



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich  
Deutschland, Schweiz, Österreich,  
und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK“

Verfasserin ODER Verfasser

Wolfhard Ulrich Orth

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechte (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A >083 101<

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: Univ. Prof. Dr. Robert Rebhahn

## Gliederung

A. Einleitung.....	1
B. Ausgangssituation.....	2
C. Die Verdachtskündigung im deutschen Recht.....	4
I. Allgemeines .....	4
1. Der wichtige Grund .....	5
2. Rechtsfolgen .....	6
II. Die Verdachtskündigung im Spiegel der Rechtsprechung .....	6
III. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts .....	7
1. Die Entwicklung der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung .....	7
2. Die Position des Bundesarbeitsgerichts.....	9
2.1 Voraussetzungen.....	9
2.1.1 Straftat – Pflichtverletzung .....	9
2.1.2 Der Verdacht.....	10
2.1.2.1 Die den Verdacht begründenden Indizien.....	11
2.1.2.2 Der Grad des Verdachtes .....	11
2.1.2.3 Zeitliches Vorliegen des dringenden Verdachtes .....	12
2.1.2.3.1 Erwiesene Tat versus Verdacht.....	13
2.1.2.3.2 Nachschieben von Gründen .....	13
2.1.2.3.3 Auswirkungen strafrechtlicher Folgen.....	14
2.1.3 Aufklärungspflicht des Arbeitgebers .....	14
2.1.3.1 Anhörungspflicht .....	15
2.1.3.2 Sachverhaltsaufklärung.....	17
2.1.4 Beweisverwertung.....	17
2.1.4.1 Grundrechtsverletzung.....	17
2.1.4.2 Missachtung betrieblicher Mitbestimmungsrechte .....	18
2.2 Interessenabwägung.....	20
2.3 Erfordernis der Abmahnung .....	22
2.4 Ausschlussfrist.....	22
2.5 Ordentliche Verdachtskündigung.....	24
2.6 Wiedereinstellungsanspruch.....	25
IV. Der Meinungsstand im Schrifttum.....	26

D. Die Verdachtskündigung im schweizerischen Recht.....	28
I. Allgemeines .....	28
1. Der wichtige Grund .....	28
2. Anhörungspflicht vor Kündigungsausspruch .....	29
3. Form und Inhalt .....	30
4. Verwirkung des Kündigungsrechts.....	30
5. Folgen der fristlosen Kündigung .....	31
5.1 Verdienstersatz .....	31
5.2 Entschädigungsanspruch .....	32
5.3 Wiedereinstellungsanspruch.....	33
II. Meinungsstand in der Literatur.....	33
1. Die Gegner der Verdachtskündigung .....	34
1.1 Eingeschränkte Ablehnung.....	34
1.2 Uneingeschränkte Ablehnung.....	34
2. Die Befürworter der Verdachtskündigung .....	35
III. Der Stand der Rechtsprechung .....	37
1. Unterinstanzliche Rechtsprechung .....	37
1.1 Die befürwortende Rechtsprechung .....	38
1.2 Die ablehnende Rechtsprechung .....	41
1.3 Die eingeschränkt ablehnende Rechtsprechung .....	41
2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	43
2.1 Literaturkritik an der unklaren Position.....	44
2.2 Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	44
2.2.1 Erfordernis objektiver Tatsachen.....	45
2.2.2 Strafrechtliche Bindungswirkung .....	46
2.2.3 Annäherung an den Verdacht als Ursache des Vertrauensverlustes.....	47
2.2.4 Unklare Rechtsposition.....	47
E. Die Verdachtskündigung im österreichischen Recht.....	48
I. Allgemeines .....	48
1. Das Recht zur Entlassung .....	48
1.1 Die Generalklausel .....	49
1.2 Die Entlassung des Angestellten .....	49
1.2.1 Untreue.....	50

1.2.2 Vertrauensunwürdigkeit.....	50
1.3 Die Entlassung von Arbeitern.....	51
2. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	52
3. Frist.....	53
4. Folgen der Entlassung .....	54
II. Die Verdachtsentlassung im Spiegel der Literatur .....	55
1. Differenzierende Meinungen.....	55
2. Ablehnende Meinung.....	56
III. Der Verdacht als ordentlicher Kündigungsgrund.....	57
IV. Die Position des OGH .....	59
F: Rechtsvergleich.....	61
I. Terminologie.....	61
II. Unterschiedliche Schutzwirkung .....	62
1. Entschädigungsanspruch versus Bestandsschutz.....	62
2. Verdachtskündigung versus § 9 Abs 1 S 2 KSchG .....	64
3. Differenzierung Arbeiter – Angestellte .....	67
4. Anhörung des Betriebsrates.....	67
III. Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung.....	68
1. Tatbestandliche Voraussetzungen .....	68
2. Formelle Voraussetzungen .....	69
2.1 Form der Kündigungserklärung.....	69
2.2 Erklärungsfrist .....	70
3. Unabhängige Sachentscheidungsbefugnis.....	72
IV. Vertrauenszerstörender Verdacht .....	73
1. Gesetzliche Grundlage.....	73
1.1 Tendenz des Schweizerischen Bundesgerichts.....	74
1.1.1 Die Positionierung im Käsefall.....	74
1.1.1.1 Rechtsfortbildung Bundesgericht vs	
Bundesarbeitsgericht.....	75
1.1.1.2 Stellungnahme.....	76
1.1.2 Verdacht als Anfechtungsgrund.....	77
1.1.3 Kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung .....	78
1.2 Dogmatische Bedenken .....	79
1.3 Das Erfordernis eines Verschuldens.....	84

1.3.1	Schuldhafter Verdacht .....	85
1.3.2	Der Beweis des Verdachtes .....	86
1.3.2.1	Beweislast .....	87
1.3.2.1.1	Umkehr der Beweislast .....	87
1.3.2.1.2	Prima-facie Beweis .....	89
1.3.2.2	Mitwirkungspflicht des Verdächtigten .....	91
1.3.2.2.1	Illoyale Behinderung durch aktives Tun.....	91
1.3.2.2.2	Illoyale Behinderung durch Unterlassen .....	93
1.3.2.2.3	Faktische Voraussetzung einer Mitwirkungspflicht .....	95
1.3.2.2.4	Anhörungspflicht .....	96
1.3.2.3	Beweiswürdigung .....	98
1.3.2.3.1	Beweisvernichtende Rechtfertigungsversuche.....	99
1.3.2.3.2	Einschränkung beweisvernichtender Rechtfertigungsversuche.....	100
1.3.2.3.3	Bloßer (subjektiver) Verdacht versus erhärteten Verdacht.....	102
1.3.2.3.3.1	Übertragung der Judikatur zur Frage der Rechtfertigung von Entlassungen .....	102
1.3.2.3.3.2	Der sich erhärtende Verdacht	103
1.4	Systematische Bedenken .....	104
1.4.1	Beurteilungszeitpunkt der Kündigungsgründe .....	104
1.4.2	Verstoß gegen §§ 104, 99 Abs 2 Nr 6 BetrVG.....	106
1.4.3	Wertungswiderspruch zur Druckkündigung.....	107
1.4.4	Pflicht zur Aussetzung des Verfahrens .....	108
1.5	Verfassungsrechtliche Bedenken.....	110
1.5.1	Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG).....	110
1.5.1.1	Kollidierende Grundrechte.....	111
1.5.1.2	Praktische Konkordanz .....	112
1.5.1.2.1	Die Maßstabsprüfung.....	113
1.5.1.2.2	Suspendierung.....	113
1.5.2	Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art 20 Abs 1, 28 GG)..	115

1.5.3 Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art 103 Abs 1 GG) .....	118
2. Besondere Vertrauensstellung .....	119
3. Anrechenbares Wohlverhalten.....	120
4. Rückgewinnung verlorenen Vertrauens .....	122
V. Entwicklung eines eigenen Lösungsansatzes .....	123
1. Begründung der These für die Rechtslage in der Schweiz.....	123
1.1 Der Verdacht als Existenz .....	123
1.2 Der Verdacht als Umstand.....	124
2. Begründung der These für die Rechtslage in Österreich .....	126
2.1 Dringender Tatverdacht als Entlassungsgrund.....	126
2.1.1 Parallele zu § 27 Ziff 5 2. Alt AngG.....	126
2.1.1.1 Bedeutung des dringenden Tatverdachts .....	127
2.1.1.2 Verschuldensunabhängigkeit .....	128
2.1.2 Parallele zu § 82 lit i GewO 1859.....	128
2.2 Interessenabwägung.....	129
2.3 Rechtsfolgen .....	130
G: Vereinbarkeit mit Art 6 Abs 2 EMRK.....	131
I. Rang der Unschuldsvermutung.....	132
II. Bedeutung der (Un-) Vereinbarkeit .....	133
III. Das Verfahren vor dem EGMR .....	134
IV. Der Geltungsbereich der Unschuldvermutung .....	136
1. Meinungsstand.....	136
2. Unmittelbare Drittwirkung .....	138
2.1 Auslegung des Wortlauts.....	138
2.2 Systematisch-logische Auslegung .....	139
2.3 Teleologische Auslegung .....	139
3. Mittelbare Drittwirkung.....	140
3.1 Die Position des BAG.....	141
3.2 Die Position des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes .....	141
3.3 Die Position des EGMR .....	142
3.4 Reichweite der Unschuldsvermutung.....	143
3.5 Strafe trotz unerwiesener Schuldfeststellung?.....	144
H: Fazit .....	147

## A. Einleitung

Kaum ein Arbeitgeber, weder in der Schweiz, in Österreich noch in Deutschland ist vor unredlichen Mitarbeitern gefeit. Eine jüngst in Deutschland erhobene Studie hat gezeigt, dass jeder fünfte Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber schon einmal bestohlen hat<sup>1</sup>. Ist eine vom Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers begangene Straftat vollendet und nachweisbar, wäre der Weg zur sofortigen einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber in allen drei Ländern, die in dieser Arbeit betrachtet werden sollen, nicht sonderlich schwer. Nach der Terminologie des österreichischen Gesetzgebers käme in diesem Fall eine Entlassung gemäß der §§ 82 GewO 1859; 27 AngG<sup>2</sup>, nach der des schweizerischen Gesetzgebers, die fristlose Auflösung gemäß Art 337 OR<sup>3</sup> und nach der des deutschen, die fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB<sup>4</sup> in Betracht. Was ist aber, wenn eben nicht lückenlos nachweisbar ist, ob ein Mitarbeiter eine Tat oder Pflichtverletzung, derer er verdächtigt wird, begangen hat? Was, wenn also der letzte Beweis der Tatsachen nicht zu erbringen ist und gerade der Verdacht den Mitarbeiter vertrauensunwürdig erscheinen lässt? Können in solch einer Fallkonstellation Verdachtsmomente genügen, um ein Arbeitsverhältnis nach den jeweiligen nationalen Regeln wirksam beenden zu können? Und wenn ja, welches Verdachtsmoment kann dem Erfordernis eines wichtigen Grundes auf nationaler Ebene genügen?

Ausgehend davon, dass die Vertragsparteien in jeder dieser drei Nationen vor demselben Problem stehen, dass in solch einem Fall anstelle beweisbarer Tatsachen lediglich mehr oder weniger stark ausgeprägte Verdachtsmomente vorliegen und der Verdächtige diese an sich haften hat, soll diese Arbeit zunächst aufzeigen, auf welche Weise und mit welchem Ergebnis diese verschiedenen Rechtsordnungen das gestellte Problem lösen. Um vergleichende Überlegungen darzustellen, wird zunächst die Rechtslage unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur der drei Länder erläutert<sup>5</sup>, der dann

---

<sup>1</sup> Hierzu: *Stein*, Jeder fünfte Mitarbeiter bestiehlt Sie, *Arbeitsrecht Premium* 47/08, 7.

<sup>2</sup> Auf die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen bei der Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten soll hier noch nicht weiter eingegangen werden.

<sup>3</sup> Vertiefend hierzu: *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>15</sup> (2002) Rn 359 ff.

<sup>4</sup> Anschaulich: *Preis in Stahlkacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis<sup>9</sup> (2005) Rn 584 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Rebhahn*, Ziele und Probleme der Rechtsvergleichung in Europa, *ZEuP* 2002, 436 [460]; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996) § 1 III [6].

als Kern eine vertiefte Vergleichung folgt, in der die Unterschiede und Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden sollen. Hierbei will die Arbeit auch versuchen, mögliche Antworten auf die Fragen der Unterschiede zu geben<sup>6</sup> und mögliche Entwicklungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufzuzeigen. Abschließend soll als letzter Hauptgliederungspunkt im Kapitel der Rechtsvergleichung dann der Versuch unternommen werden, eine gemeinsame dogmatische Lösung zu erarbeiten, die jedoch den jeweiligen nationalen gesetzlichen Grundlagen standhalten muss. Unter Berücksichtigung, dass alle drei Länder die Europäische Menschenrechtskonvention ratifiziert haben, soll anschließend die Vereinbarkeit der Verdachtskündigung mit Art 6 Abs 2 EMRK untersucht werden.

Das Ziel der Arbeit liegt im Ergebnis darin, den Versuch zu unternehmen, über die Funktion der Erkenntnis hinaus, gelöst von der rein nationalen Denkweise, eine Systematik darzustellen, die Verdachtskündigung im deutschsprachigen Europa<sup>7</sup> einem gemeinsamen Maßstab zu unterwerfen, um somit vielleicht den rechtlichen Boden für eine einheitliche Behandlung der Verdachtskündigung in diesen drei Ländern zu geben – oder zumindest eine über den nationalen Tellerrand hinaus reichende Diskussion anzustoßen oder zu fördern.

## B. Ausgangssituation

Ausgangssituation einer Verdachtskündigung ist ein Sachverhalt, bei dem der Beweis, ob ein Mitarbeiter tatsächlich eine Pflichtverletzung begangen hat, nicht erbracht werden kann, sondern lediglich der Verdacht besteht, dass er eine schwerwiegende Vertragsverletzung begangen hat. Dieser Verdacht führt zu einem Vertrauensverlust und kann im Ergebnis zu drei Lösungen führen: Erstens, der aufgrund des Verdachts eingetretene Vertrauensverlust reicht aus, um eine Kündigung zu begründen. Zweitens, er reicht hierzu nicht aus; und drittens, er reicht nur dann aus, wenn der Verdacht später nicht ausgeräumt werden kann. In der Praxis wird die Verdachtskündigung in der Regel als fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen, weshalb in dieser Arbeit der Fokus auf dieser Kündigung liegen soll, ohne jedoch die ordentliche Verdachtskündigung außer Acht zu lassen.

---

<sup>6</sup> So *Rebhahn*, Ziele und Probleme der Rechtsvergleichung in Europa, ZEuP 2002, 436 [449].

<sup>7</sup> Unabhängig davon, dass die Schweiz kein Mitglied der EU ist.

Um die Diskussion, ausgehend von dieser abstrakten Basis, greifbarer zu machen, soll zunächst aus jeder der drei Rechtsordnungen ein Fall dargestellt werden, der dann im Verlauf dieser Arbeit vor allem in den rechtsvergleichenden Ausführungen immer wieder aufgegriffen wird.

Der *Käsefall*<sup>8</sup>:

Ein Mitarbeiter eines Supermarktes entnimmt im Kühlregal zwei Stücke Emmentaler Käse. Mit diesen in seiner Hand verlässt er den Supermarkt durch den Mitarbeiteringang, geht zu seinem Fahrzeug, legt die beiden Käsestücke in sein Fahrzeug, schließt es ab und geht zurück in den Supermarkt. Beim Wiederbetreten des Supermarktes gibt er, auf dieses Verhalten angesprochen, an, den Käse jetzt noch bezahlen zu wollen.

Der *Schwarzverkauf-Fall*<sup>9</sup>:

Bei einem in den Reisezügen der ÖBB beschäftigten Koch werden bei einer Taschenkontrolle sechs Paar Würstchen vorgefunden. Bei der Arbeitgeberin besteht – um den Schwarzverkauf in den Zügen auf eigene Rechnung der jeweiligen Mitarbeiter einzudämmen – ein wirksames Verbot, Privatspeisen während der Dienstzeiten im Zug bei sich zu führen. Auf die vorgefundenen Würstchen angesprochen, gibt der Koch an, diese Würstchen nicht für den Schwarzverkauf, sondern als Geschenk für seine Schwester erworben zu haben.

Die *Bienenstichentscheidung*<sup>10</sup>:

Die in einer Konditoreifiliale beschäftigte Verkäuferin verspürte gegen Mittag des Arbeitstages großen Appetit, hatte aber kein Geld bei sich, um sich etwas zu essen zu kaufen. Sie entschloss sich ein Stück Bienenstich aus der Ladentheke zu nehmen und zu verzehren. Während sie das Stück Kuchen verzehrt wurde sie von ihrem Arbeitgeber auf die Bezahlung des Kuchens iHv DM 1,- hingewiesen und erwiderte, kein Geld bei sich zu haben, es aber morgen nachträglich in die Kasse zu legen.

---

<sup>8</sup> Vgl Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304f.

<sup>9</sup> Vgl OGH 18.08.1995, 8 Ob A 269/95, www.rdb.at.

<sup>10</sup> BAG 17.05.1984, 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91 [91-92].

## C. Die Verdachtskündigung im deutschen Recht

### I. Allgemeines

Das deutsche Arbeitsrecht enthält keine spezialgesetzliche Regelung zur Kündigung aufgrund eines Verdachtes<sup>11</sup>, so dass hier auf die Generalklausel des § 626 Abs 1 BGB zurückzugreifen ist. Nach dieser Regelung ist jede Vertragspartei berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, die es dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unzumutbar machen, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen<sup>12</sup>. § 626 Abs 1 BGB ist als *ius cogens*<sup>13</sup> ein Anwendungsfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sich bei extremen Belastungen vom (Arbeits-) Vertragspartner trennen zu können<sup>14</sup>. Die Kündigung bedarf gemäß § 623 BGB zu Ihrer Wirksamkeit zwingend der Schriftform, jedoch nicht der Begründung<sup>15</sup>. Der Kündigende hat zwar gemäß § 626 Abs 2 Satz 3 BGB seine Kündigung auf Verlangen des Gekündigten unverzüglich zu begründen, jedoch führt die Verletzung dieser Begründungspflicht, nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung<sup>16</sup>. Etwas anderes gilt gemäß § 22 Abs 3 BBiG für die Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen, da dort die Kündigung der Angabe der Kündigungsgründe bedarf. Außerhalb des BBiG muss aus der Kündigungserklärung der unzweifelhafte Wille des Kündigenden hervorgehen, das Arbeitsverhältnis beenden zu wollen, wobei die Kündigungserklärung der Auslegung zugänglich ist<sup>17</sup>. Die fristlose Kündigung kann nach § 626 Abs 2 Satz 1 BGB nur innerhalb einer zweiwöchigen Ausschlussfrist ausgesprochen werden<sup>18</sup>. Diese Frist ist ein gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand<sup>19</sup>, der dem Gebot der Rechtssicherheit dient<sup>20</sup>.

---

<sup>11</sup> Anders die Rechtslage in Polen: Art 52 § 2 Nr. 2 Kodeks Pracy, der die außerordentliche Kündigung nur in solchen Fällen zulässt, in denen die Straftat offensichtlich (soll heißen: auf frischer Tat betroffen) oder durch rechtskräftiges Urteil festgestellt worden ist.

<sup>12</sup> *Henssler* in MüKo, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 1.

<sup>13</sup> BAG 08.08.1963, 5 AZR 395/62, DB 1963, 1543, 1. Leitsatz.

<sup>14</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 6.

<sup>15</sup> Ausführlich hierzu: *Wank* in MünchArbR Band 2<sup>2</sup> (2000) § 118 Rn 21.

<sup>16</sup> *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 599; *Fischermeier* in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 Rn 35; BAG 17.08.1972, 2 AZR 415/71, MDR 1973, 344 2. Leitsatz.

<sup>17</sup> *Linck* in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2007) § 123 Rn 2.

<sup>18</sup> Aufgrund der Auswirkungen auf die Verdachtskündigung hierzu ausführlicher unter F III 2.2 [70-72].

## 1. Der wichtige Grund

Das Bundesarbeitsgericht<sup>21</sup> und die herrschende Lehre<sup>22</sup> prüfen den wichtigen Grund auf zwei Ebenen<sup>23</sup> – zum einen die Eignung des Sachverhaltes als wichtigen Grund, der dann (zum anderen) einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfalle standhalten muss<sup>24</sup>. Auf der ersten Stufe bedeutet dies, dass alle tatsächlichen Umstände, die den wichtigen Grund bilden sollen, entweder unstreitig oder bewiesen vorliegen müssen<sup>25</sup>. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen dieser Tatsachen ist der bei Abgabe der Kündigungserklärung<sup>26</sup>. Diese Umstände müssen objektiv betrachtet geeignet sein, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen<sup>27</sup>. Auf die soziale Rechtfertigung iSv § 1 KSchG kommt es bei der außerordentlichen Kündigung wegen des in § 13 Abs 1 Satz 1 KSchG festgelegten Anwendungsbereiches auf ordentliche Kündigungen nicht an<sup>28</sup>. Liegt ein wichtiger Grund vor, ist auf der zweiten Ebene eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen<sup>29</sup>. Das bedeutet, dass das Interesse des Gekündigten an der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses gegen das des Kündigenden, das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen zu wollen, abgewogen werden muss<sup>30</sup>. Die fristlose Kündigung ist deshalb am ultima ratio Maßstab zu messen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass mangels festgeschriebener messbarer Kriterien eine gewisse Rechtsunsicherheit bleibt<sup>31</sup>, dies aber aufgrund der dadurch eröffneten Möglichkeit der

---

<sup>19</sup> BAG 17.03.2005, 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101 [103].

<sup>20</sup> Müller-Glöge in Erfurter Kommentar<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 200.

<sup>21</sup> Ständige Rechtsprechung: BAG 17.05.1984, 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91 [92]; BAG 14.09.1994, 2 AZR 194/94, NZA 1995, 269 [270]; BAG 02.03.1989, 2 AZR 280/88, NZA 1989, 755 [756]; BAG 07.07.2005, 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98 [99].

<sup>22</sup> Vgl Fischermeier in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 Rn 84; Müller-Glöge in Erfurter Kommentar<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 16; Dörner in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 28; Henssler in MüKo, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 76.

<sup>23</sup> Ablehnend und das dreistufige Modell nach dem Vorbild des § 1 KSchG bevorzugend: Preis in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 621.

<sup>24</sup> Anschaulich: Wank in MünchArbR Band 2<sup>2</sup> (2000) § 120 Rn 28.

<sup>25</sup> Hierzu: Weidenkaff in Palandt, BGB-Kommentar<sup>67</sup> (2008) § 626 Rn 37.

<sup>26</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271].

<sup>27</sup> Dörner in Dörner/Luczak/Wildschütz, Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht<sup>6</sup> (2007) D. Rn 657.

<sup>28</sup> Vgl hierzu: Linck in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 126.

<sup>29</sup> Anschaulich: Wank in MünchArbR Band 2<sup>2</sup> (2000) § 120 Rn 33.

<sup>30</sup> BAG 13.12.1984, 2 AZR 454/83, NZA 1985, 288 [288].

<sup>31</sup> Preis in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 448.

Einzelfallgerechtigkeit kompensiert wird. *Fischermeier*<sup>32</sup> führt daher zu Recht aus, dass der Versuch, die Tatbestände eines wichtigen Grundes in einer abschließenden gesetzlichen Regelung zu bestimmen, an der Vielfältigkeit und Unterschiedlichkeit der denkbaren Kündigungssachverhalte scheitern würde. Eine detaillierte Darstellung mit einer umfassenden Darstellung und Auseinandersetzung zu über sechzig einzelnen personen-<sup>33</sup> und verhaltensbedingten<sup>34</sup> Kündigungstatbeständen hat *Linck* herausgearbeitet.

## 2. Rechtsfolgen

Ist im Ergebnis ein wichtiger Grund zu verneinen, oder ist ein solcher grundsätzlich zwar geeignet, ein Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen, aber die Interessenabwägung geht zu Lasten des Kündigenden, ist die Kündigung unwirksam. Dies setzt aber voraus, dass der Gekündigte die Kündigung gemäß § 4 Satz 1 KSchG mit der Klage vor dem Arbeitsgericht angreift, denn § 4 KSchG ist über § 13 Abs 1 Satz 2 KSchG auch auf außerordentliche Kündigungen anwendbar. Die Frist zur Klageerhebung beträgt für alle Gekündigten<sup>35</sup> gemäß § 4 KSchG drei Wochen ab Zugang der Kündigung.

## II. Die Verdachtskündigung im Spiegel der Rechtsprechung

In Deutschland wird die Verdachtskündigung in ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>36</sup> als zulässig erachtet.

---

<sup>32</sup> *Fischermeier* in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 Rn § 626 Rn 82.

<sup>33</sup> *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 291-459.

<sup>34</sup> *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 540-678.

<sup>35</sup> Ausführlicher hierzu: *Dörner* in *Dörner/Luczak/Wildschütz*, Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht<sup>6</sup> (2007) D. Rn 622-625.

<sup>36</sup> BAG 12.5.1955, 2 AZR 77/53, BAGE 2, 1, 3. Leitsatz; BAG 24.03.1958, 2 AZR 587/55, AP Nr 5 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen, 1. Leitsatz; BAG 23.02.1961, 2 ARZ 187/59, AP Nr 9 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen, 1. Leitsatz; BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 72, 2. Leitsatz; BAG 24.04.1975, 2 AZR 118/74, MDR 1975, 876, 3. Leitsatz; BAG 26.08.1980, 6 AZR 454/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; BAG 01.04.1982, 2 AZR 851/79, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; BAG 10.09.1982, 2 AZR 201/80, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 17; BAG 03.04.1986, 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677, 1. Leitsatz; BAG 26.02.1987, 2 AZR 170/86, [www.juris.de](http://www.juris.de), Leitsatz; BAG 29.06.1989, 2 AZR 456/88, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz; BAG 29.09.1989, 2 AZR 111/89, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; BAG 26.09.1990, 2 AZR 602/89, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; BAG 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121, 1. Leitsatz; BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Leitsatz; BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995,

Dieser Auffassung folgen die insgesamt dreizehn Landesarbeitsgerichte<sup>37</sup> nahezu<sup>38</sup> ausnahmslos. Da die Verdachtskündigung und ihre Voraussetzungen im Wesentlichen vom BAG geprägt wurden, erscheint es sinnvoll, diese Voraussetzungen hier umfassend zu erläutern und die sich dem BAG anschließende Rechtsprechung der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte im Länderbericht weitgehend außen vor zu lassen.

### III. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

#### 1. Die Entwicklung der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Schon das Reichs-<sup>39</sup> und Reichsarbeitsgericht<sup>40</sup> haben die Verdachtskündigung für zulässig erachtet. Zwar reicht nach der Auffassung des Reichsarbeitsgericht der „bloße und nicht

---

269, 1. Leitsatz; BAG 21.06.1995, 2 AZR 735/94, [www.juris.de](http://www.juris.de) Leitsätze; BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81, 1. Leitsatz; BAG 20.01.1997 2 AZR 292/96, NZA 1997, 813 [814]; BAG 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NJW 1998, 1171 [1172]; BAG 12.08.1999, 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421, 1. Leitsatz; BAG 18.11.1999, 2 AZR 743/98, NZA 2000, 418, 1. Leitsatz; BAG 06.07.2000, 2 AZR 454/99, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 24; BAG 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837, Leitsatz; BAG 06.12.2001, 2 AZR 496/00, NZA 2002, 847, Leitsätze; BAG 21.02.2002, 2 AZN 909/01, NZA 2002, 758 [758]; BAG 26.09.2002, 2 AZR 424/01, AP Nr 37 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlungen, 1. Leitsatz; BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193 [1194]; BAG 03.07.2003, 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 [310]; BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [920]; BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056, 1. Leitsatz; BAG 01.02.2007, 2 AZR 333/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 34.

