Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der im Tatvorwurf selbst nicht enthalten ist<sup>71</sup> und auf den sich in einem späteren gerichtlichen Verfahren nicht mehr gestützt werden kann.

Einer gerichtlichen Berücksichtigung des Geschehens als erwiesene Tat steht grundsätzlich nicht entgegen, dass der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung lediglich zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung angehört wurde. Wurden dem Betriebsrat die kündigungsrelevanten Umstände für eine Verdachtskündigung im Rahmen der Anhörung mitgeteilt und sind das die Umstände, die das Gericht zur Auffassung einer erwiesenen Tat und nicht eines bloßen Verdachts veranlasst haben, ist der Normzweck der gesetzlichen Regelung des § 102 Abs. 1 BetrVG gewahrt.<sup>72</sup> Die Anhörung des Betriebsrats wegen einer Verdachtskündigung steht der gerichtlichen Annahme einer Tat durch den Arbeitnehmer folglich nicht entgegen.

Dem Arbeitgeber ist allerdings zu raten, vor Ausspruch der Kündigung die Frist für die Stellungnahme des Betriebsrats unbedingt zu wahren. Die dreitägige Frist des Betriebsrats bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ist, wie auch die einwöchige Frist bei Ausspruch einer (hilfsweise) ordentlichen Kündigung, unbedingt in der Praxis zu beachten. Andernfalls ist eine Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam.

### III. Fazit

Die Verdachtskündigung stellt in der Praxis ein scharfes Schwert für den Arbeitgeber dar. Umso verständlicher sind die grundsätzlich hohen Anforderungen, die an die Zulässigkeit der Verdachtskündigung gestellt werden. Und umso wichtiger ist eine scharfe Grenzziehung durch die

Rechtsprechung für den Arbeitgeber. Dass Letzteres nicht immer gelingt, ist auch ein Resultat der stets und grundsätzlich erforderlichen Einzelfallabwägung. Praxisfern wird es jedoch, wenn die Rechtsprechung derart hohe Anforderungen stellt, dass der Anwendungsbereich der Verdachtskündigung im Ergebnis nicht mehr gegeben ist.

Gerade das Urteil des LAG Niedersachsen zum Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung wirft die Frage auf, wann sich eine theoretisch abstrakte oder auch konkrete Gefährdungslage tatsächlich faktisch manifestiert hat, ohne bereits in das Tatstadium übergegangen zu sein. Wie lange muss der Arbeitgeber tatsächlich ermitteln und abwarten, ehe er handeln darf? Wie lässt sich der Interessenkonflikt zwischen Fürsorgepflicht gegenüber dem potentiellen „Täter“ einerseits und gegenüber der Belegschaft andererseits lösen? Terroristisch motivierte, vollkommen willkürliche und im Ergebnis unberechenbare Handlungen lassen die Frage der konkreten Gefährdungslage in einem neuen Licht erscheinen.

**Eva Wißler** ist Rechtsanwältin und Fachwältin für Arbeitsrecht bei der Arbeitsrechtskanzlei Pusch Wahlig Workplace Law. Sie berät Unternehmen zu allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, schwerpunktmäßig bei Restrukturierungen und gerichtlichen Sanierungsverfahren in Eigenverwaltung.



**Sebastian Spuhl** ist Rechtsanwalt bei der Arbeitsrechtskanzlei Pusch Wahlig Workplace Law. Er berät Unternehmen in allen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



70 BAG, 23.4.2008 – 2 ABR 71/07.

71 Vgl. BAG, 23.4.2008 – 2 ABR 71/07; BAG, 10.9.1982 – 7 AZR 201/80.

72 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine.

## BAG: Verwertungsverbot bei offener Videoüberwachung

**BAG**, Urteil vom 23.8.2018 – 2 AZR 133/18

ECLI:DE:BAG:2018:230818.U.2AZR133.18.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2018-2483-1](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

### LEITSATZ

**Die Speicherung von Bildsequenzen aus einer zulässigen offenen Videoüberwachung, die vorsätzliche Handlungen eines Arbeitnehmers zulasten des Eigentums des Arbeitgebers zeigen, wird nicht durch bloßen Zeitablauf unverhältnismäßig, solange die Rechtsverfolgung durch den Arbeitgeber materiell-rechtlich möglich ist.**

GG Art. 103 Abs. 1; BDSG a.F. §§ 6b Abs. 1, 32 Abs. 1 S. 1

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung sowie um Schadensersatzansprüche.

Die Klägerin war seit 2006 in einem vormals von dem Beklagten betriebenen Tabak- und Zeitschriftenhandel mit angeschlossener Lottoannahmestelle beschäftigt. Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 13. August 2016 fristlos „wegen der begangenen Straftaten“.

Dagegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Sie habe kein Geld für sich vereinnahmt, sondern Warenverkäufe stets in die Registrierkasse eingebucht und das vom Kunden überreichte Geld jeweils in „die Kasse“ gelegt. Eine Verdachtskündigung scheidet deshalb aus, weil sie zu den Vorwürfen nicht ordnungsgemäß angehört worden sei.

Die Kündigung sei als Tat-, jedenfalls aber als Verdachtskündigung gerechtfertigt. Bei einer stichprobenartigen Ermittlung der Warenaufschläge im dritten Quartal 2016 sei ein Schwund an Tabakprodukten festgestellt worden. Ab dem 1. August 2016 seien für zwei Arbeitstage der Klägerin die Aufzeichnungen der in der Filiale installierten Videokamera ausgewertet worden. Die Videoüberwachung sei offen erfolgt und habe dem