<sup>37</sup> Zuletzt: LAG Baden-Württemberg 25.01.2007, 11 Sa 91/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 29; LAG Hamm 26.04.2007, 17 Sa 1914/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 177; LAG Köln 23.06.2007, 14 Sa 1332/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; LAG Rheinland-Pfalz, 06.03.2007, 1 Sa 779/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 72; Sächsisches LAG 26.02.2007, 3 Sa 378/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; LAG Berlin-Brandenburg 19.01.2007, 6 Sa1726/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; LAG München 14.12.2006, 3 Sa 695/05, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; LAG Bremen 29.06.2005, 2 Sa 32/05, [www.juris.de](http://www.juris.de), 3. Leitsatz; LAG Düsseldorf 29.01.2003, 12 Sa 693/01, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 52; LAG Hamburg 11.05.2006, 2 Sa 71/05, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 42; Hessisches LAG 03.11.2006, 3 Sa 287/05, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz; LAG Niedersachsen 08.06.2004, 13 Sa 1998/03, NZA-RR 2005, 24 [25]; LAG Nürnberg 10.01.2006, 6 Sa 238/05, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 30; LAG Mecklenburg-Vorpommern 01.12.2006, 3 Sa 309/05, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; LAG Saarland 01.12.1993, 2 Sa 154/92, BB 1994 Beilage Nr 7, 14, 1. Leitsatz; Sachsen-Anhalt 06.12.2005, 8 Sa 327/05, NZA-RR 2006, 411 [412]; LAG Thüringen 29.11.2006, 4 Sa 2/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz; LAG Schleswig-Holstein 05.12.2006, 5 Sa 286/06, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 30.

<sup>38</sup> Ablehnend aus der früheren Rechtsprechung: LAG Bremen 23.04.1976, 1 Sa 193/75, BB 1976, 1560 2. Leitsatz.

<sup>39</sup> RG 20.11.1936, II 110/36, JW 1937, 1146 [1146].

etwa schuldhaft herbeigeführte Verdacht“, eine strafbare Handlung begangen zu haben, als Grund für eine fristlose Kündigung noch nicht aus, aber dieser Verdacht einer strafbaren Handlung kann so schwer wiegen, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wegen der damit einhergehenden Vertrauensstörung<sup>41</sup> nicht mehr zuzumuten ist. Dies soll vor allem dann gelten, wenn der Arbeitnehmer trotz der gegen ihn sprechenden Indizien zur Aufklärung nichts beiträgt<sup>42</sup>.

In seiner Ursprungsentscheidung zur Verdachtskündigung aus dem Jahr 1955<sup>43</sup> hat sich das BAG dieser Rechtsprechung mit der Einschränkung angeschlossen, den Vertrauenswegfall nur bei solchen Arbeitnehmern zu bejahen, die eine besondere Vertrauensstellung beim Arbeitgeber einnehmen. Auch die weiteren Verfahren, die vom BAG zu entscheiden waren, waren geprägt von einer verantwortungsvollen Position des Gekündigten<sup>44</sup>. Der Bundesgerichtshof<sup>45</sup> hingegen hat in seiner Ursprungsentscheidung den Verdacht einer strafbaren Handlung als wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstvertrages dann als gerechtfertigt angesehen, wenn der Verdacht auf Tatsachen begründet ist und so schwer wiegt, dass ein vernünftiger Dienstherr daraus Misstrauen gegen die Zuverlässigkeit des Dienstverpflichteten schöpfen kann, weil dadurch das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien derart erschüttert wird, dass dem Dienstherrn in der Regel die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist.

Erst im Jahr 1994 hat das BAG<sup>46</sup> den Vertrauensverlust auch bei solchen Beschäftigten bejaht, die nur vorübergehend und ohne besondere Vertrauensstellung beim Arbeitgeber eingesetzt waren<sup>47</sup>. Begründet wird dies damit, dass jedes Arbeitsverhältnis als

---

<sup>40</sup> RAG 23.06.1934, ARS 21, 145 [147].

<sup>41</sup> Grundsätzlich zur Vertrauensstörung als wichtiger Grund: RAG 25.04.1936, RAG 12/36, JW 1936, 2945 [2945].

<sup>42</sup> RAG 23.6.1934, ARS 21, 145 [147].

<sup>43</sup> BAG 12.5.1955, 2 AZR 77/53, BAGE 2, 1.

<sup>44</sup> Bis hin zur Entscheidung BAG 26.03.1992, 2 AZR 519/02, NZA 1992, 1121, in der der Kläger als Abteilungsleiter beschäftigt war.

<sup>45</sup> BGH 13.07.1956, VI ZR 88/55, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz.

<sup>46</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>47</sup> In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war der Kläger Student und aushilfsweise mit dem Be- und Entladen von Flugzeugen beschäftigt.

personenbezogenes Dauerschuldverhältnis einen gewissen Vertrauenstatbestand voraussetzt und deshalb einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen kann<sup>48</sup>.

## 2. Die Position des Bundesarbeitsgerichts

Nach der Rechtsprechung des BAG ist es demnach nicht der bloße Verdacht, der den wichtigen Grund darstellt, sondern der Wegfall des Vertrauens. Dieser Vertrauenswegfall begründet sich aber nicht (nur) in der bewiesenen Pflichtverletzung, sondern kann bereits in dem Verdacht der Pflichtverletzung liegen. Die Verdachtskündigung ist somit neben der Tatkündigung ein eigenständiges Rechtsinstitut<sup>49</sup>. Dass jedoch nicht jede Pflichtverletzung genügen kann, um einen wichtigen Grund darzustellen, liegt auf der Hand. Im Nachfolgenden sollen die Voraussetzungen herausgearbeitet werden, die das BAG an eine Verdachtskündigung stellt.

### 2.1 Voraussetzungen

#### 2.1.1 Straftat – Pflichtverletzung

Bei der Verdachtskündigung ist der Kündigungsgrund in der verdachtsbedingten Beeinträchtigung der Vertrauenswürdigkeit zu sehen<sup>50</sup>. Anfänglich war den Entscheidungen des BAG zu entnehmen, dass diese Beeinträchtigung oder dieser Verlust der Vertrauenswürdigkeit nur dann gegeben sein kann, wenn sich der Verdacht auf eine strafbare Handlung bezog<sup>51</sup>. Diese Bindung des Verdachts an strafbares Handeln wurde jedoch auch auf zivilrechtliche Merkmale dahingehend präzisiert, dass auch eine „sonstige Verfehlung“<sup>52</sup> oder „Pflichtverletzung“<sup>53</sup> ausreichend sein kann, um das erforderliche Vertrauen in Wegfall kommen zu lassen. Allerdings genügt hier nicht gar der Verdacht jeder Pflichtverletzung, sondern die Pflichtverletzung, derer der Gekündigte verdächtigt

---

<sup>48</sup> Bestätigt durch BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269, 1. Leitsatz.

<sup>49</sup> Zur Abgrenzung der Verdachtskündigung von der Tatkündigung: BAG 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 [1122].

<sup>50</sup> Deutlich: BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [921].

<sup>51</sup> So noch BAG 12.5.1955, 2 AZR 77/53, BAGE 2, 1, 3. Leitsatz; BAG 23.02.1961, 2 ARZ 187/59, AP Nr 9 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen, 1. Leitsatz.

<sup>52</sup> BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 72, 1. Leitsatz.

<sup>53</sup> BAG 28.09.1989, 2 AZR 111/89, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz.

wird, ist zunächst unabhängig vom Verdacht auf ihre Kündigungsrelevanz hin zu prüfen<sup>54</sup>. Das bedeutet, dass unabhängig vom Verdacht nur die Pflichtverletzungen kündigungsrechtlich von Bedeutung sind, die, wären sie bewiesen, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen könnten. Die Pflichtverletzung macht auch deutlich, dass zwingend ein Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht, was per se beim Vorliegen einer Straftat nicht zwingend der Fall sein muss. Deshalb wird beim Verdacht einer strafbaren Handlung verlangt, dass diese kündigungsrechtlich relevant sein muss, also einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben muss<sup>55</sup>. Ob im Ergebnis eine solche, kündigungsrechtlich relevante Pflichtverletzung oder Straftat vorliegt, hat das Arbeitsgericht, angesichts einer fehlenden Bindung<sup>56</sup> strafrechtlicher Entscheidungen für die Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit, unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme selbst aufzuklären, zu bewerten<sup>57</sup> und gemäß § 286 Abs 1 Satz 1 ZPO<sup>58</sup> nach freier Überzeugung zu entscheiden<sup>59</sup>.

### 2.1.2 Der Verdacht

Keineswegs genügt jeder mehr oder weniger stark ausgeprägte Verdacht, subjektive Vermutungen oder Befürchtungen<sup>60</sup>. Auch der oftmals verbleibende Verdacht, der sich trotz des misslungenen Beweises einer Behauptung nicht gänzlich ausschließen lässt, genügt nicht, um eine Verdachtskündigung zu rechtfertigen<sup>61</sup>. Ein Verdacht ist kündigungsrechtlich nur dann ausreichend, wenn die Kündigung gerade damit begründet wird, dass es dieser Verdacht ist, der das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört<sup>62</sup>. Diese Feststellung, des das Vertrauen zerstörenden Verdachtes, ist an strenge Voraussetzungen geknüpft.

---

<sup>54</sup> BAG 10.09.1982, 2 AZR 201/80, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 15.

<sup>55</sup> BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [920].

<sup>56</sup> BAG 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 [1342].

<sup>57</sup> BAG 08.06.2000, 2 AZR 638/2000, NZA 2000, 1282 [1287].

<sup>58</sup> Über § 46 Abs 2 ArbGG findet diese Vorschrift der ZPO auch auf das Arbeitsgerichtsverfahren Anwendung.

<sup>59</sup> Deutlich BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 23.

<sup>60</sup> So schon RAG 25.02.1933, ARS 17, 474.

<sup>61</sup> BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [676].

<sup>62</sup> Ständige Rechtsprechung seit BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 72 [81].

### 2.1.2.1 Die den Verdacht begründenden Indizien

Der Verdacht muss objektiv durch bestimmte Tatsachen begründet sein<sup>63</sup>, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können<sup>64</sup>. Damit ist nicht gleichzusetzen, dass die Tat nachgewiesen werden muss<sup>65</sup>. Entscheidend ist alleine die Frage, ob Indizien objektiv nachweisbar oder unstrittig zwischen den Parteien sind, die den Verdacht begründen können. Hier reichen bloße, auf mehr oder weniger haltbaren Vermutungen gestützte Verdächtigungen genauso wenig aus<sup>66</sup>, wie das Hegen eines gewissen Verdachtes, der sich nur auf eigene, arbeitgeberseitige Schlussfolgerungen stützt<sup>67</sup>. Vielmehr ist nur ein solcher Verdacht als Kündigungsgrund geeignet, der einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen kann<sup>68</sup>. Da die Verdachtskündigung ein eigenständiges Rechtsinstitut ist, und der Verdacht als Kündigungsgrund nicht der erwiesenen Tat gleichzusetzen ist<sup>69</sup>, muss der Arbeitgeber deutlich machen, dass es zumindest hilfsweise auch der Verdacht der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ist, der das erforderliche Vertrauen für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zerstört<sup>70</sup>. Hierzu trägt der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Indizien, die den Verdacht begründen<sup>71</sup>.

### 2.1.2.2 Der Grad des Verdachtes

Das Verdachtsmoment muss so ausgeprägt sein, dass der Gekündigte der Pflichtwidrigkeit „dringend verdächtig“ ist<sup>72</sup>. Dies setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer durch eigenes schuldhaftes Verhalten einen berechtigten Grund für den Verdacht gesetzt hat<sup>73</sup>. Ein

<sup>63</sup> BAG 21.06.1995, 2 ARZ 735/94, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz.

<sup>64</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 51.

<sup>65</sup> Deutlich zur Abgrenzung: BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1058].

<sup>66</sup> BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1057].

<sup>67</sup> BAG 03.04.1986, 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677, [678].

<sup>68</sup> BAG 30.06.1983, 2 AZR 540/81, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz; BAG 21.06.1995, 2 AZR 735/94, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz.

<sup>69</sup> BAG 21.11.1996, 2 AZR 852/95, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 38.

<sup>70</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 52.

<sup>71</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 56.

<sup>72</sup> BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 72, 3. Leitsatz.

<sup>73</sup> BAG 04.11.1957, 2 AZR 57/56, AP Nr 39 zu § 1 KSchG, Leitsatz.

solcher dringender Verdacht besteht dann<sup>74</sup>, wenn eine auf Beweisanzeichen gestützte große Wahrscheinlichkeit besteht<sup>75</sup>, dass der Gekündigte die Pflichtwidrigkeit begangen hat<sup>76</sup>. Hinsichtlich der Feststellung eines solchen dringenden Verdachts ist gemäß § 286 Abs 1 Satz 2 ZPO die richterliche Überzeugung maßgebend. Diese gewinnt gerade bei der Verdächtigung einer Pflichtverletzung große Bedeutung, denn es ist letztlich die subjektive Wahrnehmung und Überzeugung des Gerichts, das einen bestimmten Sachvortrag für schlüssig und glaubwürdig hält oder nicht. Würde man jedoch anstelle dieser subjektiven Überzeugung des Richters absolute Gewissheit verlangt werden, hieße dies – so das BAG<sup>77</sup> – die Grenze menschlicher Erkenntnisfähigkeit zu ignorieren.

### 2.1.2.3 Zeitliches Vorliegen des dringenden Verdachtes

Grundsätzlich kommt es für die Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes auch bei der Verdachtskündigung auf die Tatsachen und Indizien an, die bereits zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung vorgelegen haben<sup>78</sup>. Unbeachtlich ist hierbei, ob solche bestätigenden oder erschütternden Umstände den Parteien zu diesem Zeitpunkt bekannt waren<sup>79</sup>. Deshalb kann der Verdacht bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz<sup>80</sup> sowohl verstärkt, als auch rückwirkend ausgeräumt werden<sup>81</sup>, was von den Tatsachengerichten aufzuklären ist<sup>82</sup>. Der Arbeitnehmer bleibt aber mit seinem Sachvortrag und Beweisangebot gemäß §§ 61a Abs 5; 56 Abs 2 ArbGG präkludiert, wenn er in der I.-Instanz, entgegen einer ihm gesetzten Frist, trotz positiver Kenntnis über die den Verdacht erschütternden Umstände nichts vorgetragen hat und diesen Vortrag erst in der II.-Instanz offen legt<sup>83</sup>.

---

<sup>74</sup> BAG 28.09.1989, 2 AZR 111/89, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 36; BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1059].

<sup>75</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 48, Rn 51.

<sup>76</sup> Zur strafprozessualen Definition vgl. *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung<sup>50</sup> (2007) § 112 Rn 5.

<sup>77</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 23.

<sup>78</sup> BAG 10.03.1982, 4 AZR 158/79, NJW 1982, 2839 [2839].

<sup>79</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271]; BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 56.

<sup>80</sup> BAG 30.06.1983, 2 AZR 540/81, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz.

<sup>81</sup> Zuletzt bestätigt: BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [921].

<sup>82</sup> BAG 18.11.1999, 2 AZR 743/98, NZA 2000, 418 [419].

<sup>83</sup> Arbeitsgericht Karlsruhe 08.08.2007, 8 Ca 194/07, unveröffentlicht.

### 2.1.2.3.1 Erwiesene Tat versus Verdacht

Will sich der Arbeitgeber auf den Verdacht als Kündigungsgrund berufen, muss er seine Kündigung zumindest hilfsweise auf den Verdacht stützen<sup>84</sup> und deutlich machen, dass es (auch) der Verdacht der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ist, der sein erforderliches Vertrauen für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zerstört hat<sup>85</sup>. Dies deshalb, weil in der Tatkündigung des Arbeitgebers nicht auch – quasi als Minus – der Verdacht der Pflichtverletzung enthalten ist, denn dies würde verkennen, dass die Verdachtskündigung ein eigenständiges Rechtsinstitut ist, und der Verdacht als Kündigungsgrund nicht mit der erwiesenen Tat gleichzusetzen ist<sup>86</sup>. Hat aber – umgekehrt – der Arbeitgeber seine Kündigung lediglich als Verdachtskündigung ausgesprochen, kann das Gericht dann, wenn es von der Tatbegehung überzeugt ist, sein Urteil sehr wohl darauf stützen, dass sich der Verdacht als Kündigungsgrund in seiner schärfsten Form, nämlich der Tatbegehung, erwiesen hat<sup>87</sup>. Den Verdacht als Kündigungsgrund kann der Arbeitgeber sowohl im Kündigungsschreiben vortragen, als auch in den Tatsacheninstanzen nachholen<sup>88</sup>. Letzteres ist aber nicht ganz unproblematisch, was im Folgenden zu zeigen ist..

### 2.1.2.3.2 Nachschieben von Gründen

Der Arbeitgeber kann im Instanzenzug nur bedingt nachträgliche Gründe für eine Verdachts- statt einer Tatkündigung nachschieben. Aus dem oben Gesagten ist festzuhalten, dass der Verdacht zum Zeitpunkt der Kündigung (mit-) ausschlaggebend gewesen sein muss und beim Ausspruch der Kündigung vorgelegen<sup>89</sup> haben muss. Das Nachschieben von Kündigungsgründen ist vor allem aber kollektivrechtlich von Bedeutung, denn der Arbeitgeber muss gemäß § 102 Abs 1 BetrVG zwingend vor jeder Kündigung den Betriebsrat anhören – sofern ein solcher besteht. Das hat zur Folge, dass es dem Arbeitgeber dann, wenn er dem Betriebsrat gegenüber die Kündigung nicht (auch) auf den Verdacht gestützt hat, im Kündigungsschutzprozess nicht mehr möglich ist, den

---

<sup>84</sup> BAG 03.04.1986, 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677 [678].

<sup>85</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 52.

<sup>86</sup> BAG 21.11.1996, 2 AZR 852/95, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 38.

<sup>87</sup> BAG 03.07.2003, 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 [310].

<sup>88</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271].

<sup>89</sup> Ausführlich: BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [674].

Verdacht wirksam als Kündigungsgrund nachzuschieben<sup>90</sup>, ohne den Betriebsrat hierzu nachträglich angehört zu haben<sup>91</sup>.

#### 2.1.2.3.3 Auswirkungen strafrechtlicher Folgen

Wie oben ausgeführt, besteht für die Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit keine Bindung an strafgerichtliche Entscheidungen. Auch führt die Einstellung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens nicht zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung<sup>92</sup>, denn die Einstellung begründet keine nicht widerlegbare Vermutung für die Unschuld des Arbeitnehmers. In umgekehrter Weise konsequent führt die strafrechtliche Verurteilung zu Recht nicht dazu, dass der Verdacht einer strafbaren Handlung besteht, denn die Arbeitsgerichte können sich die Feststellungen in einem strafgerichtlichen Urteil nicht ohne eigene Sachprüfung zu Eigen machen<sup>93</sup>. Und obgleich definitorische Identität mit dem strafprozessualen Begriff des dringenden Verdachtes besteht, wie er für den Erlass eines Haftbefehls erforderlich ist<sup>94</sup>, lässt sich aus der Tatsache, dass der Verdächtige aus der Untersuchungshaft entlassen wurde, nicht der Schluss ziehen, dass damit ein dringender Tatverdacht nicht mehr gegeben ist<sup>95</sup>. Dies deshalb nicht, weil die Untersuchungshaft neben dem dringenden Tatverdacht auch einen Haftgrund verlangt – der in der Flucht- und/oder Verdunklungsgefahr bestehen muss<sup>96</sup>. Allerdings ist eine strafrechtliche Verurteilung, wie auch die Erhebung der Anklage bei der arbeitsrechtlichen Beurteilung des dringenden Verdachtes mit zu berücksichtigen<sup>97</sup>.

#### 2.1.3 Aufklärungspflicht des Arbeitgebers

Um letztlich den Nachweis für das Vorliegen der Indizien, die den Verdacht begründen, führen zu können, muss der Arbeitgeber alles ihm zumutbare zur Aufklärung des

---

<sup>90</sup> BAG 18.12.1980, 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316, 2. Leitsatz; BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [921].

<sup>91</sup> Umfassend: BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674, [674-676].

<sup>92</sup> BAG 20.08.1997, 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 [1342].

<sup>93</sup> BAG 08.06.2000, 2 AZR 638/2000, NZA 2000, 1282 [1287].

<sup>94</sup> Vgl. *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung<sup>50</sup> (2007) § 112 Rn 5.

<sup>95</sup> BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [921].

<sup>96</sup> Vertiefend hierzu: *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung<sup>50</sup> (2007) § 112 Rn 12-27.

<sup>97</sup> BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [921].

Sachverhaltes getan haben<sup>98</sup>. Hierzu zählt neben der eigentlichen Aufklärung des Sachverhaltes auch die Anhörung des Verdächtigten, wobei die Rechtsprechung keine Reihenfolge dieser beiden Aufklärungspflichten festlegt<sup>99</sup>.

### 2.1.3.1 Anhörungspflicht

Bis zur Grundsatzentscheidung im Jahr 1985<sup>100</sup> ist zwar vielfach<sup>101</sup> bejaht worden, dass der Arbeitgeber nach den Umständen des Einzelfalles, den Arbeitnehmer zu den Tatsachen, auf die sich der Verdacht stützt, anhören soll, ohne jedoch die Frage zu beantworten, ob die unterlassene Anhörung zwingend zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Diese Rechtsprechung wurde dahingehend weiterentwickelt, dass die Anhörung des Arbeitnehmers Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verdachtskündigung ist<sup>102</sup>. Begründet wird dies vom BAG damit, dass gerade die Verdachtskündigung die Gefahr in sich birgt, dass ein Unschuldiger betroffen ist, weshalb strenge Anforderungen an die ausgesprochene Verdachtskündigung zu stellen sind. Der verdächtige Arbeitnehmer muss daher zu Recht die Möglichkeit bekommen, die gegen ihn bestehenden Verdachtsmomente beseitigen oder entkräften zu können. In der Weiterentwicklung der Anforderungen an die Anhörungspflicht ist dann entschieden worden, dass die Anhörung so substantiiert sein muss, dass der Verdächtige die Möglichkeit zur Einlassung hat, weshalb die bloße Konfrontation mit dem Vorwurf nicht ausreicht<sup>103</sup>. Die Anhörung muss jedoch nicht den Anforderungen genügen, die gemäß § 102 Abs 1 BetrVG an eine Betriebsratsanhörung gestellt werden<sup>104</sup>, weil beide Anhörungen völlig anderen Zwecken dienen und deshalb schon im Ansatz nicht vergleichbar sind<sup>105</sup>. Es genügt daher, wenn sich die Anhörung des Verdächtigten auf einen konkretisierten Sachverhalt bezieht, wobei der Arbeitgeber dem Verdächtigten keine Erkenntnisse vorenthalten darf, die im Anhörungszeitpunkt bereits

---

<sup>98</sup> BAG 30.06.1983, 2 AZR 540/81, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz.

<sup>99</sup> BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83].

<sup>100</sup> BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [676].

<sup>101</sup> BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 72, 3. Leitsatz; BAG 08.08.1968, 2 AZR 348/67, AP Nr 57 zu § 626 BGB, 3. Leitsatz; BAG 23.03.1972, 2 AZR 226/71, AP Nr 63 zu § 626 BGB, Leitsatz.

<sup>102</sup> BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [676].

<sup>103</sup> BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83].

<sup>104</sup> So bereits im Ansatz: BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83], ohne dies jedoch näher zu begründen.

<sup>105</sup> BAG 26.09.2002, 2 AZR 424/01, AP Nr 37 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung, B. I. 1. b. bb.

vorgelegen haben, weil sonst die Verteidigungsmöglichkeit des Verdächtigten unzulässig beschnitten wird<sup>106</sup>. Allerdings besteht keine Mitwirkungspflicht des Verdächtigten an der Aufklärung des Verdachtes<sup>107</sup>. Einem lediglich pauschalen Entlastungsvorbringen, das auf den ersten Blick den Eindruck einer Schutzbehauptung erweckt, brauchen aber weder der Arbeitgeber noch das Gericht nachzugehen<sup>108</sup>. Ein pauschales Bestreiten des Verdachts lässt dann, wenn dem Verdächtigten eine konkrete Einlassung möglich wäre, regelmäßig den Schluss zu, dass er an einer Aufklärung des Verdachtes nicht interessiert ist<sup>109</sup>. Verweigert der Verdächtige seine Mitwirkung ohne ausreichenden Grund, kann dies als Indiz für die Richtigkeit des Verdachtes gewertet werden<sup>110</sup>. Erklärt der hingegen, keine Angaben machen zu wollen, besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Vorwürfe weiter zu konkretisieren<sup>111</sup>. Eine solche (weitere) Anhörung wäre schon deshalb überflüssig, weil sie nicht zur Aufklärung des Sachverhaltes und zur Willensbildung des Arbeitgebers beitragen kann<sup>112</sup>. Lässt sich der Verdächtige jedoch zu den ihm vorgeworfenen Verdachtsmomenten konkret ein, so dass diese Einlassungen des Verdächtigten weitere Ermittlungen des Arbeitgebers erfordern, ist der Verdächtige bei Widerlegung seines Entlastungsvorbringens zu diesen neuen Erkenntnissen erneut anzuhören, bevor eine Verdachtskündigung wirksam ausgesprochen werden kann<sup>113</sup>. Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft die ihn treffende Anhörungspflicht, kann er sich im Prozess nicht auf den Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers berufen, weshalb seine hierauf gestützte Kündigung unwirksam wäre<sup>114</sup>.

Diesen Rechtsmeinungen ist mE bis auf einen Punkt zuzustimmen – der Indizwirkung im Falle der Weigerung des Verdächtigten sich zum Vorwurf zu äußern. Da die Rechtsmeinung des BAG in diesem Punkt in der Schweiz teilweise ähnlich geteilt wird, erscheint es sinnvoll, diesen Punkt im Rechtsvergleich zu vertiefen.

---

<sup>106</sup> BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83].

<sup>107</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 26.

<sup>108</sup> BAG 03.07.2003, 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 [310].

<sup>109</sup> BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83].

<sup>110</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 26.

<sup>111</sup> BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [921].

<sup>112</sup> BAG 26.09.2002, 2 AZR 424/01, AP Nr 37 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung, B. I. 1. b. bb.

<sup>113</sup> BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83].

<sup>114</sup> Ständige Rechtsprechung: BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83]; BAG 26.09.2002, 2 AZR 424/01, AP Nr 37 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung, B. I. 1. b. cc.

### 2.1.3.2 Sachverhaltsaufklärung

Neben der Anhörungspflicht hat der Arbeitgeber auch den Sachverhalt aufzuklären<sup>115</sup>. Was im Einzelnen an Aufklärungsmaßnahmen dem Arbeitgeber zuzumuten ist, ist Einzelfallfrage und liegt grundsätzlich im Beurteilungsspielraum der Tatsachengerichte<sup>116</sup>. Zuzumuten ist dem Arbeitgeber die Befragung etwaiger Mitarbeiter oder Belastungszeugen, die im Umfeld der Straftat oder Pflichtverletzung Beobachtungen gemacht haben<sup>117</sup>. Eine Gegenüberstellung mit diesen Personen kann der Verdächtige allerdings nicht verlangen<sup>118</sup>, weil sich der Arbeitgeber damit dem möglichen Verdacht aussetzen könnte, unzulässigen Druck auf mögliche Zeugen auszuüben<sup>119</sup>.

### 2.1.4 Beweisverwertung

Problematisch ist die Frage, unter welchen Umständen der Arbeitgeber gewonnene Erkenntnisse verwerten darf. Dies ist vor allem in zweierlei Hinsicht relevant, nämlich erstens hinsichtlich etwaiger Grundrechtsverletzungen und zweitens hinsichtlich der Verletzung etwaiger kollektivrechtlicher Mitbestimmungsrechte. Zu denken sind hier an die gerade im Einzelhandel häufig vorkommenden Taschenkontrollen und die Videoüberwachung infolge unaufklärbarer Kassendifferenzen, wie jüngst im Fall des Lebensmitteldiscounter LIDL aufgedeckt<sup>120</sup>. Das BAG hat in den beiden Verfahren<sup>121</sup>, in denen diese Fragen zu entscheiden waren, die Verdachtskündigungen nicht an einem Beweisverwertungsverbot scheitern lassen.

#### 2.1.4.1 Grundrechtsverletzung

Zu Recht attestiert das BAG, dass das in Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht auch im Privatrecht und somit auch im Arbeitsverhältnis

---

<sup>115</sup> BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [676].

<sup>116</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 55.

<sup>117</sup> Anschaulich zum Umfang durchgeführter Befragungen: BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>118</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 55; BAG 26.02.1987, 2 AZR 170/86, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 31; BAG 18.09.1997, 2 AZR 36/97, NZA 1998, 95 [96].

<sup>119</sup> BAG 18.09.1997, 2 AZR 36/97, NZA 1998, 95 [96].

<sup>120</sup> Vgl Der LIDL-Skandal, Titelthema im Stern, 14/2008.

<sup>121</sup> BAG 12.08.1999, 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421ff; BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193ff.

zu beachten ist und den Arbeitnehmer vor lückenloser technischer Überwachung durch heimliche Videoaufzeichnungen schützt<sup>122</sup>. Allerdings wird das Persönlichkeitsrecht nicht schrankenlos gewährt, sondern kann – mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>123</sup> – durch Eingriffe aufgrund überwiegend schutzwürdiger Interessen gerechtfertigt sein, was in einer Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln ist. Die heimliche Überwachung des Arbeitnehmers<sup>124</sup> war im konkreten Fall zulässig, weil der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung bestand und weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts erfolglos ausgeschöpft waren<sup>125</sup>. Ob diese Rechtsprechung zur Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen nach dem Inkrafttreten von § 6b BDSG<sup>126</sup> aufrechterhalten werden kann, ließ der entscheidende 2. Senat des BAG offen. In der Literatur wird eine solche Videoüberwachung jedoch auch nach dem Inkrafttreten des § 6b BDSG dann für zulässig erachtet, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und andere Mittel nicht in Betracht kommen<sup>127</sup>.

ME muss aber unter der Voraussetzung, dass kein milderes Mittel zur Sachverhaltsaufklärung in Betracht kommt, die Überwachung auf den konkreten Ort beschränkt bleiben, an dem die vermutete Rechtsgutverletzung vollendbar ist, wie dies zB im Falle von Kassendifferenzen durch eine Videoüberwachung der Kasse denkbar wäre.

#### 2.1.4.2 Missachtung betrieblicher Mitbestimmungsrechte

Die Frage der Verwertbarkeit mitbestimmungswidrig erlangter Beweise war vom BAG in der eben dargestellten Entscheidung<sup>128</sup> zur Frage der Grundrechtsverletzung nicht zu vertiefen, weil durch eine Gesamtbetriebsvereinbarung das Mitbestimmungsrecht bereits

---

<sup>122</sup> BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193 [1194].

<sup>123</sup> BVerfG 09.10.2002, 1 BvR 1611/96 und 1 BvR 805/98, NJW 2002, 3619ff.

<sup>124</sup> Einer Kassiererin in einem öffentlich zugänglichen Getränkemarkt.

<sup>125</sup> BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193 [1195].

<sup>126</sup> § 6b BDSG ist am 19.05.2001 in Kraft getreten. Der zu entscheidende Sachverhalt stammte aus dem Jahr 2000.

<sup>127</sup> *Däubler*, Das neue Bundesdatenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht, NZA 2001, 874 [878]; *Maschmann*, Zuverlässigkeitstest durch Verführung illoyaler Mitarbeiter, NZA 2002, 13 [17]; *Bayreuther*, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, 1038 [1039]; *Wedde*, „Verdachtskündigung – Videoüberwachung – Beweisverwertung – Mitbestimmung“, ArbuR 2005, 457-459.

<sup>128</sup> BAG 12.08.1999, 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421 ff.

ausgeübt war. In der Entscheidung vom 27.03.2003<sup>129</sup> war hingegen die Frage der Verwertbarkeit von Daten infolge einer mitbestimmungswidrig installierten Videokamera zu beantworten. Das BAG hält zu Recht die Installation von Videokameras<sup>130</sup> wie Taschenkontrolle<sup>131</sup> für mitbestimmungspflichtige Tatbestände. Ersterer ergibt sich aus § 87 Abs 1 Nr 1 BetrVG; letzterer aus § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG. Zu welchen Sanktionen allerdings die Verletzung dieser Mitbestimmungsrechte führt, hängt von der Ausgestaltung und dem Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts ab, was durch Auslegung zu ermitteln ist<sup>132</sup>. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichtes hat sich deutlich dazu bekannt, dass die Verletzung von Mitbestimmungsrechten im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften führt, die den Arbeitnehmer belasten<sup>133</sup>. Diese Unwirksamkeit ist Sanktion dafür, dass der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzt hat<sup>134</sup>. Derjenige, der sich betriebsverfassungswidrig verhält, soll sich dem Arbeitnehmer gegenüber nicht auf diese Verletzung berufen können<sup>135</sup>.

Diesen Entscheidungen des Großen Senats folgt der 2. Senat<sup>136</sup> mE nicht konsequent. Da dem Gesetz keine Rechtsfolge in Fällen mitbestimmungswidrig erlangter Beweise zu entnehmen ist, müsse – so der 2. Senat<sup>137</sup>, und zustimmend *Wedde*<sup>138</sup> – auf den Schutzzweck des § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG abgestellt werden, der eine Verwertung dann zulasse, wenn die Beweisverwertung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist und der Betriebsrat der Kündigung in Kenntnis der heimlich hergestellten Videoaufzeichnung zugestimmt hat. ME muss aufgrund der drittschützenden Funktion der Mitbestimmungsrechte verhindern werden, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch eigene arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Die Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung betrifft das Mitbestimmungsrecht aus § 102

---

<sup>129</sup> BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193.

<sup>130</sup> BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193 [1196].

<sup>131</sup> BAG 12.08.1999, 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421 [425].

<sup>132</sup> BAG 13.04.1999, 7 AZR 651/93, NZA 1994, 1099 [1100].

<sup>133</sup> BAG 16.09.1986, GS 1/82, NZA 1987, 168 [176].

<sup>134</sup> BAG 03.12.1991, GS 2/90, NZA 1992, 749 [759].

<sup>135</sup> BAG 20.08.1991, 1 AZR 326/90, NZA 1992, 225 [226].

<sup>136</sup> BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193 [1196].

<sup>137</sup> BAG 27.03.2003, 2 AZR 51/02, NZA 2003, 1193 [1196].

<sup>138</sup> *Wedde*, „Verdachtskündigung – Videoüberwachung – Beweisverwertung – Mitbestimmung“ in: *ArbuR* 2005, 457 [459].

Abs 1 BetrVG. In dieser Zustimmung kann mE keine zustimmende Ausübung des Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG gesehen werden, denn dies würde voraussetzen, dass das verletzte Mitbestimmungsrecht durch die Ausübung eines anderen Mitbestimmungsrechtes heilbar wäre. Heilung des verletzten Mitbestimmungsrechtes durch Zustimmung zur Kündigung würde aber zwingend voraussetzen, dass der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG im Einzelfall kennt. Dies wird aber nicht verlangt, denn der Arbeitgeber ist auch dann gehindert, einen mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eigenmächtig zu regeln, wenn der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht nicht kennt. Das Aufhängen von Kameras setzt vielmehr voraus, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat genau hierüber informiert und dessen Zustimmung hierzu konkret einholt, also einen Konsens anstrebt<sup>139</sup> und die fehlende Zustimmung nicht versteckt in der Beachtung eines anderen Mitbestimmungsrechtes heilen kann.

## 2.2 Interessenabwägung

Liegt im Ergebnis ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vor, so kann eine hierauf gestützte außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nur dann wirksam beenden, wenn bei der umfassenden Interessenabwägung das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt<sup>140</sup>. Dies gilt auch für die Verdachtskündigung<sup>141</sup>. Der Vertrauensverlust, der durch den Verdacht entstanden ist, muss es dem Arbeitgeber unzumutbar machen, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist<sup>142</sup> fortzusetzen<sup>143</sup>. Dies ist beim dringenden Verdacht eines Eigentums- oder Vermögensdelikts zum Nachteil des Arbeitgebers zu bejahen<sup>144</sup>. Auf den Wert der entwendeten Sache kommt es hierbei nicht an<sup>145</sup>, denn auch bei einem Diebstahl von geringwertigen Sachen liegt eine Störung im Vertrauensbereich vor<sup>146</sup>. Auch die

---

<sup>139</sup> Vgl *Wildschütz* in *Dörner/Luczak/Wildschütz*, Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht<sup>6</sup> (2007) I Rn 1287.

<sup>140</sup> BAG 16.12.2004, 2 ABR 7/04, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 25; BAG 27.04.2006, 2 AZR 415/05, NZA 2006, 1033 [1034].

<sup>141</sup> Vgl BAG 03.07.2003, 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 [309].

<sup>142</sup> Zur ordentlichen Kündigung als milderer Mittel vgl unten 2.5 [24].

<sup>143</sup> St Rspr seit BAG 23.02.1961, 2 AZR 187/59, [www.juris.de](http://www.juris.de), 1. Leitsatz.

<sup>144</sup> BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1058].

<sup>145</sup> Grundlegend hierzu die Bienenstichentscheidung: BAG 17.05.1984, 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91 1. Leitsatz.

<sup>146</sup> An der Rechtsprechung festhaltend: BAG 13.12.1984, 2 AZR 454/83, NZA 1985, 288 [288]; BAG

Gefahr, dass der Arbeitnehmer bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist weitere Pflichtverletzungen begehen könnte, kann in einem derartigen Fall die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses begründen<sup>147</sup>.

Die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände lassen sich nicht abschließend für alle Fälle festlegen<sup>148</sup>. Zunächst kommt der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreiem Bestand ein besonderes Gewicht zu<sup>149</sup>. Ferner können das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, das Maß der dem Arbeitgeber entstandenen Schädigung und auch die Frage in Betracht gezogen werden, ob dem Verhalten des Arbeitnehmers eine besondere Verwerflichkeit innewohnt<sup>150</sup>. Zwar ist ein Verschulden des Gekündigten nicht erforderlich aber das Vorliegen eines solchen ist ein wichtiges Bewertungskriterium<sup>151</sup>. Auch Unterhaltspflichten und der Familienstand können – je nach Lage des Falles – an Bedeutung gewinnen. Sie sind jedenfalls nicht von vornherein von der Berücksichtigung ausgeschlossen, auch wenn sie im Einzelfall in den Hintergrund treten und im Extremfall sogar völlig vernachlässigt werden können<sup>152</sup>. Der grundsätzliche Vorrang der Änderungskündigung gegenüber der Beendigungskündigung ist bei der Interessenabwägung jedoch nicht zu berücksichtigen, denn dieser Vorrang gilt (bislang) nur bei der ordentlichen Kündigung<sup>153</sup>.

Im Ergebnis ist die Interessenabwägung, *Preis*<sup>154</sup> folgend, in all ihren Punkten vor allem an der Frage der ordentlichen Kündigung als milderer Mittel zu orientieren, weil die übrigen Abwägungsfragen, wie beispielsweise die Frage der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz zur sozialen Rechtfertigung im Rahmen der Interessenabwägung der ordentlichen Kündigung gehören. Allerdings erscheint mE das Argument, der beanstandungsfreien Dauer des Arbeitsverhältnisses besonderes Gewicht beizumessen, nicht sachgerecht. Da das Argument der Berücksichtigung der Wohlverhaltensphase auch

---

11.12.2003, 2 AZR 36/03, NZA 2004, 486 [487].

<sup>147</sup> BAG 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 [840].

<sup>148</sup> BAG 27.04.2006, 2 AZR 415/05, NZA 2006, 1033 [1034].

<sup>149</sup> BAG 13.12.1984, 2 AZR 454/83, NZA 1985, 288 [288].

<sup>150</sup> BAG 27.04.2006, 2 AZR 415/05, NZA 2006, 1033 [1034].

<sup>151</sup> So auch: *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 615.

<sup>152</sup> BAG 16.12.2004, 2 ABR 7/04, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 28.

<sup>153</sup> BAG 21.09.2006, 2 AZR 607/05, NZA 2007, 431 [433].

<sup>154</sup> *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 613.

in Österreich teilweise vertreten wird, erscheint es sinnvoll, die eigene Rechtsmeinung hierzu im Rechtsvergleich darzustellen.

### 2.3 Erfordernis der Abmahnung

Zur Frage, ob bei der Verdachtskündigung eine Abmahnung erforderlich ist, hat sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwischenzeitlich geändert. Es galt zunächst, dass eine Abmahnung bei einer Pflichtverletzung im Vertrauensbereich grundsätzlich entbehrlich ist, weil die Abmahnung nur dann erforderlich ist, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten war nicht vertragswidrig oder wird vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen<sup>155</sup>. Diese Rechtsprechung wurde aber Mitte der 90er Jahre aufgegeben und der Maßstab gebildet, dass nunmehr bei jeder Kündigung das Abmahnungserfordernis zu prüfen ist<sup>156</sup>, wenn die Kündigung wegen eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde, dass er durch sein steuerbares Verhalten beseitigen und somit eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann. Nach dieser Änderung der Rechtsprechung war es – so das BAG – nicht mehr gerechtfertigt, die Verdachtskündigung grundsätzlich aus dem Abmahnungserfordernis auszunehmen<sup>157</sup>. Entscheidend für das Abmahnungserfordernis ist daher, dass das vertragswidrige Fehlverhalten noch keine klare Negativprognose zulässt und deswegen von der Möglichkeit zukünftigen vertragsgerechten Verhaltens ausgegangen werden kann<sup>158</sup>. Dies wird mE bei dem Verdacht eines gravierenden Pflichtverstoßes, wie dem Verdacht des Diebstahls, der Unterschlagung, der Annahme von Schmiergeldern eher selten der Fall sein. In derart gravierenden Fällen wird mE eine Abmahnung nicht geeignet sein, die Störung des Vertrauensverhältnisses zu beseitigen.

### 2.4 Ausschlussfrist

Die eingangs angesprochene zweiwöchige Verwirkungsfrist, innerhalb derer die außerordentliche Kündigung nicht nur ausgesprochen sondern auch zugegangen sein muss,

---

<sup>155</sup> BAG 13.12.1984, 2 AZR 454/83, NZA 1985, 288 [288].

<sup>156</sup> Vgl BAG 04.06.1997, 2 AZR 526/96, DB 1997, 2386 [2387].

<sup>157</sup> BAG 21.02.2002, 2 AZR 909/01, NZA 2002, 758 [758].

<sup>158</sup> BAG 12.01.2006, 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980 [984].

ist vor allem bei der Verdachtskündigung<sup>159</sup> von großer Bedeutung. Diese Frist beginnt ab dem Zeitpunkt, ab dem der Kündigungsberechtigte zuverlässige Kenntnis von dem Sachverhalt hat, die ihm eine Entscheidung ermöglicht, ob für ihn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht<sup>160</sup>. Auf die Verdachtskündigung bezogen bedeutet „zuverlässige Kenntnis des Sachverhaltes“ Kenntnis der Verdachtsmomente. Der Arbeitgeber ist aber nicht verpflichtet, eine Verdachtskündigung auszusprechen, sondern er kann auch grundsätzlich eigene Ermittlungen anstellen oder den Ausgang eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens oder des Strafverfahrens abwarten<sup>161</sup>. In den letzten beiden Fällen setzt dies aber voraus, dass der Arbeitgeber wirklich den Ausgang eines solchen Verfahrens abwartet und nicht spontan, ohne dass sich neue Tatsachen ergeben haben, zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt nun doch eigene Ermittlungen aufnimmt, um dann zwei Wochen nach Abschluss seiner Ermittlungen zu kündigen<sup>162</sup>. Hält der Arbeitgeber einen bestimmten Kenntnisstand für eine Verdachtskündigung für ausreichend, muss er sich entscheiden, ob er auf diesen seine Kündigung stützen möchte, oder sein Kündigungsrecht nicht ausübt<sup>163</sup>. Ist der Arbeitgeber hingegen der Auffassung, dass sein Anfangsverdacht weitere eigene Ermittlungen erfordert, kann er diese durchführen, muss dies jedoch in der gebotenen Eile tun, ohne dass die Ausschlussfrist zu laufen beginnt<sup>164</sup>. Für das Durchführen dieser Ermittlungen lässt sich keine Frist angeben<sup>165</sup>. Wie im Fall des Abwartens des Ausgangs eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens ist der Beginn der Ausschlussfrist bei der pflichtgemäßen zügigen Ermittlung des Sachverhaltes durch den Arbeitgeber gehemmt<sup>166</sup>. Die Ermittlungen des Arbeitgebers dürfen aber den Ausspruch der Kündigung nicht unnötig hinauszögern<sup>167</sup>. Die Hemmung der Ausschlussfrist tritt daher nur ein, wenn die weiteren Ermittlungen aus verständigen Gründen veranlasst worden sind<sup>168</sup>. Die Anhörungspflicht führt dazu, dass die Ausschlussfrist erst nach der Anhörung des Arbeitnehmers beginnt, sofern diese in der

---

<sup>159</sup> BAG 29.07.1993, 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 [173].

<sup>160</sup> BAG 28.10.1971, 2 AZR 32/71, NJW 1972, 463 2. Leitsatz; BAG 17.03.2005, 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101 [103]; BAG 02.03.2006, 2 AZR 46/05, NZA 2006, 1211 [1214].

<sup>161</sup> BAG 11.03.1976, 2 AZR 29/75, DB 1976, 1338 1. Leitsatz.

<sup>162</sup> BAG 29.07.1993, 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 [174].

<sup>163</sup> BAG 29.07.1993, 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 [174].

<sup>164</sup> BAG 01.02.2007, 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 [746].

<sup>165</sup> BAG 10.06.1988, 2 AZR 25/88, NZA 1989, 105 1. Leitsatz.

<sup>166</sup> BAG 17.03.2005, 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101 [103].

<sup>167</sup> BAG 05.12.2002, 2 AZR 478/01, DB 2003, 1685 [1686].

<sup>168</sup> BAG 06.07.1972, 2 AZR 386/71, DB 1972, 2119 2. Leitsatz.

gebotenen Eile durchgeführt wurde<sup>169</sup>. Gebotene Eile ist in diesem Zusammenhang ein Zeitraum, der in der Regel eine Woche nicht überschreiten darf<sup>170</sup>. Ist der Arbeitnehmer hingegen bei Bekanntwerden der Verdachtsmomente dienstabwesend, etwa arbeitsunfähig krank, kommt es darauf an, ob nicht eine schriftliche Stellungnahme des Verdächtigten ausreicht<sup>171</sup>. Hat der Arbeitgeber einen im Betrieb bestehenden Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG anzuhören, verlängert diese Anhörungszeit nicht die Ausschlussfrist des § 626 Abs 2 BGB<sup>172</sup>. Ist der Verdächtige schwerbehindert, so dass vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 85 SGB IX erforderlich wäre, so wirkt sich die Anhörung des Integrationsamtes gleichfalls nicht auf die Ausschlussfrist aus<sup>173</sup>.

## 2.5 Ordentliche Verdachtskündigung

Obwohl die Verdachtskündigung regelmäßig als außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird, bejaht das BAG<sup>174</sup> auch die Zulässigkeit einer ordentlichen Verdachtskündigung. Dies wird mit dem Grundsatz *a maiore ad minus* begründet, denn der Arbeitgeber, der eine ordentliche Kündigung ausspricht, darf für sein „Entgegenkommen“ nicht benachteiligt werden. Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Der für eine Verdachtskündigung erforderliche wichtige Grund, der eine Fortsetzung der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar machen soll, fehlt bei der ordentlichen Kündigung. Die ordentliche Kündigung macht gerade deutlich, dass eine Weiterbeschäftigung trotz Vertrauensverlustes sehr wohl möglich ist. Da die Kündigungsgründe objektiv zu beurteilen sind, spielt die subjektive und großmütige Sicht eines Arbeitgebers keine Rolle. *Schlegeit*<sup>175</sup> erwägt in diesen Fällen eine Umdeutung der ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist. Eine derartige Umdeutung ist mE abzulehnen, denn der ordentlichen Kündigung wohnt nicht die außerordentliche inne. Der Arbeitgeber, der sich für die

---

<sup>169</sup> BAG 26.09.2002, 2 AZR 424/01, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 33-34.

<sup>170</sup> BAG 02.03.2006 2 AZR 46/05, NZA 2006, 1211 [1214].

<sup>171</sup> BAG 12.02.1973, 2 AZR 116/72, DB 1973, 1258 1. Leitsatz.

<sup>172</sup> BAG 18.08.1977, 2 ABR 19/77, NJW 1978, 661 3. Leitsatz.

<sup>173</sup> BAG 15.11.2001, 2 AZR 380/00, NZA 2002, 970 [972].

<sup>174</sup> BAG 04.11.1957, 2 AZR, AP Nr 39 zu § 1 KSchG; BAG 09.08.1990, 2 AZR 127/90, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 26; BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1058].

<sup>175</sup> *Schlegeit*, Das BAG und die Verdachtskündigung (2008) 147.

ordentliche Verdachtskündigung entschieden hat, macht gerade deutlich, dass er das „scharfe Schwert“ der außerordentlichen Kündigung nicht wählen wollte.

Die Frage, ob die ordentliche Kündigung als milderes Mittel zur Verdachtskündigung in Betracht kommt, ist mE ebenfalls zu verneinen. *Ebeling*<sup>176</sup> hält die ordentliche Kündigung als milderes Mittel grundsätzlich für möglich, da es auch eine Störung des Vertrauens geben könne, die zwar eine Lösung des Vertrages erfordere, dies aber nicht sofort geschehen müsse. ME genügt eine solche Störung nicht den an eine Verdachtskündigung zu stellenden Anforderungen, denn die Verdachtskündigung erfordert als wichtigen Grund gerade den Wegfall des Vertrauens, der dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar machen muss. Würde man hier die ordentliche Kündigung als milderes Mittel zulassen, würde dies nicht nur zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung sondern auch der ordentlichen Kündigung führen, weil der Kündigungsgrund insgesamt entfallen würde. Die Ablehnung einer ordentlichen Verdachtskündigung als milderes Mittel wird auch dem Grundgedanken des deutschen Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht gerecht, wenn der Arbeitgeber den Vertrauensverlust infolge eines Verdachts ausschließlich an den Voraussetzungen des § 626 Abs 1 BGB zu messen hat.

## 2.6 Wiedereinstellungsanspruch

Im Bewusstsein der Folgen einer Verdachtskündigung hat das BAG bereits in den Anfängen seiner Rechtsprechung zur Verdachtskündigung entschieden, dass dem Arbeitnehmer dann, wenn seine Unschuld erst nach Abschluss des zu seinen Ungunsten ausgegangenen Kündigungsschutzprozesses festgestellt wird, ein Wiedereinstellungsanspruch<sup>177</sup> zustehen kann<sup>178</sup>. Dogmatisch hergeleitet wird dieser Anspruch aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers<sup>179</sup>. Voraussetzung ist, dass der Verdacht nachträglich entfällt, also zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass der aufgrund des

---

<sup>176</sup> *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2005) 177.

<sup>177</sup> Vertiefend: *Bülow*, Funktion des Wiedereinstellungsanspruchs im Kündigungsschutzrecht (2004) 47; *Nicolai/Noack*, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, *ZfA* 2000, 87 [101]; *Pflüger*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers im kündigungrechtlichen Bestandsschutz (2004) 49.

<sup>178</sup> BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, [www.juris.de](http://www.juris.de), 4. Leitsatz.

<sup>179</sup> BAG 24.09.1981, 2 AZR 422/79, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 48.

Verdachts Gekündigte, unschuldig ist<sup>180</sup>. Auch wenn ein Wiedereinstellungsanspruch mE für die Rechtslage in Deutschland folgerichtig ist, stellt sich die Frage, ob dieser Anspruch dem zu Unrecht Gekündigten tatsächlich weiterhilft, oder ob hier ein Abfindungsanspruch nicht sinnvoller wäre. Diese Überlegung wird im Rechtsvergleich vertieft.

#### IV. Der Meinungsstand im Schrifttum

Die Zulässigkeit des vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Rechtsinstituts der Verdachtskündigung wird lediglich von einer deutlichen Minderheit<sup>181</sup> in der Literatur abgelehnt. Der weit überwiegende Teil<sup>182</sup> der Literaturmeinungen<sup>183</sup> bejaht indes die

---

<sup>180</sup> Ausführlich: *Pflüger*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers im kündigungsrechtlichen Bestandsschutz (2004) 172.

<sup>181</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [873]; *Dörner*, Abschied von der Verdachtskündigung, NZA 1993, 873 [877]; *Dörner*, Die Verdachtskündigung, AR-Blatte<sup>111</sup> (2003) 1010.9.1 Rn 69; *Deinert*, Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema, AuR 2005, 285 [295]; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>182</sup> *Appel/Gerken*, Pro und Contra Verdachtskündigung, ArbuR 1995, 201 [205]; *Belling*, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223 [238]; *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung (1986) Rn 405; *Berkowsky* in MünchArbR Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn 3; *Berkowsky*, Die personenbedingte Kündigung – Teil 2, NZA-RR 2001, 449 [453]; *Bröhl* in *Hümmerich/Boecken/Düwell*, Anwaltskommentar Arbeitsrecht Band 1 (2008) BGB § 626 Rn 58; *Busch*, Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht, MDR 1995, 217 [223]; *Enderlein*, Das erschütterte Arbeitgebervertrauen im Recht der verhaltensbedingten Tat- und Verdachtskündigung, RdA 2000, 325 [330]; *Fischer*, Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung, BB 2003, 522 [525]; *Fischermeier* in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 Rn 211; *Fischermeier* in *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch*, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht (2008) BGB § 626 Rn 139; *Gallner* in HaKo Kündigungsschutzgesetz<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 596; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band I<sup>3</sup> (2005) § 10 Rn 120; *Henssler* in MüKo, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 240; *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 437; *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2007) § 127 Rn 136; *Lücke*, Unter Verdacht – Verdachtskündigung, BB 1997, 1843 [1847]; *Oppermann* in *Thüsing/Laux/Lembke*, Kündigungsschutzgesetz (2007) § 1 Rn 608; *Müller-Glöße* in Erfurter Kommentar<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 173; *Preis* in *Stahlhacker/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 755; *Sandmann* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar<sup>2</sup> (2006) BGB § 626 Rn. 324; *Tschöpe*, Verhaltensbedingte Kündigung – Eine systematische Darstellung im Lichte der BAG-Rechtsprechung, BB 2002 778 [784]; zurückhaltender: *Grunsky*, Die Verdachtskündigung, ZfA 1977, 167 [186].

<sup>183</sup> Einer der Ersten: *Oppermann* in Anmerkung zu RG 20.11.1936, II 110/36, JW 1937, 1146 [1148].

Zulässigkeit der Verdachtskündigung. Die Vertreter der ablehnenden Mindermeinung im Schrifttum lehnen die Verdachtskündigung zum Teil mit dem Argument des Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung ab<sup>184</sup>. Als weitere Argumente werden dogmatische Gründe<sup>185</sup>, der Verstoß gegen Grundrechte des Arbeitnehmers aus Art 12 Abs 1 GG und der Verstoß gegen das Sozial- und Rechtsstaatsprinzip angeführt<sup>186</sup>. Diese Kritik wurde vor allem<sup>187</sup> Anfang der neunziger Jahre laut<sup>188</sup>, was nach der Auffassung von *Belling*<sup>189</sup> auch auf die damalige aktuelle politische Lage in Deutschland im Zuge der Wiedervereinigung und den sich teilweise häufenden Fällen zurückzuführen war, in denen Mitarbeiter einer früheren Aktivität für das Ministerium für Staatssicherheit im SED-Regime der DDR verdächtigt wurden.

Abgesehen vom Argument des Verstoßes gegen die Unschuldvermutung, mit dem sich diese Arbeit gesamtheitlich für alle hier verglichenen Länder in Kapitel G auseinandersetzen wird, sollen die kritischen Bedenken gegen die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich dogmatischen und verfassungsrechtlich analysiert und bewertet werden, weil die Kritik teilweise länderübergreifend identisch ist, wie beispielsweise bei der Frage der Suspendierung als milderer Mittel zur Kündigung. Eine solche verfassungsrechtliche Analyse ist insoweit von wissenschaftlicher Relevanz, als gerade in Deutschland, das die Verdachtskündigung höchststrichterlich anerkennt, die Frage der Vereinbarkeit der Verdachtskündigung mit dem Grundgesetz – trotz der Vielzahl an Revisionsverfahren vor dem BAG zur Verdachtskündigung – bislang noch nie Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde und somit verfassungsgerichtlich noch nicht zu beantworten war.

---

<sup>184</sup> *Däubler*, Das soziale Ideal des BAG<sup>2</sup> (1975) 103; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22].

<sup>185</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [873].

<sup>186</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22]; *Dörner*, Abschied von der Verdachtskündigung, NZA 1993, 873 [877].

<sup>187</sup> Jüngst: *Deinert*, Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema, AuR 2005, 285 [296].

<sup>188</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [873]; *Dörner*, Abschied von der Verdachtskündigung, NZA 1993, 873 [877]; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22].

<sup>189</sup> *Belling* in *Heinze/Söllner*, Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel (1994) 11.

## D. Die Verdachtskündigung im schweizerischen Recht

### I. Allgemeines

Das schweizerische Arbeitsrecht – normiert, im so genannten „Bundesrecht über das Obligationenrecht“, abgekürzt OR – enthält keine spezielle Regelung zur Kündigung aufgrund des Verdachtes. Auch lässt sich ihm – umgekehrt gefragt – keine Norm entnehmen, die das Kündigungsrecht des Arbeitgebers auf Fälle erwiesener Pflichtverletzung des Arbeitnehmers oder gar rechtskräftig festgestellter strafbarer Handlungen begrenzt. Damit lässt sich feststellen, dass die Verdachtskündigung in der Schweiz spezialgesetzlich nicht geregelt ist.

Die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung beurteilt sich dogmatisch daher auf der gesetzlichen Grundlage des Art 337 Abs 1 OR, nach der sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund jederzeit außerordentlich auflösen können, wenn ein wichtiger Grund besteht.

#### 1. Der wichtige Grund

Als wichtiger Grund gilt gemäß Art 337 Abs 2 OR jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Dies ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt<sup>190</sup>. Als außerordentliche Maßnahme war die fristlose Kündigung zunächst nur mit „Zurückhaltung“ zuzulassen<sup>191</sup>, später nur noch mit „großer Zurückhaltung“<sup>192</sup>. Der Umstand, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unmöglich macht, muss objektiv geeignet sein, die für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder tief greifend zu erschüttern<sup>193</sup>. Das subjektive Empfinden des Kündigenden ist nicht entscheidend<sup>194</sup>. Die Beweislast trägt der Kündigende<sup>195</sup>, wobei der Beweis der Unkenntnis

---

<sup>190</sup> Bundesgericht 05.05.2003, 4C.67/2003, BGE 129 III 380[382].

<sup>191</sup> Bundesgericht 23.12.1998, JAR 1999, 271 [272].

<sup>192</sup> Bundesgericht 05.05.2003, 4C.67/2003, BGE 129 III 380 [382].

<sup>193</sup> Bundesgericht 30.11.2000, 4C.244/2000, E. 2.a.bb.

<sup>194</sup> Obergericht Basel-Land 10.02.1987, JAR 1989, 218 [218].

<sup>195</sup> Pretore della giurisdizione di Locarno-Campagna 18.09.2000, JAR 2001 320 [320].

gewisser Tatsachen im Einzelfalle nicht verlangt wird<sup>196</sup>. Auch ist ein Verschulden des Arbeitnehmers nicht erforderlich<sup>197</sup>. Als ultima ratio ist die fristlose Kündigung nur dann zulässig, wenn dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen<sup>198</sup>, sondern nur die sofortige Auflösung als einziger Ausweg erscheint<sup>199</sup>. Ob dies im jeweils zu entscheidenden Sachverhalt der Fall ist, entscheidet das Gericht gemäß Art 337 Abs 3 OR nach freiem Ermessen. Hierbei hat der Richter die Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses sowie die Art und Schwere der Vorwürfe in Betracht zu ziehen<sup>200</sup>. Bei einer besonderen Vertrauensstellung – wie der eines Kassierers – genügt schon die Veruntreuung eines geringfügigen Geldbetrages als wichtiger Grund<sup>201</sup>. Weil diese gesetzlich vorgeschriebene Ermessensentscheidung des Richters nicht umgangen werden darf, ist es nicht möglich, bereits im Arbeitsvertrag verbindliche Gründe festzulegen, die zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würden<sup>202</sup>.

## 2. Anhörungspflicht vor Kündigungsausspruch

Grundsätzlich besteht Einigkeit, dass die fristlose (Tat-) Kündigung – zu ihrer Wirksamkeit – keiner vorherigen Anhörung des zu Kündigenden bedarf<sup>203</sup>. Anders soll dies jedoch bei der Verdachtskündigung gelten, weil die Anhörung „zumutbare Abklärung“ des Arbeitgebers ist<sup>204</sup>.

*Rehbinder*<sup>205</sup> hingegen lehnt eine Anhörungspflicht bei der Verdachtskündigung mit dem Hinweis auf die fehlende gesetzliche Normierung ab, denn der Arbeitgeber kündige bei der

---

<sup>196</sup> Bezirksgericht Appenzell 11.06.1986, JAR 1988, 284 [288].

<sup>197</sup> Bundesgericht 05.05.2003, 4C.67/2003, BGE 129 III 380 [383].

<sup>198</sup> Bundesgericht 23.12.1998, JAR 1999, 271 [272].

<sup>199</sup> Bundesgericht 30.11.2000, 4C.244/2000, E. 2.a.bb.

<sup>200</sup> Bundesgericht 18.06.1985, BGE 111 II 245 [250].

<sup>201</sup> Kantonsgericht Wallis 30.02.1980, JAR 1984 193 [193].

<sup>202</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt 26.10.1978, JAR 1980, 293 [293].

<sup>203</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 15; *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10; Bundesgericht 05.08.2004, 4C.174/2004, JAR 2005, 247 [251].

<sup>204</sup> *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10.

<sup>205</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 15.

Verdachtskündigung auf eigenes Risiko<sup>206</sup>. Dieses Risiko erhöhe der Arbeitgeber durch ein Unterlassen einer vorherigen Anhörung deutlich, was aber in seiner Sphäre läge<sup>207</sup>. Das Bundesgericht<sup>208</sup> hat sich zur Frage der Anhörungspflicht bei fristloser Kündigung verneinend geäußert, weil es für eine derartige Pflicht an der gesetzlichen Regelung fehle. Überträgt man diese Rechtsprechung auf die Verdachtskündigung, kommt man mangels einer gesetzlichen Regelung zum selben Ergebnis, dass auch dort keine vorherige Anhörungspflicht besteht.

### 3. Form und Inhalt

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bedarf grundsätzlich keiner Form<sup>209</sup>. Eine Begründung ist nur dann erforderlich, wenn der Gekündigte eine solche verlangt<sup>210</sup>. Begründet der Arbeitgeber die Kündigung jedoch, gibt Art 2 Abs 2 ZGB dem Richter nicht die Befugnis, die Entscheidung oder Begründung des Arbeitgebers durch eine eigene Interessenabwägung zu ersetzen<sup>211</sup>.

### 4. Verwirkung des Kündigungsrechts

Die Kündigungserklärung sollte nach der anfänglichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes nur dann wirksam sein, wenn sie ohne Verzug, das heißt innerhalb von zwei bis drei Tagen nach dem Bekanntwerden des kündigungsrelevanten Verhaltens abgegeben wird<sup>212</sup>. Dieses Intervall hat das Bundesgericht<sup>213</sup> 1997 konkretisiert, womit nunmehr nach Ablauf von drei Tagen das Recht zur Kündigung verwirkt ist, wobei mit Tagen nur die Werktage gemeint sind und die Frist auch dann gilt, wenn es sich bei der fristlosen Kündigung um eine Verdachtskündigung handelt<sup>214</sup>. Eine Ausnahme hinsichtlich

---

<sup>206</sup> So auch: *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag<sup>2</sup> (1996) Art 337 [370]; *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10.

<sup>207</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 15.

<sup>208</sup> Bundesgericht 05.08.2004, 4C.174/2004, JAR 2005, 247 [251].

<sup>209</sup> Ausführlich: *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 335 Rn 5.

<sup>210</sup> *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht<sup>3</sup> (2005) Art 337 6 [259].

<sup>211</sup> Bundesgericht 22.10.1985, BGE 111 II 242 [244].

<sup>212</sup> Bundesgericht 18.12.1992, JAR 1994, 223 [223].

<sup>213</sup> Bundesgericht 13.01.1997, JAR 1998, 234 [234].

<sup>214</sup> Obergericht des Kantons Luzern 23.11.1998, JAR 1999, 304 [304].

dieser kurzen Frist besteht nur dann<sup>215</sup>, wenn die Arbeitgeberin eine juristische Person ist, und deren Organe über die Entscheidung, ob das Kündigungsrecht ausgeübt werden soll, noch entscheiden oder gar Rechtsrat einholen müssen, es sei denn, die juristische Person ist „so klein konzipiert, dass die geschäftlichen Abläufe rasch erfolgen können“<sup>216</sup>. Nach Ablauf von 19 Tagen ist in diesen Fällen das Recht zur fristlosen Kündigung jedoch eindeutig auch dann verwirkt, wenn es sich um eine Verdachtskündigung handelt<sup>217</sup>.

## 5. Folgen der fristlosen Kündigung

Dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit folgend, beendet jede fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis der Vertragsparteien auch dann<sup>218</sup>, wenn die Kündigung nicht gerechtfertigt ist<sup>219</sup>. Das Fehlen eines wichtigen Grundes, das dazu führt, dass die Kündigung in diesem Falle nicht gerechtfertigt wäre, zieht lediglich Entschädigungspflichten<sup>220</sup> gemäß der Art 337c OR nach sich<sup>221</sup>. Diese Folge ist aber von Bedeutung, denn es ist den Arbeitsvertragsparteien ab jetzt nicht mehr möglich, nachträglich die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren, weil dies einen unzulässigen Verzicht des Arbeitnehmers auf Entgeltansprüche darstellen würde<sup>222</sup>. Diese Entschädigungspflicht des Arbeitgebers besteht in zweierlei Hinsicht:

### 5.1 Verdienstersatz

Zum einen hat der Arbeitgeber in diesen Fällen dem Arbeitnehmer gemäß Art 337c Abs 1 OR den Verdienst weiterzuzahlen, den dieser verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt worden wäre, wobei sich der Arbeitnehmer nach Art 337c Abs 2 OR die Vorteile anrechnen lassen muss, die er infolge der Kündigung erspart hat und durch

---

<sup>215</sup> So Obergericht des Kantons Luzern 23.11.1998, JAR 1999, 304 [304]; Appellationsgericht des Kantons Ticino 11.09.1998, JAR 1999, 304 [306].

<sup>216</sup> Obergericht des Kantons Luzern 23.11.1998, JAR 1999, 304 [304].

<sup>217</sup> Appellationsgericht des Kantons Ticino 11.09.1998, JAR 1999, 304 [307].

<sup>218</sup> Eine Ausnahme stellt lediglich die Rachekündigung im Sinne von Art 10 GIG dar, da diese das Arbeitsverhältnis nicht beenden kann, sondern dem Gekündigten einen Bestandsschutz gewährt.

<sup>219</sup> Bundesgericht 19.06.1991, BGE 117 II 270 [271].

<sup>220</sup> Hierzu: *Portmann*, Individualarbeitsrecht (2000) Rn 1150.

<sup>221</sup> Ausführlicher zu den Rechtfolgen im Folgenden.

<sup>222</sup> Appellationshof Bern 29.03.1989, ZAR 1990, 284 2. Leitsatz.

eine andere Beschäftigung tatsächlich verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat<sup>223</sup>. Das Mitverschulden des Arbeitnehmers an der fristlosen Entlassung kann jedoch zu einer Kürzung seines Lohnanspruchs führen<sup>224</sup>, wobei das Appellationsgericht Basel-Stadt<sup>225</sup> ein erhebliches Verschulden, das Appellationsgericht Genf<sup>226</sup>, bestätigt durch das Bundesgericht<sup>227</sup>, grobes Verschulden verlangt. Auf die Abgrenzungsschwierigkeiten und die Problematik, dass bei gleichem Verschuldensgrad die Partei schlechter zu stellen ist, die ein Interesse an der Vertragsauflösung hat oder in deren Person sich der wichtige Grund verwirklichte<sup>228</sup>, soll hier nicht näher eingegangen werden.

## 5.2 Entschädigungsanspruch

Zum anderen kann der Richter gemäß Art 337c Abs 3 OR den Arbeitgeber zu einer Entschädigungszahlung verpflichten, die er nach freiem Ermessen festlegt, jedoch den Lohn für sechs Monate nicht übersteigen darf. Diese Entschädigung hat sowohl Straf- als auch Genugtuungscharakter<sup>229</sup> und soll den Arbeitnehmer dafür entschädigen, dass er durch die fristlose Entlassung ohne wichtigen Grund in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt und sein Ruf beeinträchtigt wurde<sup>230</sup>. Allerdings ist auch bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung ein etwaiges Mitverschulden des Entlassenen zu berücksichtigen<sup>231</sup>. Ausschließlich dann, wenn dem Arbeitgeber trotz des Fehlens eines wichtigen Grundes nichts vorzuwerfen ist, kann ausnahmsweise die Festlegung einer Entschädigungszahlung entfallen<sup>232</sup>. Bei der Verdachtskündigung wiegt nach Auffassung des Appellationsgerichtshofes Bern<sup>233</sup> hingegen das Verschulden des Arbeitgebers wegen Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung derart schwer, dass die Entschädigungszahlung so hoch sein müsse, dass sie abschreckend wirke und der Arbeitgeber von leichtfertigen

---

<sup>223</sup> Vertiefend und anschaulich hierzu: Obergericht Luzern 24.03.1998, JAR 1999, 314 [315-316].

<sup>224</sup> Kantonsgericht Zug 02.05.1985, JAR 1986, 130 [130]; Tribunale Cantonale du Jura, cour civile, 10.06.1985, JAR 1986, 141 1. Leitsatz.

<sup>225</sup> Appellationsgericht Basel-Stadt 06.11.1987, JAR 1989, 236 [238].

<sup>226</sup> Appellationsgericht Genf 08.09.1987, JAR 1989, 290 [296].

<sup>227</sup> Bundesgericht 15.04.1988, JAR 1989, 296 [300].

<sup>228</sup> Kantonsgericht St. Gallen 04.12.1987, JAR 1990, 261 2. Leitsatz.

<sup>229</sup> Kantonsgericht St. Gallen 23.03.1990, JAR 1992, 275 [276].

<sup>230</sup> Bundesgericht 06.09.1990, BGE 116 II 300 [301].

<sup>231</sup> Ausführlich hierzu: Kantonsgericht St. Gallen 27.09.2004, BZ.2004.23, E IV. 2.a.

<sup>232</sup> Appellationsgericht des Kantons Ticino 15.12.1997, JAR 1998, 237 1. Leitsatz.

<sup>233</sup> Appellationsgerichtshof des Kantons Bern 27.08.1993, JAR 1994, 238 [239].

fristlosen Entlassungen abgehalten werden soll. Die Maximalhöhe von sechs Monatsgehältern bildet jedoch die Obergrenze.

### 5.3 Wiedereinstellungsanspruch

Ein Wiedereinstellungsanspruch wird sowohl von der Rechtsprechung<sup>234</sup> als auch der Literatur<sup>235</sup> einhellig abgelehnt. Begründet wird dies damit, dass die gesetzliche Regelung des Art 337c OR eine abschließende Regelung sei, die einen Wiedereinstellungsanspruch nicht vorsehe. Auch die ungerechtfertigte Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis und führt nur zu einem Entschädigungsanspruch nach Art 337c OR<sup>236</sup>.

## II. Meinungsstand in der Literatur

Die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung ist in der schweizerischen Literatur umstritten. Lange Jahre überwog die Auffassung derer, die den bloßen Verdacht einer Straftat, mit teilweise deckungsgleicher Argumentation, nicht genügen ließen – also die Verdachtskündigung ablehnen<sup>237</sup>. Unter den neueren Veröffentlichungen finden sich allerdings zunehmend mehr Befürworter der Verdachtskündigung<sup>238</sup>. Insoweit bestehen mE Zweifel, ob die Zahl der ablehnenden Meinungen noch immer mehrheitlich vertreten ist, wie *Humbert/Volken*<sup>239</sup> dies noch 2004 angenommen haben. Die Frage nach Mehr-

---

<sup>234</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt 28.04.1978, JAR 1980, 288 [288]; Bundesgericht 15.03.1988, JAR 1989, 198 [198].

<sup>235</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337c Rn 13; *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag<sup>2</sup> (1996) Art 337c Rn 1; *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>2</sup> (1994) 183.

<sup>236</sup> *Portmann*, Individualarbeitsrecht (2000) Rn 1150.

<sup>237</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12; *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>15</sup> (2002) Rn 357; *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag<sup>2</sup> (1996) Art 337 [370]; *Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm*, Arbeitsrecht (2006) Art 337 1.24; *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10; *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 16 ff; *Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez*, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht<sup>3</sup> (2005) Art 337 9 [261].

<sup>238</sup> *Portmann* in *Honsell/Vogt/Wiegand*, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I<sup>4</sup> (2007) Art 337 Rn 23; *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 257; *Vitali*, Die Verdachtskündigung im System von Art 337 ff OR, ArbR 2000, 97 [121]; *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [570].

<sup>239</sup> So noch nach der Ansicht von *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [566]; Kantonsgericht St. Gallen 28.02.2005, BZ.2004.61, E II b. aa., [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch).

oder Minderheit soll für diese Arbeit aber ohne Bedeutung bleiben – hat doch das juristisch überzeugendere Argument mehr Bedeutung, als die statistisch errechnete Mehrheit.

## 1. Die Gegner der Verdachtskündigung

In der schweizerischen Lehre hat sich unter denjenigen, die die Zulässigkeit der Verdachtskündigung als wichtigen Grund ablehnen, vor allem die Meinung von *Rehbinder*<sup>240</sup> etabliert, der sich ausführlich mit der Thematik auseinandergesetzt hat.

### 1.1 Eingeschränkte Ablehnung

*Rehbinder* lehnt die Verdachtskündigung zwar unter Hinweis auf Art 6 Abs 2 EMRK ab<sup>241</sup>, sieht sie aber dann als gerechtfertigt an, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber an der Aufklärung des Sachverhaltes hindere<sup>242</sup>, weil dies ein treuwidriges Verhalten sei, dessen Auswirkung nicht in den Risikobereich des Arbeitgebers fallen dürfe<sup>243</sup>. Dieser einschränkenden Ablehnung haben sich auch *Brühwiler*<sup>244</sup>, *Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm*<sup>245</sup> und *Streiff/von Kaenel*<sup>246</sup> angeschlossen, nachdem *von Kaenel*<sup>247</sup> ohne weitere Begründung zunächst die Auffassung vertrat, die Verdachtskündigung genüge nicht als Grund für eine fristlose Entlassung.

### 1.2 Uneingeschränkte Ablehnung

Ausnahmslos ablehnend äußert sich *Egli*<sup>248</sup>, der den Verdacht einer Straftat, in den ein Mitarbeiter geraten kann, zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Unternehmerrisiko

---

<sup>240</sup> *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>15</sup> (2002) Rn 357; *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12.

<sup>241</sup> Hierzu ausführlich in Kapitel G [131 ff.].

<sup>242</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12.

<sup>243</sup> *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>15</sup> (2002) Rn 357.

<sup>244</sup> *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag<sup>2</sup> (1996) Art 337 [370].

<sup>245</sup> *Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm*, Arbeitsrecht (2006) Art 337 1.24.

<sup>246</sup> *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10.

<sup>247</sup> *Von Kaenel*, Arbeitsrecht (1999) 83.

<sup>248</sup> *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 16 ff.

zählt<sup>249</sup>. *Egli* betont hierbei, dass jeder Mitarbeiter auch ohne Verschulden in den Verdacht einer Straftat kommen kann, und dieses fehlende Verschulden auf Arbeitnehmerseite eine ernsthafte Betriebsstörung darstellen kann, die nach der Lehre vom so genannten Betriebsrisikos der Risikosphäre des Arbeitgebers zuzurechnen ist, ähnlich wie dies bei Maschinenschäden oder Auftragsmangel der Fall ist<sup>250</sup>. Die Verdachtskündigung sieht er folglich als unzulässig an<sup>251</sup>. In gleicher Weise deutlich ablehnend äußern sich *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*<sup>252</sup> weil der Verlust des Vertrauens in den Arbeitnehmer, so erheblich er auch sein mag, wegen des Persönlichkeitsschutzes und der Arbeitnehmerrechte nicht ausreicht.

## 2. Die Befürworter der Verdachtskündigung

Beim Studium der schweizerischen Literatur zur Verdachtskündigung fällt auf, dass gerade in den letzten Jahren die Zahl derer steigt, die die Zulässigkeit der Verdachtskündigung bejahen. Hat sich *Portmann*<sup>253</sup> zunächst noch zurückhaltender geäußert, in dem er die Verdachtskündigung nur dann als wichtigen Grund ausreichen ließ, wenn der Verdacht in erheblichem Maße objektiv begründet ist, oder – in Anlehnung an *Rehbinder* – der Arbeitnehmer die Aufklärung des Sachverhaltes behindere, erachtet er<sup>254</sup> den erheblichen Verdacht eines schweren Deliktes nunmehr dann als ausreichend, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber alle ihm zumutbaren Aufklärungen vorgenommen hat. Dies soll seines Erachtens auch dann gelten, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Handlungsweise des Arbeitnehmers, deren er verdächtigt wurde, sich als nicht strafbar erweist<sup>255</sup>. *Portmann/Stöckli*<sup>256</sup> bejahen die Verdachtskündigung dann, wenn ein erheblicher Verdacht eines schweren Deliktes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lässt.

---

<sup>249</sup> *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 46.

<sup>250</sup> *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 46.

<sup>251</sup> Deutlich: *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 56.

<sup>252</sup> *Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez*, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht<sup>3</sup> (2005) Art 337 9 [261].

<sup>253</sup> *Portmann*, Individualarbeitsrecht (2000) Rn 1187.

<sup>254</sup> *Portmann* in *Honsell/Vogt/Wiegand*, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I<sup>4</sup> (2007) Art 337 Rn 23.

<sup>255</sup> *Portmann* in *Honsell/Vogt/Wiegand*, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I<sup>4</sup> (2007) Art 337 Rn 23.

<sup>256</sup> *Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2007) Rn 766.

Ähnlich hat *Vischer* seinen Standpunkt geändert. Sah er<sup>257</sup> zunächst den bloßen Verdacht wegen Art 6 Abs 2 EMRK als nicht ausreichend, eine fristlose Kündigung auszusprechen bejaht er zwischenzeitlich<sup>258</sup> den Verdacht einer Straftat dann als Grund für eine fristlose Entlassung, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind: Der Verdacht muss zum einen als gerechtfertigt erscheinen und sich zum anderen auf eine „relativ schwere Straftat“ beziehen<sup>259</sup>.

*Rapp*<sup>260</sup> hat sich bereits sehr früh für die Zulassung der Verdachtskündigung als wichtigen Grund ausgesprochen. Nach seiner Auffassung kann der ausreichend begründete Tatverdacht einer nicht geringfügigen Straftat das gegenseitige Vertrauensverhältnis grundsätzlich zerstören, was objektiv zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung führen kann. Objektive Unzumutbarkeit bedeute aber nicht, dass der Kündigende den Kündigungsgrund immer beweisen müsse, denn der begründete Verdacht genügt hierzu, wenn bereits dieser objektiv begründet ist<sup>261</sup>. In gleicher Weise argumentiert *Stahelin*<sup>262</sup>, der aus dem Grundsatz, dass die fristlose Kündigung kein Verschulden auf Arbeitnehmerseite voraussetze<sup>263</sup>, bereits den Verdacht dann als ausreichend ansieht, wenn er das gegenseitige Vertrauen vollständig zerstört hat.

Auch *Vitali*<sup>264</sup> und *Humbert/Volken*<sup>265</sup> bejahen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung. *Vitali* begründet seinen Standpunkt damit, dass die Terminologie „Verdachtskündigung“ irreführend sei, weil nicht der Verdacht kündigungsrelevant ist, sondern der Vertrauensverlust als Folge des Verdachtes<sup>266</sup>. Art 337 OR sei kein Hinweis zu entnehmen, dass der Vertrauensbruch nur durch eine nachgewiesene Tat und nicht bereits durch einen

---

<sup>257</sup> *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>2</sup> (1994) 179.

<sup>258</sup> *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 257.

<sup>259</sup> *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 257.

<sup>260</sup> *Rapp*, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, 169 ff.

<sup>261</sup> *Rapp*, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, 169 [172].

<sup>262</sup> *Stahelin* in Züricher Kommentar, Band V/2c, Kommentar zu den Art 319 bis 362 OR<sup>3</sup> (1996) Art 337 N23.

<sup>263</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 2; Bundesgericht 01.03.1978, BGE 104 Ia 161 [165].

<sup>264</sup> *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 [121].

<sup>265</sup> *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 ff.

<sup>266</sup> *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 [102].

objektiv begründeten Verdacht bejaht werden kann<sup>267</sup>. *Humbert/Volken*<sup>268</sup> begründen ihre Auffassung mit drei Argumenten. Zum einen müsse der objektiv begründete Verdacht einer schweren Straftat oder sonstigen Verfehlung dann als wichtiger Grund ausreichen, wenn er das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zerstört und es dem Arbeitgeber trotz zumutbarer Anstrengungen nicht möglich ist, den Verdacht auszuräumen. Zum anderen würde ein genereller Ausschluss der Verdachtskündigung dem gesetzgeberischen Willen in Art 337 Abs 3 OR widersprechen, der durch die richterliche Ermessensentscheidung einen auf den Einzelfall abgestimmten „Billigkeitsentscheid“ erfordert. Letztlich sei auch zu beachten, dass in Deutschland nicht nur das BAG in ständiger Rechtsprechung die Verdachtskündigung für zulässig erachtet, sondern auch der überwiegende Teil der Literatur und diese Rechtsprechung und Doktrin aufgrund sehr ähnlicher Bestimmungen für die Schweiz „von besonderer Bedeutung“ sei<sup>269</sup>.

### III. Der Stand der Rechtsprechung

Die schweizerische Rechtsprechung zur Verdachtskündigung ist uneinheitlich und nicht gefestigt, zumal eine klare Positionierung des Bundesgerichtes nur schwerlich zu erkennen ist, weil das Bundesgericht eine solche in einer Vielzahl an Entscheidungen<sup>270</sup> regelmäßig offen gelassen hat<sup>271</sup>, weil die Kündigungen bereits aus anderen Gründen ungerechtfertigt waren.

#### 1. Unterinstanzliche Rechtsprechung

Die unterinstanzliche Rechtsprechung ist gespalten. In den Anfängen der Rechtsprechung zur Verdachtskündigung wurde der Verdacht als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig bejaht<sup>272</sup>. Erst seit der Entscheidung des

---

<sup>267</sup> *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 [106].

<sup>268</sup> *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [570].

<sup>269</sup> Für alle drei Argumente: *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [570].

<sup>270</sup> In der Schweiz „Entscheide“ genannt.

<sup>271</sup> Vgl Bundesgericht 22.08.1997, 4C.543/1996, JAR 1998, 218 1. Leitsatz; Bundesgericht 16.07.1998, 4C.168/1998, JAR 1999, 277 [Leitsatz].

<sup>272</sup> Vgl. Gewerbegericht Zürich 01.04.1969, ZR 1971 Band 70, Nr 57, 157; *Decurtins*, Die fristlose Entlassung (1981) 25.

Bezirksgerichts Bremgarten<sup>273</sup> im Jahr 1987 hat sich eine Kehrtwende in der Rechtsprechung der Tatsacheninstanzen vollzogen.

### 1.1 Die befürwortende Rechtsprechung

In der Ursprungsentscheidung zur Verdachtskündigung ging das Gewerbegericht Bern<sup>274</sup> im Jahr 1937 zunächst von der Zulässigkeit der Verdachtskündigung aus. Obwohl die Arbeitnehmerin in dem gegen sie eingeleiteten Strafverfahren wegen des Verdachts der Veruntreuung, in dem sie zunächst die Tat bestritt, dann gestand und schließlich ihr Geständnis widerrief, aus Mangel an Bewiesen freigesprochen wurde, hielt das Gewerbegericht Bern die fristlose Verdachtskündigung für gerechtfertigt. Zur Begründung führte es zunächst aus, dass die Frage des wichtigen Grundes eine Ermessensfrage sei, die das Gericht nach freier Würdigung aller Umstände zu entscheiden habe, ohne hierbei an strafrechtliche Entscheidungen gebunden zu sein. Die Zulässigkeit des Verdachts als wichtiger Grund wurde damit begründet, dass im konkreten Fall der Verdacht durch die eigene subjektive Wahrnehmung des Arbeitgebers gerechtfertigt und durch die polizeilichen Ermittlungen weiter erhärtet worden sei. Der Widerruf des Geständnisses und der strafgerichtliche Freispruch würden an den schweren Verdachtsmomenten nichts ändern und berechtigte Zweifel seien damit keineswegs beseitigt worden. Damit sei und bleibe die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar.

Im Jahr 1969 bejahte auch das Gewerbegericht Zürich<sup>275</sup> die Zulässigkeit der Verdachtskündigung. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall stand ein Arbeitnehmer im Verdacht, ein vom Arbeitgeber geheim gehaltenes Rezept für die Aufnahme einer den Arbeitgeber konkurrierenden Tätigkeit verwenden zu wollen. Bei der Anhörung durch den Arbeitgeber erklärte der Arbeitnehmer an seiner Absicht der Rezeptverwendung festhalten zu wollen – allerdings ohne dies bereits getan zu haben. Das Gewerbegericht Zürich bejahte die Zulässigkeit der Verdachtskündigung mit der Begründung, dass der Verdacht einer Vertragsverletzung ein wichtiger Grund zur fristlosen

---

<sup>273</sup> Bezirksgericht Bremgarten, 14.05.1987, JAR 1988, S. 315 ff.

<sup>274</sup> Dargestellt bei *Decurtins*, Die fristlose Entlassung (1981) 25.

<sup>275</sup> Gewerbegericht Zürich 01.04.1969, ZR 1971 Band 70, Nr 57, 157.

Kündigung sei und sowohl die deutsche wie auch die schweizerische Praxis den begründeten Verdacht als Entlassungsgrund kennen würden<sup>276</sup>.

An dieser Rechtsprechung hielt das Gewerbegericht Zürich auch im Jahr 1974 fest, als es über eine Verdachtskündigung aufgrund behaupteter Arbeitsunfähigkeit zu entscheiden hatte<sup>277</sup>. In diesem Fall war eine Arbeitnehmerin ohne eine ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die von ihr behauptete Krankheit vorzulegen, mehrere Tage der Arbeit ferngeblieben. Die daraufhin ausgesprochene fristlose Verdachtskündigung erachtete das Gewerbegericht Zürich als gerechtfertigt. Zur Begründung führt es aus, dass der wichtige Grund vorliegen würde, weil die Arbeitnehmerin kein ärztliches Zeugnis vorgelegt, und auch nach Ausspruch der Kündigung nichts zur Aufklärung des arbeitgeberseitigen Vorwurfs beigetragen habe<sup>278</sup>.

Auch das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt<sup>279</sup> sprach sich in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1977 grundsätzlich für die Zulässigkeit der Verdachtskündigung aus. Es begründete seine Rechtsauffassung damit, dass dann, wenn ein Mitarbeiter bereits in der Vergangenheit verdächtigt wurde, ohne gekündigt worden zu sein, und sich nunmehr erneut ein Verdacht gegen ihn richte, eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sei, da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in so wörtlich „guten Treuen“<sup>280</sup> verdächtigen könne, und ihm deshalb die Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Die Verdachtskündigung wurde auch in Ansehung, dass der Verdächtige in dem sich anschließenden Strafverfahren als „einwandfrei unschuldig“ angesehen wurde, als gerechtfertigt angesehen. An dieser Auffassung hielt das Gewerbliche Schiedsgericht Basel-Stadt auch in seiner weiteren Rechtsprechung fest<sup>281</sup>, in der es entschied, dass eine fristlose Entlassung dann gerechtfertigt sei, wenn ein Arbeitnehmer Kundengelder<sup>282</sup> nicht abliefern und aufgrund seines Verhaltens angenommen werden könne, dass dies nicht aus Versehen geschehen sei. Den Einwand des Arbeitnehmers, er sei davon ausgegangen, dass

---

<sup>276</sup> Gewerbegericht Zürich 01.04.1969, ZR 1971 Band 70, Nr 57, 162.

<sup>277</sup> Gewerbegericht Zürich 10.12.1974, JAR 1980, 278 ff.

<sup>278</sup> Gewerbegericht Zürich 10.12.1974, JAR 1980, 278 [280].

<sup>279</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt 01.09.1977, JAR 1980, 289 ff.

<sup>280</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt 01.09.1977, JAR 1980, 289 [290].

<sup>281</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt 19.10.1987, JAR 1989, 212 [212].

<sup>282</sup> Im vorliegenden Fall deutlich weniger als EUR 100,- [SFr 130,-].

Fehlbeträge mit seinen Gehaltsansprüchen verrechnet werden würden, ließ das Gericht nicht genügen, weil sich diese Behauptung nicht beweisen ließ<sup>283</sup>.

Grundsätzlich hält auch das Kantonsgericht Zug<sup>284</sup> die Verdachtskündigung in zwei Konstellationen für zulässig. Zum einen dann, wenn der Verdacht nach dem persönlichen Empfinden des Arbeitgebers derart schwerwiegend ist, dass ihm eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar erscheint oder zum anderen dann, wenn der Arbeitnehmer Gründe für einen dringenden Tatverdacht gegeben hat, sich allerdings nicht bemüht, diesen aufzuklären<sup>285</sup>. Allerdings hat das Gericht im konkreten Fall die Kündigung als ungerechtfertigt erachtet, weil zwar die Tatsachen einen gewissen Verdacht nahe legen würden, der Arbeitgeber diesen vorhandenen Verdacht aber nicht durch handfeste Beweise untermauern konnte.

Etwas schwieriger ist die Entscheidung des Kantonsgerichts St. Gallen<sup>286</sup> einzuordnen, das eine Mitwirkungspflicht des Verdächtigten bei der Sachverhaltsaufklärung bejaht, weil der Arbeitgeber einen Anspruch darauf habe, dass der Arbeitnehmer bei Bestehen eines Verdachtes „zur Behebung des für beide Seiten bestehenden Zustands beiträgt“. Dies könnte zunächst Anlass zu der Einschätzung geben, dass das Kantonsgericht St. Gallen die Verdachtskündigung nicht grundsätzlich ablehnt, sondern sie mit der einschränkend ablehnenden Meinung in der Literatur<sup>287</sup> dann für zulässig hält, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung angehört hat und der Arbeitnehmer die Aufklärung des Sachverhaltes treuwidrig hindere. Diese Einschätzung ist mE jedoch voreilig, denn das klare Bekenntnis des Gerichts, die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung hier nicht entscheiden zu müssen, legt in gleicher Weise den Schluss nahe, dass noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten, um den Verdacht als Kündigungsgrund zu rechtfertigen.

---

<sup>283</sup> Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt 19.10.1987, JAR 1989, 212 [212].

<sup>284</sup> Kantonsgericht Zug 17.06.1985, JAR 1986, 126 ff.

<sup>285</sup> Kantonsgericht Zug 17.06.1985, JAR 1986, 126 [128].

<sup>286</sup> Kantonsgericht St. Gallen 28.02.2005, BZ.2004.61, E II. b. bb., [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch).

<sup>287</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12; *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>15</sup> (2002) Rn 357; *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag<sup>2</sup> (1996) Art 337 (370); *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10.

## 1.2 Die ablehnende Rechtsprechung

Das Bezirksgericht Bremgarten sprach sich als erstes schweizerisches Gericht gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung aus<sup>288</sup>. Es begründete seine ablehnende Entscheidung mit zwei Argumenten. Zum einen hält es die Verdachtskündigung für unvereinbar mit der Unschuldvermutung<sup>289</sup> (Art 6 Abs 2 EMRK)<sup>290</sup>, weil auch im Privatrecht jeder Mensch solange rechtlich als unschuldig gelte, solange der Arbeitgeber nicht den Beweis führen könne, dass ein Grund zur außerordentlichen Kündigung tatsächlich vorliege<sup>291</sup>. Zum anderen handele der Arbeitgeber, der eine Verdachtskündigung ausspreche, auf eigenes Risiko, sofern der Arbeitnehmer die Abklärung des Sachverhalts nicht illoyal behindere, was zur Folge hätte, dass sich dieses Risiko dahin gehend auswirkt, dass die Rechtsfolgen der ungerechtfertigten Entlassung (gemäß Art 337c und 337d OR) eintreten, sofern nicht der verdächtige Arbeitnehmer rechtskräftig verurteilt werden würde<sup>292</sup>. Damit stellt das Bezirksgericht Bremgarten entscheidend auf Bedenken gegen die Unschuldsvermutung und auf die Bindungswirkung des rechtskräftigen Abschlusses eines strafrechtlichen Verfahrens ab. Allerdings kündige der Arbeitgeber dann nicht auf eigenes Risiko, wenn der verdächtige Arbeitnehmer die Abklärung des Sachverhaltes illoyal behindere<sup>293</sup>. Was konkret unter dem Merkmal „illoyal behindern“ zu verstehen ist, lässt das Bezirksgericht Bremgarten in gleicher Weise offen, wie *Rehbinder*<sup>294</sup>.

## 1.3 Die eingeschränkt ablehnende Rechtsprechung

Dem Kern der Entscheidung des Bezirksgerichts Bremgarten, nämlich die Wirksamkeit der Verdachtskündigung von der Frage abhängig zu machen, ob der Arbeitnehmer die

---

<sup>288</sup> Bezirksgericht Bremgarten 14.05.1987, JAR 1988, 315ff.

<sup>289</sup> Diesem Argument folgend: Appellationshof des Kantons Bern 27.08.1993, JAR 1994, 238 [240]; Obergericht Solothurn 03.10.1990, JAR 1992, 259 [261].

<sup>290</sup> Ausführlicher hierzu siehe Kapitel G [131 ff.].

<sup>291</sup> Bezirksgericht Bremgarten 14.05.1987, JAR 1988, 315 [320].

<sup>292</sup> Bezirksgericht Bremgarten 14.05.1987, JAR 1988, 315 [319].

<sup>293</sup> Insoweit schließt sich das Bezirksgericht Bremgarten der Auffassung von *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12 und *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10 an.

<sup>294</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12.

Sachverhaltsaufklärung behindert hat oder nicht, ist auch das Obergericht Solothurn<sup>295</sup> gefolgt. Es entschied, dass eine Verdachtskündigung dann unzulässig sei, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht daran gehindert habe, den Sachverhalt aufzuklären<sup>296</sup>. Das Appellationsgericht Ticino<sup>297</sup> hat dieses Merkmal in seinem Urteil vom 15.04.1988 dahingehend konkretisiert, dass die Weigerung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber Angaben über die Hintergründe seiner Verhaftung zu machen, einen wichtigen Grund im Sinne des Art 337 OR darstellen könne. Allerdings reiche die Tatsache, dass der Arbeitnehmer wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung in Untersuchungshaft genommen wurde, alleine betrachtet nicht aus, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen<sup>298</sup>.

Die strafrechtliche Verurteilung genügt nach Auffassung der *Chambre d'appel des prud'hommes du canton du Genève*<sup>299</sup> solange nicht, um eine Verdachtskündigung zu rechtfertigen, solange die strafrechtliche Verurteilung nicht rechtskräftig sei. Auf die Schwere der Straftat, derer der Mitarbeiter verdächtigt wird, komme es nicht an. In dem von der *Chambre d'appel des prud'hommes du canton du Genève* zu entscheidenden Fall war ein Mitarbeiter wegen der Beteiligung an einem bewaffneten Raubüberfall gegen seinen Arbeitgeber in Untersuchungshaft genommen und aufgrund des Verdachts seiner Beteiligung an der Tat fristlos gekündigt worden. In dem strafrechtlichen Verfahren wurde der Mitarbeiter vom Schwurgericht Genf zu siebeneinhalb Jahren Freiheitsentzug verurteilt. Das Kassationsgericht hat dieses Urteil aufgehoben und der Mitarbeiter wurde nach über dreieinhalb Jahren Haft entlassen. Das Arbeitsgericht Genf hat die Kündigung für gerechtfertigt gehalten, weil zum Zeitpunkt der Kündigung der Verdacht berechtigt war<sup>300</sup>. Dieses Urteil wurde von der *Chambre d'appel des prud'hommes du canton du Genève* mit der Begründung aufgehoben, dass es nicht auf den Verdacht zum Zeitpunkt der Kündigung ankomme, sondern sich der Verdacht auch im Nachhinein bestätigen müsse<sup>301</sup>. Auch stehe es dem Gericht nicht zu, das Strafverfahren zu überprüfen und die Verurteilung des Schwurgerichts wiederherzustellen<sup>302</sup>.

---

<sup>295</sup> Obergericht Solothurn 03.10.1990, JAR 1992, 259ff.

<sup>296</sup> Obergericht Solothurn 03.10.1990, JAR 1992, 259 [261].

<sup>297</sup> Appellationsgerichts des Kantons Ticino 15.04.1988, JAR 1989, 213 [214].

<sup>298</sup> Appellationsgerichts des Kantons Ticino 15.04.1988, JAR 1989, 213 [213].

<sup>299</sup> Chambre d'appel des prud'hommes du canton du Genève 08.12.1999, JAR 2001, 315ff.

<sup>300</sup> Tribunale des prud'hommes Genève 01.02.1999 (unveröffentlicht).

<sup>301</sup> Chambre d'appel des prud'hommes du canton du Genève 08.12.1999, JAR 2001, 315 [317].

<sup>302</sup> Chambre d'appel des prud'hommes du canton du Genève 08.12.1999, JAR 2001, 315 [316].

Etwas undurchsichtiger in der Konsequenz erweist sich indes die Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich<sup>303</sup>. Es sieht in der Tatsache, dass ein Mitarbeiter in seiner Arbeitskleidung eine aufgezoogene Spritze zum Kokainkonsum bei sich trägt, den erheblichen Verdacht, diese Drogen auch am Arbeitsplatz konsumieren zu wollen<sup>304</sup>, was aber eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen könne, weil der Drogenkonsum am Arbeitsplatz kein wichtiger Grund sei<sup>305</sup>, sondern zunächst der Abmahnung bedürfe<sup>306</sup>. Allerdings genüge das erhebliche Verletzungs- und Infektionsrisiko, das von dieser Spritze für die anderen Mitarbeiter ausgehe, denn zum einen könnten die anderen Mitarbeiter „zufällig“ mit der Arbeitskleidung in Kontakt kommen und zum anderen könnte die Spritze jederzeit unbemerkt aus der Arbeitskleidung herausfallen<sup>307</sup>. Mit dieser Argumentation hat das Arbeitsgericht Zürich die fristlose Kündigung im Ergebnis als gerechtfertigt angesehen, ohne die Problematik zu vertiefen, inwieweit dieses Verletzungs- und Infektionsrisiko als Tatsache bewiesen ist, oder nur hypothetisch als eventuell denkbare Möglichkeit und somit als Verdacht bestünde.

Das Kantonsgericht St. Gallen<sup>308</sup> räumte in einem Verfahren offen ein, die Streitfrage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung im vorliegenden Fall nicht entscheiden zu müssen, weil der Arbeitgeber dem verdächtigten Arbeitnehmer keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt habe und ein treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers, die Aufklärung des Sachverhaltes behindert zu haben, daher nicht ersichtlich sei<sup>309</sup>.

## 2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Schweizerische Bundesgericht hat die Zulässigkeit der Verdachtskündigung in zwei Fällen bislang verneint<sup>310</sup>, hingegen im so genannten „Käsefall“ im Ergebnis bejaht<sup>311</sup>. In

---

<sup>303</sup> Arbeitsgericht Zürich 15.04.2004, JAR 2005, 494ff.

<sup>304</sup> Arbeitsgericht Zürich 15.04.2004, JAR 2005, 494 [495].

<sup>305</sup> In Anlehnung an: Bundesgericht 08.10.2002, 4C.112/2002, JAR 2003, 329.

<sup>306</sup> Arbeitsgericht Zürich 15.04.2004, JAR 2005, 494 [495].

<sup>307</sup> Arbeitsgericht Zürich 15.04.2004, JAR 2005, 494 [495].

<sup>308</sup> Kantonsgericht St. Gallen 28.02.2005, BZ.2004.61, E II. b. bb., [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch).

<sup>309</sup> Kantonsgericht St. Gallen 28.02.2005, BZ.2004.61, E II. b. bb., [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch).

<sup>310</sup> Bundesgericht 11.02.1986 (unveröffentlicht); Bundesgericht 24.04.1996 (unveröffentlicht).

<sup>311</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [305].

jüngster Zeit hingegen betont das Bundesgericht deutlich, dass es sich zur Frage der Zulässigkeit bislang weder der einen noch der anderen Meinung angeschlossen habe<sup>312</sup>.

## 2.1 Literaturkritik an der unklaren Position

Die unklare Positionierung des Bundesgerichts ist sowohl von den Gegnern als auch von Befürwortern der Verdachtskündigung zu Recht kritisiert worden. Nach *Egli*<sup>313</sup> wäre es wünschenswert für die Schweiz, wenn das Bundesgericht bald und ausführlich zur Verdachtskündigung Stellung beziehen würde, um die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. In ähnlicher Weise äußert sich auch *Vitali*<sup>314</sup>, mit Bezug auf die Entscheidung des Bundesgerichts vom 16.07.1998<sup>315</sup>, in dem die Zulässigkeit der Verdachtskündigung dahingehend abgelehnt wurde, dass der Verdacht, und sei er noch so groß, nicht als wichtiger Grund gelten könne, allerdings die umstrittene Frage, ob ein objektiv begründeter Verdacht eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag, offen bleiben könne.

In Kenntnis dieser Kritik, bleibt das Bundesgericht hingegen bei seiner Haltung, sich bislang weder der einen noch der anderen Meinung in der Literatur angeschlossen zu haben<sup>316</sup>.

## 2.2 Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Eine Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt aber mE, dass die kritisierte unklare Position des Bundesgerichtes zur Verdachtskündigung dennoch Konturen aufweist.

Im ersten abgelehnten Fall aus dem Jahr 1986 sah das Bundesgericht<sup>317</sup> in der unterlassenen Abrechnung von Reisespesen und der sich daraus ergebenden Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers lediglich den Vorwurf der Nachlässigkeit

---

<sup>312</sup> Bundesgericht 08.10.2002, 4C.112/2002, JAR 2003, 329 [331].

<sup>313</sup> *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 152.

<sup>314</sup> *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 [100].

<sup>315</sup> Bundesgericht 16.07.1998, 4C.168/1998, JAR 1999, 277ff.

<sup>316</sup> Bundesgericht 08.10.2002, 4C.112/2002, JAR 2003, 329 [331].

<sup>317</sup> Bundesgericht 11.02.1986 (unveröffentlicht).

als begründet an, nicht jedoch den Verdacht der Veruntreuung. Wenn der Arbeitgeber seine Kündigung auf Verdachtsmomente stützt und damit einen wichtigen Grund geltend macht, sei er trotz seines subjektiven Verdachts nicht davon befreit, die dem wichtigen Grund zugrunde liegenden Tatsachen auch zu beweisen<sup>318</sup>. Da weder im Straf- noch im Zivilverfahren die Veruntreuung bewiesen werden konnte, hielt das Bundesgericht die fristlose Kündigung für ungerechtfertigt, weil es an der objektiven Schwere der Verfehlung mangelte.

### 2.2.1 Erfordernis objektiver Tatsachen

Diese Rechtsprechung, dass der bloße – wenn auch schwerwiegende – Verdacht einer strafbaren Handlung, keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstelle, sondern der Arbeitgeber die dem wichtigen Grund zugrunde liegenden Tatsachen auch zu beweisen habe, hat das Bundesgericht zehn Jahre nach seiner ersten Entscheidung hierzu bestätigt<sup>319</sup>. Die bloße Vermutung rechtswidrigen Verhaltens reiche nicht aus, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber durch zumutbare Aufklärung – in concreto durch die Anforderung eines detaillierten Arztzeugnisses – die Vermutung hätte dahingehend konkretisieren können, dass entweder der Nachweis erbracht ist oder die Vermutung als haltlos erscheint<sup>320</sup>.

Das Bundesgericht macht mE in diesen beiden Entscheidungen deutlich, dass die subjektive Vermutung nicht ausreicht, um eine Verdachtskündigung zu begründen, und der Arbeitgeber zumutbare Aufklärungen des Sachverhaltes vorzunehmen hat. Dies wird auch in der Entscheidung aus dem Jahr 1987<sup>321</sup> deutlich, in der das Bundesgericht zwar die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung explizit offen ließ, dies aber damit begründet, dass der Arbeitgeber seinen Verdacht nicht objektiv begründen konnte. Das Bundesgericht begründet das Offenlassen der Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung auch mit der Feststellung, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört habe<sup>322</sup>. Aus dieser unterlassenen Anhörung lässt

---

<sup>318</sup> Bundesgericht 11.02.1986 (unveröffentlicht).

<sup>319</sup> Bundesgericht 14.07.1997, JAR 1998, 217.

<sup>320</sup> Bundesgericht 14.07.1997, JAR 1998, 217 [218].

<sup>321</sup> Bundesgericht 22.08.1997, 4C.543/1996, JAR 1998, 218, 1. Leitsatz.

<sup>322</sup> Bundesgericht 22.08.1997, 4C.543/1996, JAR 1998, 218, 1. Leitsatz.

sich mE aber keine – zumindest heute mehr geltende – Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung ableiten, denn das Bundesgericht hat die Frage, ob bei einer fristlosen Kündigung eine Anhörungspflicht bestehe, verneint<sup>323</sup>.

### 2.2.2 Strafrechtliche Bindungswirkung

Das Bundesgericht<sup>324</sup> hat zunächst entschieden, dass die bloße Erstattung einer Strafanzeige gegen den Verdächtigten genauso wenig ausreiche, um einen Verdacht objektiv zu untermauern, wie die Eröffnung eines Strafverfahrens<sup>325</sup>.

Dem ist zuzustimmen, denn eine Strafanzeige kann schon deshalb keine Indizwirkung ausstrahlen, weil in der Strafanzeige lediglich die subjektive Wertung des Anzeigerstatters deutlich wird. Zudem ist eine Strafanzeige an keinerlei Voraussetzungen geknüpft und kann prinzipiell auch willkürlich erfolgen, was allerdings nicht folgenlos bleibt. Auch die Eröffnung des Strafverfahrens muss mE irrelevant bleiben, weil in diesem Stadium noch keine rechtliche Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt stattgefunden hat, weshalb ihr zivilrechtlich keine Bedeutung zukommen kann.

Allerdings hat das Bundesgericht die Beantwortung der Frage nach der generellen (Un-) Zulässigkeit der Verdachtskündigung auch dann offen gelassen, wenn die aufgrund des Verdachts eingeleitete Strafuntersuchung gegen den Mitarbeiter eingestellt wurde<sup>326</sup>. Damit wird mE indirekt eine Indizwirkung strafrechtlicher Entscheidungen für das zivilrechtliche Verfahren deutlich. Allerdings hat das Bundesgericht<sup>327</sup> ein Jahr später (1999) entschieden, dass ein strafrechtliches Urteil keinerlei Bindung für die Zivilgerichte entfaltet. Das Zivilgericht sei in der Frage der Schuld und der Schadensbestimmung frei, ohne an ein strafrechtliches Urteil gebunden zu sein. Dieser Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann gefolgt werden, denn eine Bindung der Zivilgerichte an strafrechtliche Entscheidungen lässt sich mE nicht mit Art 337 Abs 2 OR vereinbaren, nach dem das (Zivil-) Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden hat.

---

<sup>323</sup> Bundesgericht 05.08.2004, 4C.174/2004, JAR 2005, 247 [251].

<sup>324</sup> Bundesgericht 24.04.1996 (unveröffentlicht).

<sup>325</sup> Bundesgericht 27.06.2007, 4A.14/2007 (unveröffentlicht).

<sup>326</sup> Bundesgericht 16.07.1998, 4C.168/1998, JAR 1999, 277 Leitsatz.

<sup>327</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [305].

### 2.2.3 Annäherung an den Verdacht als Ursache des Vertrauensverlustes

Im so genannten Käsefall<sup>328</sup> hat das Bundesgericht<sup>329</sup> erstmals den erheblichen Verdacht eines schweren Deliktes als ausreichend angesehen, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen – und zwar auch dann, wenn sich nachträglich der Verdacht als falsch erweisen sollte<sup>330</sup>. Der bloße Verdacht des Vorliegens eines Deliktes könne dazu führen, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wird<sup>331</sup>. Diese Auffassung, die auch von *Stahelin*<sup>332</sup> vertreten wird, verdiene den Vorzug, so das Bundesgericht<sup>333</sup>. Der Arbeitgeber trage das Risiko der Lohnfortzahlungspflicht für den Fall, dass sich der Verdacht nicht erhärtet. Ihn gleichfalls noch dem Vorwurf einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung aussetzen, lasse sich nicht rechtfertigen<sup>334</sup>.

### 2.2.4 Unklare Rechtsposition

Nach der deutlichen Positionierung im Käsefall hat dieselbe Zivilabteilung des Bundesgerichts drei Jahre später bekundet, dass die Literaturmeinungen zur Verdachtskündigung gespalten seien und sich das Bundesgericht bislang weder der einen, noch der anderen Literaturmeinung angeschlossen habe<sup>335</sup>. Die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung brauche auch in dem 2002 zu entscheidenden Fall nicht grundsätzlich beantwortet werden, da die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung im konkreten Fall nicht erfüllt seien<sup>336</sup>. Angesichts dieser unklaren Rechtsposition und dem Dementieren des eigenen Standpunktes ist die Kritik von *Egli*<sup>337</sup> mE zu teilen.

---

<sup>328</sup> In dem zu entscheidenden Fall ging es um zwei Stücke Käse im Wert von SFr. 10,05 (entsprechend ca. EUR 6,-).

<sup>329</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [305].

<sup>330</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [307].

<sup>331</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [307].

<sup>332</sup> Vgl. *Stahelin* in Züricher Kommentar, Band V/2c, Kommentar zu den Art 319 bis 362 OR<sup>3</sup> (1996) Art 337 N23.

<sup>333</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [307].

<sup>334</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [308].

<sup>335</sup> Bundesgericht 08.10.2002, 4C.112/2002, JAR 2003, 329 [331].

<sup>336</sup> Bundesgericht 08.10.2002, 4C.112/2002, JAR 2003, 329 [331].

<sup>337</sup> *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 152.

## E. Die Verdachtskündigung im österreichischen Recht

### I. Allgemeines

Auch das österreichische Arbeitsrecht enthält keine spezielle Regelung zur Kündigung aufgrund eines Verdachts – oder, in der österreichischen Terminologie treffender bezeichnet, der Verdachtsentlassung. Allerdings findet sich in der österreichischen Literatur – anders als in der Schweiz und Deutschland – bis auf wenige Ausnahmen keine Auseinandersetzung<sup>338</sup> mit der Verdachtsentlassung. Einigkeit<sup>339</sup> besteht jedoch dahingehend, dass der bloße Verdacht einer strafbaren Handlung eine Entlassung nicht zu rechtfertigen vermag<sup>340</sup>. Ob die zurückhaltende Auseinandersetzung mit der Verdachtsentlassung, wie *Pfandlsteiner*<sup>341</sup> vermutet, an der unterschiedlichen Struktur und Größe österreichischer Betriebe und der damit verbundenen besseren Kontrollmöglichkeit liegen soll, oder, wie *Binder*<sup>342</sup> es dargelegt, auf die mangelhafte dogmatische Durchdringung der Verdachtsentlassung zurück zu führen ist, mag dahin gestellt bleiben. Soweit Letzteres der Fall sein sollte, möchte diese Arbeit den Versuch unternehmen, die dogmatische Durchdringung der Verdachtsentlassung zu beleben.

#### 1. Das Recht zur Entlassung

Mangels einer spezialgesetzlichen Regelung zur Verdachtsentlassung ist zunächst auf das generelle Recht zur Entlassung zurückzugreifen, nach dem eine Entlassung nur dann gerechtfertigt ist, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der so schwer wiegt, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann<sup>343</sup>. Die Entlassung muss ultima ratio, also die einzig

---

<sup>338</sup> So schon: *Pfandlsteiner*, Die Verdachtskündigung (1987) 16; *Binder*, Die Verdachtsentlassung, in Festschrift für *Krejci* (2001) 1499 [1501].

<sup>339</sup> Vgl. *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II XVII Rn 36; *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>8</sup> (2005) § 27 Rn 86; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) AngG § 27 Rn 35; *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 495; *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB Band 1<sup>3</sup> (2000) § 1162 Rn 161.

<sup>340</sup> OGH 18.10.1989, 9 Ob A 286/89, [www.rdb.at](http://www.rdb.at); OGH 29.06.1994, 9 Ob A 101/94, Arb 11.210.

<sup>341</sup> *Pfandlsteiner*, Die Verdachtskündigung (1987) 19.

<sup>342</sup> *Binder*, Die Verdachtsentlassung, in Festschrift für *Krejci* (2001) 1499 [1501].

<sup>343</sup> OGH 18.10.1977 4 Ob 137/77, DRdA 1978, 141; OGH 13.01.1976, 4 Ob 71/75, ZAS 1978/7, 50.

sachgerechte Lösung für den jeweiligen Sachverhalt sein, weshalb keine milderen Mittel in Betracht kommen dürfen<sup>344</sup>, damit die Entlassung ihrer Funktion als „Notbremse“ gerecht werde<sup>345</sup>. Bei der Frage, unter welchen (weiteren) Voraussetzungen ein Arbeitnehmer gerechtfertigt entlassen werden kann, unterscheidet der österreichische Gesetzgeber zwischen den verschiedenen Dienstnehmerkategorien<sup>346</sup>.

## 1.1 Die Generalklausel

Zunächst enthält § 1162 ABGB eine Generalklausel, nach der ein Dienstverhältnis auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von beiden Seiten aus wichtigem Grund gelöst werden kann. Diese Regelung ist jedoch nur dort anwendbar, wo eine spezielle Regelung fehlt<sup>347</sup>. Nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* wird diese Generalklausel bei Angestellten durch die wortgleiche Regelung des § 25 AngG verdrängt. Für Arbeiter gilt hinsichtlich der Entlassung die Regelung des § 82 GewO 1859. Daneben finden sich sondergesetzliche Regelungen für Lehrlinge in § 15 BAG, für Angestellte in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben in § 26 GAngG, für Hausgehilfen und Hausangestellte in § 14 HausgG, für Schauspieler in § 38 SchauspG und für Vertragsbedienstete in § 34 VBG.

## 1.2 Die Entlassung des Angestellten

Bei Angestellten wird der in § 25 AngG angeführte wichtige Grund durch die in § 27 AngG aufgeführten sechs demonstrativen Auflösungsstatbestände konkretisiert. Neben diesen sind jedoch, aufgrund der Formulierung „insbesondere“, auch weitere Entlassungsgründe denkbar, soweit diese hinsichtlich ihres Gewichtes und ihrer Bedeutung den sechs demonstrativen Auflösungsstatbeständen gleichwertig sind<sup>348</sup>. Hinsichtlich der Verdachtsentlassung kommen bei Angestellten daher primär die Entlassungsstatbestände der Untreue (§ 27 Ziff 1 1. Fall AngG) und der Vertrauensunwürdigkeit (§ 27 Ziff 1 3. Fall

---

<sup>344</sup> OGH 04.12.2002, 9 Ob A 230/02t, DRdA 2003/51, 557.

<sup>345</sup> *Risak*, Rangelei als Entlassungsgrund, DRdA 2003/51, 557 [561].

<sup>346</sup> Anschaulich hierzu: *Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>5</sup> (2004) 232.

<sup>347</sup> Vgl *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) ABGB § 1161-1162a Rn 2.

<sup>348</sup> Vgl *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2005) Rn 763; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 297.

AngG) in Betracht, wobei der Tatbestand der Untreue gegenüber der Vertrauensunwürdigkeit der Speziellere ist<sup>349</sup>.

### 1.2.1 Untreue

Untreue ist ein vorsätzlich und pflichtwidrig begangener Verstoß gegen die dienstlichen Interessen des Arbeitgebers<sup>350</sup>. Der Vorsatz muss dabei nicht nur auf das Verhalten, das den Verstoß begründet, gerichtet sein, sondern auch auf die Gefährdung der dienstlichen Interessen des Arbeitgebers<sup>351</sup>. Allerdings ist eine Schädigungsabsicht genauso wenig erforderlich, wie ein Schadenseintritt oder eine Strafbarkeit des Verhaltens<sup>352</sup>.

### 1.2.2 Vertrauensunwürdigkeit

Nach der Definition des OGH<sup>353</sup> ist unter Vertrauensunwürdigkeit jede Handlung oder Unterlassung zu verstehen, die mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit und auf ihre Rückwirkung auf das Arbeitsverhältnis den Angestellten des dienstlichen Vertrauens seines Arbeitgebers unwürdig erscheinen lassen, weil dieser befürchten muss, dass der Angestellte seine Pflichten nicht mehr getreulich erfüllen werde, so dass dadurch die dienstlichen Interessen des Arbeitgebers gefährdet sind. Bei ihr kommt es entscheidend darauf an, ob für den Arbeitgeber, nach den gewöhnlichen Anschauungen der beteiligten Kreise, das Fehlverhalten als so schwerwiegend angesehen werden muss, dass das Vertrauen des Arbeitgebers so heftig erschüttert ist, dass ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Schädigungsabsicht und ein Schadenseintritt beim Arbeitgeber sind – wie bei der Untreue – nicht erforderlich. Auch setzt der Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit keine besondere Vertrauensstellung des Arbeitnehmers voraus<sup>354</sup>. Zur Beurteilung der Frage der Vertrauensunwürdigkeit ist jedoch nicht das subjektive Empfinden des Arbeitgebers maßgeblich, sondern die objektive Wertung des Verhaltens des Angestellten<sup>355</sup>. Seine

---

<sup>349</sup> Kuderna, Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 84.

<sup>350</sup> Vgl Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 506.

<sup>351</sup> OGH 29.01.1997, 9 Ob A 10/97d, RdW 1998, 30.

<sup>352</sup> Sonntag in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht Band II XVII Rn 32.

<sup>353</sup> OGH 10.05.1989, 9 Ob A 75/89, DRdA 1991, 126.

<sup>354</sup> OGH 01.09.1999, 9 Ob A 219/99t, RdW 2000/150 [174].

<sup>355</sup> OGH 06.06.1995, 9 Ob A 66/95, Arb 11.407.

Begehungshandlung muss pflichtwidrig und schuldhaft sein<sup>356</sup>, nicht jedoch die aufgrund der Begehungshandlung eintretende Vertrauensunwürdigkeit<sup>357</sup>. Auch genügt für die Verwirklichung der Vertrauensunwürdigkeit in ständiger Rechtsprechung des OGH<sup>358</sup> Fahrlässigkeit, was von *Mayer-Maly*<sup>359</sup> dahingehend kritisiert wird, dass nicht jede Fahrlässigkeit ausreichen kann, sondern eine Grenzziehung innerhalb der Formen der Fahrlässigkeit erforderlich ist.

### 1.3 Die Entlassung von Arbeitern

Die Entlassung eines Arbeiters richtet sich nach § 82 GewO 1859, der die einzelnen Entlassungstatbestände taxativ aufzählt. Hinsichtlich der Verdachtskündigung kommt hier im Wesentlichen nur § 82 lit d GewO 1859 in Betracht, der voraussetzt, dass sich der Arbeiter eines Diebstahls, einer Veruntreuung oder einer sonstigen strafbaren Handlung schuldig macht, welche ihn des Vertrauens des Gewerbeinhabers unwürdig erscheinen lässt. Diese Einschränkung, dass nur strafbare Handlungen eine Vertrauensunwürdigkeit begründen können, halten *Jabornegg/Resch/Strasser*<sup>360</sup> für korrekturbedürftig, weil der Entlassungstatbestand der Trunksucht (§ 82 lit c GewO 1859) nichts anderes sei, als ein Anwendungsfall der Vertrauensunwürdigkeit<sup>361</sup>.

Im Gegensatz zum Angestellten genügt bei Arbeitern die bloße Vertrauensunwürdigkeit nicht, um eine Entlassung zu rechtfertigen, sondern die Vertrauensunwürdigkeit muss Folge einer strafbaren Handlung sein<sup>362</sup>. Beim Vorliegen eines Diebstahls oder einer Veruntreuung wird eine Vertrauensunwürdigkeit im Allgemeinen unterstellt<sup>363</sup>, wobei es auf den Wert der Sache nicht ankommt<sup>364</sup>. Sind der Diebstahl oder die Veruntreuung im Versuchsstadium stecken geblieben, so ist der Versuch nur dann als Entlassungsgrund

---

<sup>356</sup> *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 301.

<sup>357</sup> *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2005) Rn 769; *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 36.

<sup>358</sup> Vgl OGH 25.03.1980, 4 Ob 2/80, Arb 9862; OGH 10.05.1989, 9 Ob A 75/89, DRdA 1991, 126; OGH 30.08.2001, 8 Ob A 142/01t, ASoK 2002, 175.

<sup>359</sup> *Mayer-Maly* in Entscheidungsglosse zu OGH 10.05.1989, 9 Ob A 75/89, DRdA 1991, 126 [127].

<sup>360</sup> *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2005) Rn 769.

<sup>361</sup> So auch *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> (2003) 525.

<sup>362</sup> Vgl *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 517.

<sup>363</sup> OGH 01.09.1999, 9 Ob A 219/99t, RdW 2000/150 [174].

<sup>364</sup> Vgl *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 43.

geeignet, wenn aufgrund des Versuchs die Vertrauensverwirkung eintritt<sup>365</sup>. Die anderen in § 82 lit d GewO 1859 geforderten „sonstigen strafbaren Handlungen“ müssen objektiv gerechtfertigt sein, um zum Verlust des Vertrauens des Arbeitgebers zu führen und somit im Ergebnis eine Entlassung rechtfertigen zu können<sup>366</sup>. Eine strafrechtliche Verurteilung ist allerdings nicht erforderlich<sup>367</sup>. Auch führt die Einstellung eines Strafverfahrens nicht zwingend dazu, dass dadurch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung entfällt<sup>368</sup>, denn – und insoweit gilt dies sowohl für die Entlassung von Arbeitern, wie auch die von Angestellten – ein Strafurteil entfaltet keine Bindung der Arbeitsgerichte<sup>369</sup>.

## 2. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die Entlassung bedarf nur bei Lehrlingen zwingend der Schriftform<sup>370</sup>. Im Übrigen bedarf sie keiner bestimmten Form, so dass sie mündlich, schriftlich oder auch durch konkludentes Handeln erfolgen kann<sup>371</sup>, wobei der OGH<sup>372</sup> an Letzteres strenge Anforderungen hinsichtlich des zweifelsfreien Beendigungswillens stellt<sup>373</sup>.

Eine Anhörungspflicht ist dem Gesetz zwar nicht zu entnehmen, wird aber von der Rechtsprechung im Rahmen der den Arbeitgeber treffenden Aufklärungspflicht bejaht<sup>374</sup>. Gleichfalls bedarf die Entlassung – anders als die Kündigung – vor ihrem Ausspruch nicht der Verständigung des Betriebsrates, sondern die Entlassung ist lediglich unverzüglich nach ihrem Ausspruch dem Betriebsrat mitzuteilen, wobei die Unterlassung unverzüglicher Information nicht zur Unwirksamkeit der Entlassung führt<sup>375</sup>. Mangels einer solchen Auswirkung auf die Wirksamkeit der Entlassung kann das Beratungsverlangen des Betriebsrates gemäß § 106 Abs 1 ArbVG hier außer Acht gelassen werden.

---

<sup>365</sup> Kuderna, Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 132; OGH 26.01.2000, 9 Ob A 329/99v.

<sup>366</sup> OGH 06.06.1995, 9 Ob A 66/95, RdW 1996, 24.

<sup>367</sup> OGH 11.03.1998, 9 Ob A 14/98v, RdW 1998, 696; OGH 22.05.2003, 8 Ob A 27/03h, ecolex 2003/322.

<sup>368</sup> OGH 01.09.1999, 9 Ob A 219/99t, RdW 2000/150 [174].

<sup>369</sup> Deutlich: OGH 05.05.2005, 9 Ob A 52/04v, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>370</sup> Hierzu Schrank in Schrank/Mazal, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 303.

<sup>371</sup> Sonntag in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 2.

<sup>372</sup> Vgl OGH 19.02.1974, 4 Ob 1/74; Arb 9193; OGH 16.03.1988, 9 Ob A 16/88, ZAS 1990,193; OGH 22.12.1993, 9 Ob A 223/93, DRdA 1994,409; OGH 06.12.2000, 9 Ob A 275/00g, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>373</sup> Zustimmend: Lindmayr, Die Entlassung (2002) 6.

<sup>374</sup> OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906.

<sup>375</sup> Ausführlich hierzu: Schrank in Schrank/Mazal, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 302.

### 3. Frist

Die Entlassung ist an keine gesetzlichen Fristen gebunden, muss aber unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, nach Bekanntwerden der Entlassungsgrundes erklärt werden<sup>376</sup>. Maßgeblich für die Beurteilung des Bekanntwerdens des Entlassungsgrundes ist der Zeitpunkt, zu welchem dem Arbeitgeber die Einzelheiten zur Kenntnis gelangt sind, die für die Beurteilung der Frage, ob er sein Entlassungsrecht ausüben soll oder nicht, wesentlich sind<sup>377</sup>. Diese Obliegenheit unverzüglichen Handelns ist zum einen aus dem berechtigten Interesse des Arbeitnehmers an Klarstellung und zum anderen aus dem Zweck des Entlassungsrechtes abgeleitet, der mit zunehmendem Zeitablauf zu einem abnehmenden objektiven Entlassungsinteresse bis hin zu einer Dominanz des Fortbestandsinteresses führt<sup>378</sup>. Übt der Arbeitgeber sein Recht zur Entlassung nicht unverzüglich aus, kann dies zu einem Verlust seines Rechts zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen<sup>379</sup>. Allerdings können sachliche Gründe eine Verzögerung des Ausspruchs der Entlassung rechtfertigen<sup>380</sup>, was sich an den Umständen des Einzelfalles zu messen hat, wozu auch die betriebliche Organisation zählt<sup>381</sup>. Als solche sind die dem Arbeitnehmer eingeräumten Möglichkeiten der Wiedergutmachung, das Abwarten eines strafgerichtlichen Urteils und die Einholung rechtlichen Rates – seitens des Arbeitgebers – in gleicher Weise anerkannt, wie eine angemessene Überlegungsfrist, die jedoch umso kürzer ist, je schwerer der wichtige Grund wiegt<sup>382</sup>. Birgt ein Sachverhalt Unklarheiten in sich, kann der Arbeitgeber auch zunächst die erforderlichen Ermittlungen vornehmen<sup>383</sup>. Dies gilt auch beim Bestehen von Verdachtsmomenten, bei deren Aufklärung der Arbeitgeber auch den Endbericht eines beauftragten Detektivs abwarten darf, ohne sein Entlassungsrecht zu verwirken<sup>384</sup>. Schwerwiegende Vorwürfe – wie der des Diebstahls –

<sup>376</sup> Deutlich: OGH 8 Ob A 49/01, RdW 2002, 515 [547].

<sup>377</sup> OGH 17.04.1997, 8 Ob A 3/97t, RdW 1998, 26.

<sup>378</sup> Anschaulich: *Schrank* in *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 300.

<sup>379</sup> Ausführlich: *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>6</sup> (2005) § 25 Rn 32.

<sup>380</sup> Vgl OGH 19.05.1999, 9 Ob A 23/99, ARD 5050/4/99; OGH 29.09.1999, 9 Ob A 247/99k, ARD 5157/11/2000; OGH 22.11.2000, 9 Ob A 229/00t, ARD 5208/25/2001; OGH 10.09.1997, 9 Ob A 112/97d, DRdA 1998, 207.

<sup>381</sup> OGH 12.07.1995, 9 Ob A 109/95, RdW 1996, 178.

<sup>382</sup> Ausführlich hierzu: *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsgericht (2006) 299.

<sup>383</sup> Hierzu: *Schrank* in *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 301.

<sup>384</sup> OGH 20.01.1999, 9 Ob A 351/98b, ARD 5028/6/99.

muss der Arbeitgeber sorgfältig prüfen, was im Einzelfall auch einen Zeitraum von zwei Wochen umfassen kann, ohne dass die Entlassung verspätet wäre<sup>385</sup>.

#### 4. Folgen der Entlassung

Die Entlassung beendet – mit Ausnahme bei bestandsgeschützten Arbeitnehmern – das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung auch dann, wenn die Entlassung ungerechtfertigt war<sup>386</sup>. Einen Wiedereinstellungsanspruch bei ungerechtfertigter Entlassung kennt das Gesetz nicht. Die ungerechtfertigte Entlassung führt zu einem Schadenersatzanspruch auf Kündigungsentschädigung nach den §§ 29 AngG; 84 GewO 1859; 1162b ABGB<sup>387</sup>. Daneben kann unter den Voraussetzungen des § 23 Abs 1 AngG ein Anspruch auf Abfertigung (neu bzw alt) und nach § 10 UrlG ein Anspruch auf Urlaubersatzleistung bestehen.

Die Kündigungsentschädigung hat zum Ziel, den Arbeitnehmer so zu stellen, wie er stehen würde, wenn das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt worden wäre, also bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortbestanden hätte<sup>388</sup>. Die Abfertigung hingegen ist eine Entgeltleistung des Arbeitgebers für die in der Vergangenheit erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers<sup>389</sup>, die nach einer Wartezeit von drei ununterbrochenen Jahren entsteht und sich der Höhe nach auf das bis zu 12-fache Monatsentgelt nach 25 Dienstjahren staffelt. Die Urlaubersatzleistung geltet den Anspruch auf die nicht in Anspruch genommenen Urlaubstage zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab.

Dies zeigt, so wie *Schrammel*<sup>390</sup> es deutlich ausführt, dass der allgemeine Entlassungsschutz nicht vor ungerechtfertigten Entlassungen, sondern lediglich gegen die Folgen der Entlassung schützt.

---

<sup>385</sup> ASG Wien 10.05.2007, 10 Cga 199/00g, ARD 5797/4/2007.

<sup>386</sup> Vgl *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>6</sup> (2005) § 25 Rn 71.

<sup>387</sup> Vgl *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 16.

<sup>388</sup> *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsgericht (2006) 323.

<sup>389</sup> *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>5</sup> (2005) § 23 Rn 4.

<sup>390</sup> *Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>5</sup> (2004) 271.

## II. Die Verdachtsentlassung im Spiegel der Literatur

In der österreichischen Literatur besteht Einigkeit dahin gehend, dass der bloße Verdacht nicht ausreichend ist, um eine Entlassung zu rechtfertigen<sup>391</sup>. Aufgrund der Bezeichnung „bloßer Verdacht“ drängt sich jedoch die Frage auf, ob damit tatsächlich nur der bloße, also der nicht weiter dargelegte und begründete Verdacht oder gar jeder Verdacht gemeint ist.

### 1. Differenzierende Meinungen

*Tomandl*<sup>392</sup> hat sich als einer der Ersten dafür ausgesprochen, in besonderen Situationen den Tatverdacht als wichtigen Grund für eine Entlassung anzuerkennen, soweit dieser den taxativen Entlassungstatbeständen nicht entgegensteht. Begründet wird diese Auffassung, der sich auch *Petrovic*<sup>393</sup> angeschlossen hat, damit, dass es durchaus gravierende und erhärtende Verdachtsmomente geben kann, die einem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr weiter zumutbar erscheinen lassen.

In ähnlicher Weise argumentieren *Martinek/Schwarz/Schwarz*<sup>394</sup>, die eine Verdachtsentlassung dann für zulässig erachten, wenn schwerwiegende Umstände ernsthafte Zweifel an der Loyalität und Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers aufkommen lassen.

Diese Problematik thematisiert auch *Krejci*<sup>395</sup>, in dem er betont, dass über seine Auffassung, dass der bloße Verdacht eine Entlassung nicht rechtfertigen kann, die Fälle Probleme bereiten, in denen einerseits gravierende Verdachtsmomente gegen den

---

<sup>391</sup> *Floretta* in *Floretta/Strasser*, Handkommentar Arbeitsverfassungsgesetz, 858; *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>8</sup> (2005) § 27 Rn 86; *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB Band 1<sup>3</sup> (2000) § 1162 Rn 161; *Kuderna*, Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 87; *Mayrhofer*, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2006/2007 (2006) 225; *Petrovic*, Die Vertrauensunwürdigkeit als Entlassungsgrund nach § 27 Abs 1 letzter Satz AngG, ZAS 1983, 49 [60]; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) AngG § 27 Rn 35; *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 494; *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II XVII Rn 36.

<sup>392</sup> *Tomandl*, Zur Verdachtsentlassung, ZAS 1966, 139 [141].

<sup>393</sup> *Petrovic*, Die Vertrauensunwürdigkeit als Entlassungsgrund nach § 27 Abs 1 letzter Satz AngG, ZAS 1983, 49 [60].

<sup>394</sup> *Martinek/Schwarz/Schwarz*, Angestelltengesetz<sup>7</sup> (1991) 612.

<sup>395</sup> *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB Band 1<sup>3</sup> (2000) § 1162 Rn 161.

Arbeitnehmer bestehen, andererseits die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung fehlt – wenngleich er lediglich die Problematik nennt, diese jedoch nicht zum Anlass nimmt, sich explizit für oder gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung auszusprechen.

Ohne weitere dogmatische Begründung vertritt auch *Schumacher*<sup>396</sup> die Auffassung, die den Verdacht begründenden Umstände in zwei Konstellationen als Entlassungsgrund nach § 27 AngG zuzulassen, wenngleich er dies wohl nur für Vorstandsmitglieder bejaht. Zum einen bejaht er dies beim Verdacht strafbarer Handlungen – namentlich als Entlassungsstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit – und zum anderen bei der Unterlassung des Arbeitnehmers, einen Verdacht aufzuklären, soweit ihm dies möglich und auch zumutbar ist. Im letzteren Falle des Unterlassens verlangt er hierzu allerdings, dass dem Verdächtigten die Gelegenheit zur Ausräumung des Verdachts gegeben werden muss.

Diese Problematik lässt sich nach der Auffassung von *Migsch*<sup>397</sup> dahingehend lösen, dass sich die Verdachtsentlassung bereits aus dem Tatbestand der Vertrauensunwürdigkeit herleiten lässt, weil die Vertrauensunwürdigkeit lediglich eine aus dem vom Arbeitnehmer gesetzten Verhalten abgeleitete Prognose verlangt und eben nicht, dass der Arbeitnehmer den Tatbestand bereits realisiert hat.

## 2. Ablehnende Meinung

Diesen Meinungen hält *Kuderna*<sup>398</sup> entgegen, dass sie sich nicht mit dem Gesetzeswortlaut vereinbaren lassen, denn § 27 Ziff 1 3. Fall AngG und § 82 GewO 1859 verlangen, dass sich der Arbeitnehmer einer Handlung bzw einer Straftat, die ihn vertrauensunwürdig erscheinen lasse, schuldig mache. Eine unbewiesene Behauptung könne nicht zu einer gerechtfertigten Entlassung führen, weil der Nachweis der Schuld eben nicht erbracht ist. Dem Arbeitgeber bleibe nach seiner Meinung, der sich auch *Eichinger*<sup>399</sup> angeschlossen hat, die Möglichkeit der Suspendierung, um den Sachverhalt aufzuklären.

---

<sup>396</sup> *Schumacher*, Enthebung verdächtigter Vorstandsmitglieder, *ecolex* 1992, 774 [777].

<sup>397</sup> *Migsch* in *Tomandl*, Beendigung des Arbeitsvertrages (1986) 70.

<sup>398</sup> *Kuderna*, Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 133.

<sup>399</sup> *Eichinger*, Entlassung wegen Straftaten, *RdW* 1997, 211 [215].

### III. Der Verdacht als ordentlicher Kündigungsgrund

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass die Verdachtsentlassung vor allem wegen des mit ihr nicht vereinbaren gesetzlichen Erfordernisses des Verschuldens abgelehnt wird. Die Frage, inwieweit sich ein Lösungsansatz aufzeigen lässt, der eine Verdachtsentlassung mit dem Gesetz vereinbar macht, soll im Rechtsvergleich erfolgen. Läge ein Entlassungsgrund vor, rechtfertigt dieser auch eine Kündigung als milderes Mittel im Vergleich zur Entlassung<sup>400</sup>. Unabhängig davon stellt sich hier die Frage, inwieweit der Verdacht als Rechtfertigung für eine ordentliche Kündigung herangezogen werden kann, ohne einen Entlassungsgrund darzustellen.

Für die Prüfung dieser Frage wird ein betriebsratspflichtiger Betrieb, eine mehr als sechs monatige Betriebszugehörigkeit und ein ordnungsgemäß betriebenes Vorverfahren, das nicht zur Unanfechtbarkeit der Sozialwidrigkeit führte, unterstellt<sup>401</sup>. Gleichfalls wird unterstellt, dass durch die Verdachtskündigung wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt werden<sup>402</sup>, da nur dann der Arbeitgeber die subjektiv bedingte Kündigung vorzutragen und unter Beweis zu stellen hat. Hierbei ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vorzunehmen<sup>403</sup>.

Die Rechtfertigung der subjektiv bedingten Kündigung nach § 105 Abs 3 Ziff 2 lit a ArbVG gelingt dann, wenn Umstände vorliegen, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren. Dies ist dann der Fall, wenn aufgrund solcher Umstände die betrieblichen Interessen derart nachteilig berührt sind, dass bei objektiver Betrachtung ein verständiger Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigen würde und diese Kündigung als gerechte, dem Sachverhalt angemessene

---

<sup>400</sup> *Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>5</sup> (2004) 256.

<sup>401</sup> Anders als in Österreich ist in Deutschland jede Kündigung unabhängig vom Bestehen eines Betriebsrates und unabhängig von dessen Stellungnahme der vollen arbeitsgerichtlichen Überprüfung zugänglich, wenn der Gekündigte innerhalb von drei Wochen ab Zugang Kündigungsschutzklage erhebt. Dem Betriebsrat steht kein Anfechtungs- und Klagerecht zu. Das Klagerecht liegt ausschließlich beim Gekündigten.

<sup>402</sup> Ausführlich zu den materiellen Anfechtungsvoraussetzungen der Beeinträchtigung wesentlicher Interessen des Arbeitnehmers: *Schrank in Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 289; *Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>5</sup> (2004) 254-255.

<sup>403</sup> Anschaulich: *Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>5</sup> (2004) 252.

Maßnahme erscheinen würde<sup>404</sup>. Ein Verschulden des Gekündigten ist nicht erforderlich<sup>405</sup>.

Die Verdachtskündigung könnte in dem nicht weiter aufklärbaren dringenden Verdacht einer Pflichtverletzung gesehen werden. Dieser Verdacht haftet dem Verdächtigten als derartiger Makel an, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ihm gerade wegen des Verdachtes in Zukunft nicht mehr dauerhaft mehr möglich ist. Eine derartige Vertrauensstörung kann zu einem Mangel an Basisvertrauen führen, der zu einem Verlust der betrieblichen Identität des Verdächtigten führen kann<sup>406</sup>. Der bloße, nicht weiter begründete Verdacht vermag mE hier aber ebenso wenig zu überzeugen, wie bei der Verdachtsentlassung. Vielmehr müssen Indizien vorliegen, die objektiv betrachtet die Kündigung als eine dem Sachverhalt angemessene Maßnahme erscheinen lassen.

Betrachtet man hier die eingangs geschilderten Fälle im Blickwinkel einer ordentlichen Kündigung, so ließe sich im Käsefall die Verdachtskündigung dadurch rechtfertigen, dass der Geschehensablauf aus objektiver Sicht den Eindruck erweckt, der Mitarbeiter wollte den Käse stehlen und sicher in seinem Fahrzeug deponieren. Der Geschehensablauf aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung sieht nicht so aus, dass man Ware aus einem Supermarkt unbezahlt hinausbringt und erst auf diese Tatbegehung angesprochen, die Behauptung aufstellt, man wollte sie noch bezahlen.

Im Schwarzverkauf-Fall ließe sich die Pflichtverletzung darin sehen, dass der Koch die Würstchen bei sich geführt hat, obwohl dies kollektivrechtlich untersagt war. Da ihm im konkreten Fall die kollektive Regelung bekannt war, hat er sich mit seinem Verhalten dem Verdacht sogar selbst ausgesetzt. Maßnahmen, die einen solchen Verdacht mindern könnten, hat er nicht ergriffen. So hat er beispielsweise die Würstchen nicht als Geschenk verpackt, was den Verdacht, er wolle die Würstchen verkaufen durchaus hätte mildern können. Damit bliebe im Ergebnis zwar die Pflichtverletzung gegen die kollektive Regelung, aber der Verdacht als Kündigungsgrund wäre damit nicht per se gegeben.

---

<sup>404</sup> OGH 10.09.1997, 9 Ob A 272/97h, RdW 1998, 156.

<sup>405</sup> Vgl *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVIII Rn 49.

<sup>406</sup> Anschaulich ausgeführt: *Eichinger*, Arbeitnehmerbedingte Kündigungsgründe, RdA 1997, 96.

In der Bienenstichentscheidung zeigt sich die Pflichtverletzung der Verkäuferin aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten darin, Ware des Arbeitgebers, die zum Verkauf bestimmt war, eigenmächtig und ohne Bezahlung konsumiert zu haben. Damit entspricht das äußere Geschehensbild dem einer Mitarbeiterin, die sich auf Kosten ihres Arbeitgebers – wenn auch in betraglich geringwertiger Höhe – bereichert. Die Behauptung, am darauf folgenden Tag bezahlen zu wollen, könnte wahr oder Schutzbehauptung sein. Der Verdacht, dass dann, wenn sie nicht beim Verzehr ertappt worden wäre, die Bezahlung am darauf folgenden Tag unterlassen hätte, bleibt aber bestehen.

In allen drei Ausgangsfällen wäre mE eine Kündigung begründet. Einzelfallfrage – die aber hier nicht weiter vertieft werden soll – wäre allerdings im Rahmen der sozialen Gestaltungspflicht<sup>407</sup>, ob eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz möglich wäre, um dem ultima-ratio-Grundsatz zu genügen. Die Versetzung ist aber grundsätzlich beschränkt auf den Betrieb zu prüfen, dem der Verdächtige angehört<sup>408</sup>. Eine Ausdehnung auf andere Betriebe kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, wenn beispielsweise ein langjährig Beschäftigter durch die Kündigung besonders schwer beeinträchtigt wäre<sup>409</sup>.

#### IV. Die Position des OGH zur Verdachtsentlassung

Nach Auffassung des OGH<sup>410</sup> liegt Vertrauensunwürdigkeit dann vor, wenn sich der Arbeitgeber nicht mehr darauf verlassen kann, dass der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten getreulich erfüllen wird – also eine Vertrauensverwirkung<sup>411</sup> eingetreten ist. Dabei kommt es aber nicht auf die subjektive Einstellung des Arbeitgebers an, sondern darauf, ob das Verhalten des Arbeitnehmers nach der gewöhnlichen Anschauung objektiv eine Vertrauensunwürdigkeit bewirkt<sup>412</sup>. Eine solche Vertrauensunwürdigkeit kann grundsätzlich jeden Angestellten treffen und ist nicht auf Arbeitnehmer in besonderer Vertrauensstellung begrenzt<sup>413</sup>. Allerdings muss sich das zur

---

<sup>407</sup> Vgl OGH 23.05.1997, 8 Ob A 96/97v, RdW 1998, 153; OGH 12.06.1997, 8 Ob A 153/97a, RdW 1998, 155.

<sup>408</sup> Vgl OGH 05.11.1997, 9 Ob A 142/97s, RdW 1998, 357.

<sup>409</sup> Vgl OGH 31.08.1994, 8 Ob A 236/94, ZAS 1996, 119.

<sup>410</sup> OGH 06.06.1995, 9 Ob A 66/95, Arb 11.407.

<sup>411</sup> OGH 10.05.1989, 9 Ob A 75/89, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>412</sup> OGH 06.06.1995, 9 Ob A 66/95, Arb 11.407; OGH 22.05.2003, 8 Ob A 27/03h, ecolex 2003, 322.

<sup>413</sup> OGH 01.09.1999, 9 Ob A 219/99t, [www.rdb.at](http://www.rdb.at); OGH 20.12.2000, 9 Ob A 227/00y, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

Vertrauensunwürdigkeit führende Verhalten grundsätzlich während der Dauer des Dienstverhältnisses ereignet haben<sup>414</sup>. Wird die Tat außerdienstlich begangen, muss sie sich zumindest mittelbar auf das Arbeitsverhältnis auswirken<sup>415</sup>.

Für den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit genügt Fahrlässigkeit<sup>416</sup>. Auf den Eintritt eines Schadens kommt es nicht an<sup>417</sup> – ebenso wenig wie auf den Wert der Sache<sup>418</sup>. Allerdings reicht der bloße Verdacht einer strafbaren Handlung als Entlassungsgrund (in der Regel)<sup>419</sup> nicht aus<sup>420</sup>. Der OGH<sup>421</sup> begründet die Ablehnung des bloßen Verdachts mit dem Gesetzeswortlaut, der ein „Schuldigmachen“ verlangt, was beim Verdacht eben nicht gegeben ist. Den Verdacht als Entlassungsgrund anzuerkennen könne nicht mit dem Grundsatz vereinbart werden, dass der Arbeitgeber den Entlassungsgrund nachzuweisen hat. Der vom Arbeitgeber gehegte aber nicht bewiesene Verdacht könne auch keinen personenbezogenen Kündigungsgrund darstellen, denn dies würde an den Kündigungsgrund ein geringeres Beweismaß – nämlich eine bloße Verdachtslage – stellen, was jedoch verfehlt wäre<sup>422</sup>.

Zwischen „bloßem Verdacht“ und erwiesener Tat liegt mE aber auch der Verdacht, der sich derart verdichtet hat, dass ein objektiver Beobachter aufgrund eindeutiger Indizien eine Tatzurechnung vornehmen kann. Dieser „Graubereich“ zwischen bloßem Verdacht und erwiesener Tat ist daher vor allem eine Frage der Beweiswürdigung. Unter diesen Aspekten soll die Position des OGH im folgenden Kapitel weiter vertieft werden, weil dies mE ein entscheidender Kern der Problematik und daher für alle hier verglichenen Staaten von Bedeutung ist.

---

<sup>414</sup> OGH 26.04.1983, 4 Ob 76/82, RdA 1986/12.

<sup>415</sup> OGH 26.04.1983, 4 Ob 76/82, RdA 1986/12; OGH 22.05.2003, 8 Ob A 27/03h, ecolex 2003, 322.

<sup>416</sup> OGH 30.08.2001, 8 Ob A 142/01t, ASoK 2002, 175.

<sup>417</sup> OGH 30.08.2001, 8 Ob A 142/01t, ASoK 2002, 175.

<sup>418</sup> OGH 21.11.1990, 9 Ob A 295/90, DRdA 1991/48; OGH 08.11.2000, 9 Ob A 256/00p, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>419</sup> So wörtlich OGH 05.05.1990, 9 Ob A 18/99h, [www.rdb.at](http://www.rdb.at)

<sup>420</sup> OGH 11.06.1974, 4 Ob 29/74, Arb 9238; OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906; OGH 10.09.1985, 4 Ob 92/85, [www.rdb.at](http://www.rdb.at); OGH 18.10.1989, 9 Ob A 286/89, [www.rdb.at](http://www.rdb.at); OGH 29.06.1994, 9 Ob A 101/94, Arb 11.210; OGH 01.04.1998, 9 Ob A 61/98f, [www.rdb.at](http://www.rdb.at); OGH 27.03.2002, 9 Ob A 62/02m, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>421</sup> Vgl OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906.

<sup>422</sup> OGH 10.09.1997, 9 Ob A 258/97z, RdW 1998, 157.

## F: Rechtsvergleich

Der Rechtsvergleich soll zunächst abstrakte Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den verglichenen Ländern herausarbeiten. Im Anschluss daran sollen die Literaturmeinungen und Judikatur kritisch vor dem jeweiligen nationalen dogmatischen Hintergrund hinterfragt und Tendenzen herausgearbeitet werden. Die vorliegende Arbeit untersucht sodann die Frage, ob die Verdachtskündigung dem ultima-ratio-Prinzip gerecht wird und inwieweit die Suspendierung als weniger einschneidende Maßnahme geeigneter wäre. Abschließend soll dann der Versuch unternommen werden, eine Angleichung der Problemlösung „Verdachtskündigung“ zu entwickeln und herauszuarbeiten, wobei die Lösungsansätze ohne Änderung der nationalen gesetzlichen Regeln diesen standhalten müssen.

### I. Terminologie

Wenngleich alle drei verglichenen Länder dem Arbeitgeber das Recht einräumen, ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund zu beenden, besteht terminologisch der Unterschied darin, dass lediglich Österreich eine deutliche sprachliche Abgrenzung dahin gewählt hat, die fristlose Beendigung durch den Arbeitgeber „Entlassung“ zu nennen. In der Schweiz spricht der Gesetzgeber zwar von „Auflösung“, allerdings wird – wie in Deutschland – in Rechtsprechung und Literatur der Begriff der außerordentlichen bzw. fristlosen Kündigung verwandt.

Auch wenn diese begriffliche Unterschiedlichkeit ohne Folgen für die hier zu behandelnde Problemstellung ist, denn in allen drei Staaten ist damit die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses (durch den Arbeitgeber) gemeint, überzeugt die österreichische Terminologie der Entlassung doch deutlich, denn nur sie lässt in einem Wort präzise die Abgrenzung der ordentlichen von der außerordentlichen Kündigung erkennen. Wenn *Aigner*<sup>423</sup> jedoch in diesem Zusammenhang von „fristloser Entlassung“ spricht, handelt es hierbei wohl um einen Pleonasmus ohne inhaltliche Unterscheidung zur Entlassung. Für Deutschland ist hier jedoch, obwohl der Gesetzgeber Rechtsbegriffe<sup>424</sup>, die im Sprachgebrauch oftmals synonym verwendet werden, von einander abgrenzt, leider keine Änderungen zu erwarten. Auch im Diskussionsentwurf zur Kodifizierung eines

---

<sup>423</sup> *Aigner*, Antworten auf Arbeitnehmerfehlverhalten (2002) 287.

<sup>424</sup> Vgl die Unterscheidung der Begriffe Einwilligung und Genehmigung in den §§ 107, 108 BGB.

Arbeitsvertragesgesetzes<sup>425</sup> wird am Oberbegriff der Kündigung, differenziert nach ordentlicher und außerordentlicher, festgehalten<sup>426</sup>.

## II. Unterschiedliche Schutzwirkung

Auch in der Schutzwirkung unterscheiden sich die hier verglichenen Staaten. Die Schweiz und Österreich sehen im Falle ungerechtfertigter Entlassung finanzielle Ansprüche des Gekündigten in Form von Entschädigungszahlungen als Rechtsfolge vor. Die Entlassung beendet das Arbeitsverhältnis auch dann, wenn sie ungerechtfertigt war. Im Gegensatz hierzu sieht das deutsche Arbeitsrecht eine gesetzliche Entschädigungszahlung im Falle unwirksamer außerordentlichen Kündigung nicht vor. Die unwirksame außerordentliche Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis nicht, weshalb es mit dem Verdächtigten unverändert fortzusetzen ist.

### 1. Entschädigungsanspruch versus Bestandsschutz

Das Arbeitsvertragsrecht der Schweiz beruht – wie wohl auch in Österreich, aber anders als in Deutschland – auf dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit<sup>427</sup>. Damit soll der Wille des Kündigenden, ein Arbeitsverhältnis einseitig beenden zu wollen und können, respektiert werden<sup>428</sup>. Auch wenn in Deutschland der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt ist, ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen, so ist die unterschiedliche Schutzwirkung auf das dort geltende Prinzip einer nachträglichen Rechtswirksamkeitskontrolle der ausgesprochenen Kündigung durch die Arbeitsgerichte zurückzuführen<sup>429</sup>. Der Bestandsschutz wird materiellrechtlich dergestalt garantiert, dass (auch) die außerordentliche Kündigung zunächst als unwirksam gilt und entweder durch das gerichtliche Urteil oder durch die Fiktion gemäß § 7 KSchG rückwirkend als von Anfang an wirksam angesehen werden kann. Die Wirksamkeitsfiktion, geknüpft an das Verstreichenlassen der Klagefrist, soll dem Gekündigten ermöglichen, Unrecht

---

<sup>425</sup> Stand: November 2007; abgedruckt in Beilage 1/2007 zu Heft 21/2007.

<sup>426</sup> Vgl dort §§ 111, 112 des Diskussionsentwurfes zum ArbVG.

<sup>427</sup> Deutlich hierzu: Bundesgericht 22.10.1985, BGE 111 II 242, 243.

<sup>428</sup> Anschaulich: *Münch* in *Geiser/Münch*, Stellenwechsel und Entlassung (1997), Rn 1.21.

<sup>429</sup> *Preis* in *Stahlhacke/Vossen/Preis*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis<sup>9</sup> (2005), Rn 868.

hinzunehmen<sup>430</sup>. Das deutsche Kündigungsschutzgesetz ist damit, trotz der Regelung des § 9 KSchG, der eine reine Ausnahmeregelung ohne allgemeinen Rechtsgedanken darstellt<sup>431</sup>, ein Bestandschutzgesetz und kein Abfindungsgesetz<sup>432</sup>. Da die Abfindungsmöglichkeit des § 9 KSchG wegen der Verweisklausel des § 13 Abs 1 S 2 KSchG auf außerordentliche Kündigungen keine Anwendung findet, gilt dieser Grund des Bestandschutzes umso mehr für die außerordentliche Kündigung. Diesem Bestandschutzgedanken folgend wird dem Gekündigten nur in Deutschland ein Wiedereinstellungsanspruch zubilligt<sup>433</sup>, wenn sich der Verdacht ex post als unbegründet herausstellt, also die Unschuld zur Überzeugung des Gerichts feststeht. In Österreich und der Schweiz gibt es einen solchen Anspruch nicht, weil die Gesetzgeber Entschädigungsansprüche an die ungerechtfertigte Entlassung geknüpft haben.

Ob der Bestandschutz tatsächlich für beide Parteien immer befriedigend ist, mag bezweifelt werden. Für beide Lösungen, die des Bestandschutzes und die der gesetzlichen Kündigungsentschädigung, sprechen Argumente dafür und dagegen, die in ihrer Bewertung mE im Wesentlichen von wirtschaftlichen Aspekten abhängen. Auf Seiten des Verdächtigten ist dies sein so genannter Marktwert. Hat der Verdächtige beispielsweise aufgrund guter Ausbildung, Erfahrung, niedrigen Alters<sup>434</sup> und hoher örtlicher Flexibilität gute Erfolgsaussichten, auf dem Arbeitsmarkt zeitnah eine neue Stelle zu bekommen, wird für ihn die Entschädigungszahlung von größerem Wert sein, als die Möglichkeit nach gewonnenem Arbeitsgerichtsprozess wieder an den alten Arbeitsplatz zurückkehren zu dürfen und mit dem Makel des Verdachtes leben zu müssen. Hat der Arbeitnehmer jedoch kaum noch Erfolgsaussichten auf dem Arbeitsmarkt wird ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz eines solchen Makels wichtiger erscheinen, als die finanzielle Grundlage seines Daseins zu verlieren. Auf Seiten des Arbeitgebers wird mE die Entschädigungszahlung anstelle der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dann interessanter sein, wenn die betragliche Höhe kalkulierbar und finanzierbar ist – vor allem dann, wenn im Fall der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses weiterer Schaden durch den Verdächtigten zu befürchten ist.

---

<sup>430</sup> *Ascheid/Hesse* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 4 KSchG Rn 4.

<sup>431</sup> So *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2007) § 141 Rn 2.

<sup>432</sup> BAG 23.06.2005, 2 AZR 256/04, NZA 2006, 363 [364].

<sup>433</sup> BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, [www.juris.de](http://www.juris.de), 4. Leitsatz.

<sup>434</sup> Ungeachtet dessen, dass die Eigenschaft „Alter“ ein Diskriminierungsmerkmal wäre.

Für die hier zu untersuchende Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung hilft eine Vertiefung der Frage, ob die Entschädigung oder Abfindung dem Bestandschutz des Arbeitsvertrages vorzuziehen ist oder nicht, nicht wesentlich weiter. Dies wäre allenfalls dann von Bedeutung, wenn die Ablehnung der Verdachtskündigung in der Schweiz und Österreich gerade mit der Rechtsfolge ungerechtfertigter Entlassung begründet werden würde. Hierzu finden sich in beiden Ländern jedoch keine Argumente. Deshalb sei hier auf die rechtsvergleichenden Ausführungen von *Rebhahn*<sup>435</sup> verwiesen, der die Frage „Abfindung statt Kündigungsschutz“ für die Staaten der EU umfassend erörtert und verschiedene Lösungsmodelle entwickelt hat.

## 2. Verdachtskündigung versus § 9 Abs 1 S 2 KSchG

*Dörner*<sup>436</sup> und *Schütte*<sup>437</sup> sind der Auffassung, dass die in § 9 Abs 1 S 2 KSchG eröffnete Abfindungsregelung der Zulässigkeit der Verdachtskündigung in Deutschland entgegenstehe. Gemäß § 9 Abs 1 S 2 KSchG besteht trotz sozial ungerechtfertigter ordentlicher Kündigung die Möglichkeit, dass das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers gegen Zahlung einer Abfindung auflöst. Materiell-rechtlich ist hierzu erforderlich, dass Gründe dargelegt werden, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen<sup>438</sup>. Mit dieser Vorschrift räume der Gesetzgeber dem Arbeitgeber die ausnahmsweise Möglichkeit ein, sich aufgrund von Tatsachen, die den gesetzlichen Anforderungen an die Rechtswirksamkeit der Kündigung nicht genügen, vom Arbeitnehmer zu trennen<sup>439</sup>, wodurch der Interessenlage des Arbeitgebers ausreichend Rechnung getragen werde. Einer weiteren Möglichkeit zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses trotz fehlender sozialer Rechtfertigung der Kündigung bedürfe es nicht. Deshalb sei, so *Schütte*<sup>440</sup>, die Zulässigkeit der Verdachtskündigung auch nicht durch richterrechtliche Rechtsfortbildung zu rechtfertigen, denn eine solche komme wegen der ausdrücklichen Regelung des § 9 Abs 1

---

<sup>435</sup> *Rebhahn*, Abfindung statt Kündigungsschutz – Rechtsvergleich und Rechtsmodelle, RdA 2002, 272ff.

<sup>436</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 374a; *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [867].

<sup>437</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>438</sup> *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 9 Rn 52.

<sup>439</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [867].

<sup>440</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

§ 2 KSchG nicht in Betracht. Die richterliche Rechtsfortbildung komme im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes<sup>441</sup> nur dann in Betracht, wenn das geschriebene Recht seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt und die richterliche Entscheidung dann die Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft füllt. Wenn aber eine Regelungslücke nicht vorhanden ist, verstößt die richterliche Rechtsfortbildung gegen Art 20 Abs 3 GG. So verhält es sich nach der Ansicht von *Schütte*<sup>442</sup> mit der Verdachtskündigung. *Dörner*<sup>443</sup> ergänzt diese Kritik der dogmatischen Bedenken gegen die Verdachtskündigung mit dem Argument, dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber die Möglichkeit der gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht im Falle der unwirksam erklärten außerordentlichen Kündigung eingeräumt habe, denn § 13 Abs 1 S 3, Abs 3 KSchG gebe nur dem Arbeitnehmer das Recht, einen solchen Auflösungsantrag zu stellen.

Dieser Kritik ist mE nicht zu folgen, denn § 9 Abs 1 S 2 KSchG und die Verdachtskündigung regeln zwei unterschiedliche Fälle. § 9 Abs 1 S 2 KSchG verlangt im Gegensatz zu § 626 Abs 1 BGB keine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses<sup>444</sup>. § 626 Abs 1 BGB normiert in einer Form von Generalklausel die Voraussetzungen für den wichtigen Grund der außerordentlichen Kündigung, wobei der Gesetzgeber es der tatrichterlichen Würdigung überlassen hat, zu bestimmen, was eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt und was nicht<sup>445</sup>. Gerade damit ist die Frage des wichtigen Grundes wie die umfassende Interessenabwägung<sup>446</sup> der richterlichen Auslegung zugänglich, die sich jedoch ohne Zweifel – und insoweit ist der Kritik beizupflichten – im Rahmen des Art 20 Abs 3 GG zu halten hat. Allerdings erscheint hier die vom Bundesarbeitsgericht<sup>447</sup> knapp begründet befürwortete Gesetzesauslegung überzeugender, als die Kritik von *Schütte*, (unzulässige) richterrechtliche Rechtsfortbildung anzunehmen.

---

<sup>441</sup> BVerfG 16.06.1959, 1 BvR 71/57, BVerfGE 9, 338 [349]; BVerfG 14.02.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 [287].

<sup>442</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>443</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [867].

<sup>444</sup> *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 9 Rn 52.

<sup>445</sup> Ausführlich: *Henssler* in *MüKo*, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 73.

<sup>446</sup> Näher hierzu: *Preis* in *Stahlhacker/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 607.

<sup>447</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271].

§ 626 Abs 1 BGB bedarf vielmehr der Auslegung hinsichtlich des wichtigen Grundes, weil der Gesetzgeber in § 626 Abs 1 BGB auf die Auflistung absoluter Kündigungsgründe verzichtet hat<sup>448</sup>. Die von *Schütte* angeführte Bindung der Gerichte an das Gesetz bedeutet hingegen nicht, dass die Gerichte nur an den Wortlaut einer Norm gebunden sind, denn dies würde die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung voraussetzen, was zwar wünschenswert aber praktisch unerreichbar ist<sup>449</sup>. Bei der Interpretation des Gesetzes ist die *ratio legis*, die vor allem im Wege teleologischer Auslegung zu verwirklichen ist<sup>450</sup>, zu berücksichtigen. Die richterliche Entscheidung schließt somit die Lücke nach den Maßstäben praktischer Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft<sup>451</sup>. Dabei ist hinsichtlich der Verdachtskündigung von Bedeutung, dass das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers verfassungsrechtlich durch die Art 12 Abs 1, 14 Abs 1 GG geschützt ist<sup>452</sup>. Bei der Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberrechten handelt es sich daher nicht um unsubstantiierte Billigkeitserwägungen, sondern um die Konsequenz aus der Struktur der Kausalkette Verdacht – Vertrauenswegfall – objektiviertes Vertrauen<sup>453</sup>. Damit entspricht die Verdachtskündigung auch weit eher dem Prinzip des deutschen Kündigungsschutzes, das die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung einer nachträglichen Rechtswirksamkeitskontrolle unterzieht<sup>454</sup>, anstatt nach § 9 Abs 1 S 2 KSchG das Arbeitsverhältnis ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, oder im Falle ordentlicher Kündigung, ohne soziale Rechtfertigung gegen Abfindung zu beenden. Dieser durch § 9 KSchG ermöglichte, dem Prinzip des KSchG widersprechende Weg der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist nach *Linck*<sup>455</sup> ganz überwiegender Grund für die Überlegungen zur Reform des deutschen Kündigungsschutzrechtes.

---

<sup>448</sup> So auch: *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 607.

<sup>449</sup> *Säcker* in MüKo Band 1 AT<sup>5</sup> (2006) Einleitung Rn 144.

<sup>450</sup> Vertiefend hierzu: *Säcker* in MüKo Band 1 AT<sup>5</sup> (2006) Einleitung Rn 134.

<sup>451</sup> BVerfG 16.06.1959, 1 BvR 71/57, BVerfGE 9, 338 [349].

<sup>452</sup> *Belling* in *Heinze/Söllner*, Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel (1994) 11 [17]; *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutz-gesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 440; *Gallner* in *HaKo*, Kündigungsschutzrecht<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 599; BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271].

<sup>453</sup> *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 58.

<sup>454</sup> Ausführlicher hierzu: *Oetker* in *Erfurter Kommentar*<sup>8</sup> (2008) § 1 KSchG Rn 65.

<sup>455</sup> *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) Einleitung Rn 80.

### 3. Differenzierung Arbeiter - Angestellte

Als einziges der drei verglichenen Länder differenziert Österreich bei den Entlassungstatbeständen zwischen Arbeitern und Angestellten. Deutschland hat die Unterscheidung zwischen diesen beiden Arbeitnehmergruppen<sup>456</sup> mit der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 2001 aufgegeben<sup>457</sup>. Die Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten ist in Österreich historisch gewachsen und rechtfertigt sich alleine in der Art der zu leistenden Tätigkeit<sup>458</sup>. Der Angestellte hat in der Regel aufgrund seines Aufgabengebietes eine gehobeneren Vertrauensstellung im Betrieb, als der Arbeiter<sup>459</sup>. Diese gehobeneren Stellung rechtfertigt es, dass an das Verhalten eines Angestellten strengere Anforderungen zu stellen sind, als an einen mit untergeordneten Tätigkeiten beschäftigten Arbeiter<sup>460</sup>. Inhaltlich unterscheiden sich die Entlassungsgründe zwischen diesen beiden Arbeitnehmergruppen zunächst darin, dass bei Angestellten die gesetzlichen Entlassungstatbestände nicht abschließend sind<sup>461</sup>. Vertrauensunwürdigkeit genügt bei Arbeitern nicht, um eine Entlassung zu rechtfertigen, sondern die Vertrauensunwürdigkeit muss Folge einer strafbaren Handlung sein<sup>462</sup>. Eine solche strafbare Handlung setzt in gleicher Weise Schuld voraus, wie die Entlassungstatbestände der Untreue und Vertrauensunwürdigkeit bei Angestellten<sup>463</sup>. Im Vergleich zu Deutschland und der Schweiz ist dieses Schuldverfordernis das wesentliche Unterscheidungsmerkmal.

### 4. Anhörung des Betriebsrates

Unterschiede zwischen den verglichenen Staaten bestehen auch hinsichtlich der betrieblichen Mitbestimmungsrechte. Lediglich in Deutschland bedarf auch die außerordentliche Kündigung gemäß § 102 BetrVG der vorherigen Anhörung des

---

<sup>456</sup> Früher geregelt in § 6 BetrVG.

<sup>457</sup> Ausführlicher hierzu: *Richardi* in *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz<sup>11</sup> (2008) § 5 Rn 2.

<sup>458</sup> *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 42.

<sup>459</sup> *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 300.

<sup>460</sup> *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 496.

<sup>461</sup> Vgl *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2005) Rn 763; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 297.

<sup>462</sup> Vgl *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 517.

<sup>463</sup> *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 301.

Betriebsrates<sup>464</sup>. Dieses Erfordernis rechtfertigt sich im Vergleich zur Schweiz darin, dass das schweizerische Arbeitsrecht keine klassischen Betriebsräte wie Deutschland und Österreich kennt, sondern lediglich „Arbeitnehmervertretungen“. Diesen sind jedoch deutlich weniger Rechte zugesprochen. Und so ist dem Gesetz eine Anhörung dieser vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nicht zu entnehmen. In Österreich bedarf die Entlassung im Gegensatz zur Kündigung gleichfalls keiner vorherigen Verständigung des Betriebsrates<sup>465</sup>. Dies ergibt sich aus § 106 Abs 1 ArbVG, nach dem der Arbeitgeber den Betriebsrat lediglich von jeder Entlassung, also nach Ausspruch dieser, nachträglich zu verständigen hat, wobei eine Verletzung dieser Verständigungspflicht die Entlassung nicht unwirksam macht<sup>466</sup>. Ist der Betriebsrat vom Arbeitgeber verständigt oder gar vom Gekündigten informiert worden, so bestehen für ihn dieselben Möglichkeiten, wie im Vorverfahren einer Kündigung<sup>467</sup>. Der Unterschied im Vergleich zur Regelung des § 105 ArbVG dürfte mE darin liegen, der Verwirkung des Entlassungsrechtes, angesichts des Erfordernisses der Unverzüglichkeit der Entlassungserklärung, entgegenzuwirken, da dem Betriebsrat in § 105 Abs 1 ArbVG eine Äußerungsfrist von fünf Tage zusteht. Der deutsche Gesetzgeber ist dem Spannungsverhältnis zu § 626 Abs 2 BGB derart begegnet, dass er die Äußerungsfrist des Betriebsrates bei außerordentlichen Kündigungen von sieben auf drei Tage verkürzt hat (vgl § 102 Abs 2 BetrVG), wobei diese Äußerungsfrist die Ausschlussfrist des § 626 Abs 2 BGB nicht entsprechend verlängert<sup>468</sup>.

### III. Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung

#### 1. Tatbestandliche Voraussetzungen

Tatbestandlich besteht zunächst Übereinstimmung dahingehend, dass alle drei Staaten die fristlose Kündigung bzw Entlassung vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig machen, der eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen muss<sup>469</sup>. Die

---

<sup>464</sup> Kania in Erfurter Kommentar<sup>8</sup> (2008) § 102 BetrVG Rn 2.

<sup>465</sup> Vgl Schrank in Schrank/Mazal, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 302.

<sup>466</sup> Vgl Wolligger in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) § 106 ArbVG Rn 7.

<sup>467</sup> Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2005) Rn 803.

<sup>468</sup> BAG 08.06.2000, 2 AZR 375/99, NZA 2001, 212 [213].

<sup>469</sup> Vgl statt vieler: Arbeitsgericht Bern 21.12.1993, JAR 1994, 225 ff.; OGH 21.09.1982, 4 Ob 135/82, DRdA 1983, 114 [3.]; OGH 31.05.2000, 9 Ob A 19/00k, ARD 5196/19/2001; Dörner in Dörner/Luczak/Wildschütz, Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht<sup>6</sup> (2007) D. Rn 657.

außerordentliche Kündigung muss in allen drei Staaten ultima ratio sein<sup>470</sup>. Unterschiede bestehen jedoch in den Anforderungen an den wichtigen Grund. Die geringsten gesetzlichen Anforderungen stellt mE die Schweiz. Das schweizerische Arbeitsrecht verlangt das Vorliegen eines Umstands, der, gemessen an Treu und Glauben, die Entlassung als ultima ratio begründen muss. Etwas härter werden die Anforderungen in Deutschland, weil § 626 Abs 1 BGB anstelle eines Umstandes Tatsachen verlangt. Die härtesten Anforderungen stellt Österreich, denn es verlangt ungeachtet der Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten bei dem Verdacht einer Straftat bei der Entlassung eines Arbeiters in gleicher Weise ein Verschulden, wie bei der Vertrauensunwürdigkeit bei Angestellten<sup>471</sup>.

## 2. Formelle Voraussetzungen

### 2.1 Form der Kündigungserklärung

Unterschiedlich ist die Form, in der die Kündigung zu erfolgen hat. Sowohl in der Schweiz<sup>472</sup> also auch in Österreich<sup>473</sup> ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses an keine Form gebunden, so dass sie auch mündlich erklärt werden kann. Hiervon unterscheidet sich die Rechtslage in Deutschland, als jede Kündigung zu ihrer Wirksamkeit gesetzlich zwingend der Schriftform bedarf (vgl § 623 BGB). Die Abweichung Deutschlands zu Österreich und der Schweiz besteht erst seit dem 01.05.2000. Der Hintergrund dieses Schriftformerfordernisses ist in einer Verstärkung des Arbeitnehmerschutzes zu sehen. Zunächst soll der Arbeitnehmer Rechtssicherheit haben, ob und wann ihm konkret gekündigt wird. Damit soll sichergestellt werden, wann der Arbeitgeber tatsächlich den Entschluss zur Beendigung gefasst hat, und wann es sich lediglich um Unmutsäußerungen wie der, dass auf Mitarbeiter, wie den X, in Zukunft verzichtet werden könne, handelt. Hinsichtlich des Bezugs von Arbeitslosengeld soll dem Arbeitnehmer eine schriftliche Kündigung den Beweis einer existenten Kündigung erleichtern, was auch als Grund dafür angeführt wird, die elektronische Form der Kündigungserklärung (bislang)

---

<sup>470</sup> Deutlich: Bundesgericht 23.12.1998, JAR 1999, 271 [272]; OGH 04.12.2002 9 Ob A 230/02t, DRdA 2003/51, [558]; BAG 13.09.1995 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83].

<sup>471</sup> *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 301.

<sup>472</sup> Ausführlich: *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 335 Rn 5.

<sup>473</sup> *Sonntag* in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 2.

auszuschließen<sup>474</sup>. Letztlich soll das Schriftformerfordernis den Arbeitnehmer aber auch vor eigenen unüberlegten Äußerungen – etwa im Affekt – schützen<sup>475</sup>. Diese Motive überzeugen mE bei der Frage, ob die Kündigungserklärung einer gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform bedürfen soll. Allerdings beinhaltet das Schriftformerfordernis auch, dass der Kündigungsberechtigte Kündigungserklärung im Original unterschreibt (vgl § 174 BGB), was bei einem Telefax nicht gegeben ist<sup>476</sup>.

## 2.2 Erklärungsfrist

Auch hinsichtlich der Frist, innerhalb der die außerordentliche Kündigung auszusprechen ist, bestehen Unterschiede, wobei zwischen Österreich und Deutschland zumindest im Ergebnis deutliche Parallelen festzustellen sind. In Deutschland ist eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs 2 BGB nur innerhalb von 2 Wochen nach Bekanntwerden der maßgeblichen Kündigungsumstände wirksam möglich<sup>477</sup>. Im österreichischen Arbeitsrecht existiert eine solch starre zeitliche Regelung zwar nicht, allerdings muss die Kündigung unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern nach Bekanntwerden des Entlassungsgrundes erklärt werden<sup>478</sup>. Im deutschen Recht liegt Unverzüglichkeit dann nicht mehr vor, wenn die Obergrenze von 14 Tagen überschritten ist<sup>479</sup>. Diese Obergrenze zeigt insoweit eine Parallele zur österreichischen Judikatur auf, als dort neben einer angemessenen Überlegungsfrist<sup>480</sup>, bei der auch innerbetriebliche Entscheidungsprozesse zu berücksichtigen sind<sup>481</sup>, bei schwerwiegenden Vorwürfen, wie dem eines Diebstahls, eine sorgfältige Prüfung der Kündigung verlangt wird, die im Einzelfall auch einen Zeitraum von zwei Wochen umfassen kann<sup>482</sup>. Zwar ist auch im schweizerischen Arbeitsrecht die Kündigung unverzüglich auszusprechen, doch lässt sich hier nicht ohne weiteres eine Obergrenze von 14 Tagen erkennen, denn das Bundesgericht bestimmt den Begriff der Unverzüglichkeit auf einen Zeitraum von zwei bis drei Tagen nach dem

---

<sup>474</sup> BT-Drucksache 14/4897 [22].

<sup>475</sup> Ausführlich zu den Motiven: *Henssler* in MüKo Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 623 Rn 2 ff.

<sup>476</sup> Vgl zuletzt: LAG Rheinland-Pfalz 23.04.2008, 9 Sa 416/07, Arbeitsrecht Premium 17/2008, 7-8.

<sup>477</sup> Vgl hierzu LAG Baden-Württemberg 28.03.2007, 12 Sa 81/06, NZA-RR 2007, 350 [352].

<sup>478</sup> StRsp OGH 18.12.1950, 4 Ob 88/50, Arb 5229; OGH 19.05.1999, 9 Ob A 23/99, ARD 5050/4/99.

<sup>479</sup> *Heinrichs* in *Palandt*, BGB-Kommentar<sup>67</sup> (2008) § 121 Rn 3.

<sup>480</sup> OGH 24.05.1989, 9 Ob A 141/89, Arb 10.785.

<sup>481</sup> OGH 29.05.1996, 9 Ob A 2110/96, RdW 1997, 295.

<sup>482</sup> ASG Wien 10.05.2007, 10 Cga 199/00g, ARD 5797/4/2007.

Bekanntwerden des kündigungsrelevanten Verhaltens<sup>483</sup>. Eine Ausnahme besteht jedoch bei juristischen Personen aufgrund der längeren Entscheidungswege, allerdings ohne deutliche Annäherung an eine Zweiwochenfrist<sup>484</sup>. Der Unterschied zu der nach Tagen bemessenen Frist im deutschen Recht rechtfertigt sich vor allem in der Notwendigkeit, dass in Deutschland der Betriebsrat vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung anzuhören ist, für die dem Betriebsrat eine Äußerungsfrist von drei Tagen zusteht<sup>485</sup>. In Deutschland wird die Frist des § 626 Abs 2 BGB durch die Anhörung des Verdächtigten, gehemmt<sup>486</sup>, was im Ergebnis der Rechtslage in Österreich entspricht, dass durch die Einforderung der Stellungnahme des Arbeitnehmers der Entlassungsgrund nicht verwirkt wird<sup>487</sup>. Dies ist vor allem dann von großer Bedeutung, wenn der Verdächtige aufgrund etwaiger Untersuchungshaft schwer erreichbar ist<sup>488</sup>. Sowohl in Deutschland<sup>489</sup> als auch in Österreich<sup>490</sup> wird dem Arbeitgeber zugebilligt, bei zweifelhaften Sachverhalten eigene Ermittlungen anzustellen, um sich Klarheit über die Berechtigung der Entlassung zu verschaffen, solange dadurch nicht der Eindruck erweckt wird, den Sachverhalt nicht mehr zum Anlass für eine Entlassung zu nehmen<sup>491</sup>. In der Schweiz hingegen kann die verdachtsbedingte Aufklärung zu einem Verlust des Kündigungsrechtes führen, weil der Arbeitgeber durch Ermittlungen zu verstehen geben kann, dass ihm ein Festhalten am Vertrag ersichtlich zumutbar ist. Aus diesem Grund fordert *Rehbinder*<sup>492</sup> zu Recht klare Richtlinien von der schweizerischen Rechtsprechung, diese Rechtsunsicherheit in diesen Fragen zu klären.

Die Rechtslage in der Schweiz und in Österreich, die auf eine gesetzlich bestimmte Frist zur Erklärung der Entlassung verzichtet haben, weist zwar eine Übereinstimmung mit der deutschen Regelung in § 314 Abs 3 BGB auf, in der nur von einer „angemessenen Frist“

---

<sup>483</sup> Bundesgericht 18.12.1992, JAR 1994, 223 [223].

<sup>484</sup> So Obergericht des Kantons Luzern 23.11.1998, JAR 1999, 304 [304]; Appellationsgericht des Kantons Ticino 11.09.1998, JAR 1999, 304 [306].

<sup>485</sup> Vgl oben C III 2.4 [22 f].

<sup>486</sup> *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 841.

<sup>487</sup> OGH 19.05.1999, 9 Ob A 23/99, ARD 5050/4/99; OGH 14.02.2001, 9 Ob A 333/00m, RdW 2001/631, 615.

<sup>488</sup> Hierzu: LAG Köln 08.08.2000, 5 Sa 452/00, NZA-RR 2001, 185 [Leitsatz].

<sup>489</sup> BAG 01.02.2007, 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 [746].

<sup>490</sup> OGH 28.01.1999, 8 ObA 8/99f, ARD 5013/8/99; OGH 11.07.2001, 9 Ob A 163/01p, RdW 2002, 539.

<sup>491</sup> OGH 25.11.2003, 8 Ob A 96/03f, RdW 2004, 358.

<sup>492</sup> *Rehbinder* in *Berner Kommentar*, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 16.

gesprochen wird, allerdings wird § 314 Abs 3 BGB durch § 626 Abs 2 BGB nach dem Grundsatz der Spezialität verdrängt<sup>493</sup>. Dass der deutsche Gesetzgeber in § 626 Abs 2 BGB – im Gegensatz zu § 314 Abs 3 BGB – eine bestimmte Erklärungsfrist aufgenommen hat, soll zwar dem Gebot der Rechtssicherheit dienen, dass einerseits der zu Kündigende nicht unangemessen lange im Ungewissen gelassen werden soll und andererseits der Kündigende aber auch nicht zu hektischer Eile angetrieben wird<sup>494</sup>, führt aber in der Praxis häufig zu erheblichen Problemen, diese Frist einhalten zu können<sup>495</sup>. Unabhängig davon, ob der nationale Gesetzgeber eine Äußerungsfrist nach Tagen bestimmt hat oder nicht, erscheint es sicherlich sinnvoll, wenn die Rechtsprechung deutliche Kriterien zur Aufklärung unklarer Sachverhalte aufstellt. Dies kann, wie in Österreich, über eine Konkretisierung des Begriffs der Unverzüglichkeit geschehen, also wann eine Entlassung noch rechtzeitig ist oder wann sich aus dem Zuwarten ein Verzicht auf das Entlassungsrecht annehmen lässt<sup>496</sup>, oder, wie in Deutschland, über Kriterien zur Hemmung<sup>497</sup> einer gesetzlichen Frist.

### 3. Unabhängige Sachentscheidungsbefugnis

Höchstrichterlich herrscht Einigkeit zwischen den verglichenen Staaten, dass ein Strafurteil keine Bindung auf die Arbeitsgerichte entfaltet<sup>498</sup>, sondern der Zivilrichter frei darüber zu entscheiden hat, ob eine strafrechtlich relevante Handlung einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung bzw Entlassung setzt oder nicht<sup>499</sup>. Auch führt die Einstellung eines Strafverfahrens nicht zwingend dazu, dass dadurch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung entfällt<sup>500</sup>. Eine strafrechtliche Verurteilung ist in allen drei Staaten zu Recht nicht erforderlich, um einen wichtigen Grund zu rechtfertigen<sup>501</sup>.

---

<sup>493</sup> Vgl *Grüneberg* in *Palandt*, BGB-Kommentar<sup>67</sup> (2008) § 314 Rn 4.

<sup>494</sup> Hierzu: *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar*<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 200.

<sup>495</sup> Ausführlicher hierzu: *Sasse/Freihube*, Die Anhörung bei der Verdachtskündigung, *ArbRB* 2006, 15 [17].

<sup>496</sup> Vgl OGH 30.08.1989, 9 Ob A 211/89, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>497</sup> Ausführlich: *Eylert/Friedrichs*, Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung, *DB* 2007, 2203 [2205].

<sup>498</sup> Anders noch: Bundesgericht 16.07.1998, 4C.168/1998, *JAR* 1999, 277 Leitsatz.

<sup>499</sup> OGH 05.05.2005, 9 Ob A 52/04v, [www.rdb.at](http://www.rdb.at); Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, *JAR* 2001, 304 [305]; BAG 08.06.2000, 2 AZR 638/2000, *NZA* 2000, 1282 [1287].

<sup>500</sup> OGH 01.09.1999, 9 Ob A 219/99t, *RdW* 2000/150 [174].

<sup>501</sup> OGH 11.03.1998, 9 Ob A 14/98v, *RdW* 1998, 696; OGH 22.05.2003, 8 Ob A 27/03h, *ecolex* 2003/322.

#### IV. Vertrauenszerstörender Verdacht

Einigkeit besteht zwischen allen drei Ländern dahingehend, dass vage Verdachtsmomente – oder anders ausgedrückt, der bloße Verdacht – eine außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigen können<sup>502</sup>. Eine Gemeinsamkeit zwischen Teilen der schweizerischen Literatur<sup>503</sup> und der zwischenzeitlich über 50-jährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Deutschland besteht auch dahingehend, dass der dringende Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung das notwendige Vertrauen des Arbeitgebers zerstören kann. *Vitali*<sup>504</sup> begründet dies für die Rechtslage in der Schweiz damit, dass nicht der Verdacht kündigungsrelevant ist, sondern der Vertrauensverlust als Folge des Verdachtes. Diese Meinung wird auf schweizerischer Seite auch von *Portmann/Stöckli*<sup>505</sup> bei erheblichem Verdacht und von *Vischer*<sup>506</sup> bei gerechtfertigtem Verdacht getragen, wenn sich der Verdacht auf eine „relativ schwere Straftat“ bzw ein schweres Delikt bezieht. *Humbert/Volken*<sup>507</sup> teilen diese zustimmende Auffassung ebenfalls, allerdings ergänzt um eine weitere Bedingung, nämlich die, dass es dem Arbeitgeber trotz zumutbarer Anstrengungen nicht möglich war, den Verdacht zu entkräften.

##### 1. Gesetzliche Grundlage

Für die Rechtslage in der Schweiz erscheint dieser Standpunkt mE dogmatisch vertretbar, weil er den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art 337 Abs 2 OR gerecht wird. Art 337 Abs 2 OR verlangt entgegen der gesetzlichen Anforderung in Deutschland nicht das Vorliegen von Tatsachen, sondern lediglich das von Umständen.

---

<sup>502</sup> Vgl für die Schweiz: Bundesgericht 14.07.1997, JAR 1998, 217 [218]; *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12; für Österreich: OGH 29.06.1994, 9 Ob A 101/94, Arb 11.210; *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006) AngG § 27 Rn 35; für Deutschland: BAG 03.04.1986, 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677, [678]; *Link* in *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2007) § 127 Rn 136.

<sup>502</sup> BAG 03.04.1986, 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677, [678].

<sup>503</sup> *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 (102); *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 257; *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [570].

<sup>504</sup> *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 [102].

<sup>505</sup> *Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2007) Rn 766.

<sup>506</sup> *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 257.

<sup>507</sup> *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [570].

Vor diesem Hintergrund soll hier zunächst herausgearbeitet werden, inwieweit eine Tendenz feststellbar ist, wie sich das Schweizerische Bundesgericht zu diesen Literaturmeinungen und der Verdachtskündigung (weiter) positionieren wird. Im Anschluss daran ist zu prüfen, inwieweit sich der Rechtsgedanke der eben erwähnten schweizerischen Literaturmeinungen, einen erheblichen Verdacht anzuerkennen, auf Österreich übertragen lässt, oder ob eine solche Übertragung scheitert, weil in Österreich – im Gegensatz zu Art 337 Abs 2 OR, der kein Verschulden verlangt<sup>508</sup> – beim Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit Verschulden verlangt wird,

## 1.1 Tendenz des Schweizerischen Bundesgerichts

Auch wenn das Schweizerische Bundesgericht seine Neutralität bei der Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung unterstreicht, gibt eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichts mE Grund zu der These, dass das Bundesgericht zur Befürwortung der Verdachtskündigung tendiert bzw tendieren wird. Diese These begründet sich in drei Argumenten.

### 1.1.1 Die Positionierung im Käsefall

Im so genannten Käsefall hat das Bundesgericht<sup>509</sup> den Zusammenhang des erfolglosen Ausgangs eines Strafverfahrens, mit dem darin objektiv zu sehenden „Verlust des Verdachts“ aufgegeben. Der Zivilrichter ist an Entscheide der Strafgerichte nicht gebunden, sondern kann frei darüber entscheiden, ob eine strafrechtlich relevante Handlung einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung setzt oder nicht<sup>510</sup>. Auf die selbst auferlegte Prüfungsfrage, ob der Verdacht eines Diebstahls<sup>511</sup> die streitgegenständliche fristlose Entlassung rechtfertigen könne<sup>512</sup>, entschied das Bundesgericht, dass die

---

<sup>508</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 2; Bundesgericht 01.03.1978, BGE 104 Ia 161 [165].

<sup>509</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [305].

<sup>510</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [305].

<sup>511</sup> In dem zu entscheidenden Fall ging es um zwei Stücke Käse im Wert von SFr. 10,05 (entsprechend ca EUR 6,-).

<sup>512</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [306].

Auffassung von *Stahelin*<sup>513</sup> den Vorzug verdiene und deshalb der erhebliche Verdacht eines schweren Deliktes eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann<sup>514</sup>. Mit dieser Positionierung macht das Bundesgericht deutlich, dass es die Verdachtskündigung nicht generell ablehnt, sondern den Verdacht als wichtigen Grund an die Voraussetzungen „erheblicher Verdacht“ und „schweres Delikt“ knüpft – auch wenn dieselbe Zivilabteilung des Bundesgerichts drei Jahre später bekundet, sich bislang weder der einen, noch der anderen Literaturmeinung angeschlossen zu haben<sup>515</sup>. Unterstrichen wird diese Tendenz mE auch dadurch, dass das Bundesgericht zwar die Entscheidung der Vorinstanz, des Obergerichts Zürich, das die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt ansah, nicht aufgehoben hat, jedoch „gewisse Zweifel“ am Urteil der Vorinstanz hatte<sup>516</sup>.

#### 1.1.1.1 Rechtsfortbildung Bundesgericht vs Bundesarbeitsgericht

Diese (In-) Konsequenz des Bundesgerichts, eine Entscheidung trotz eigener Zweifel nicht aufzuheben, rechtfertigt sich in dem sich selbst auferlegten Prinzip der Zurückhaltung, das dahin gehend gelebt wird, nur dann einzuschreiten, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, irrelevante Tatsachen berücksichtigt wurde oder zwingend relevante außer Acht gelassen wurden<sup>517</sup>. Da das Bundesgericht die Entscheidung des Obergerichts Zürich zumindest als vertretbar ansah<sup>518</sup>, gab es – gemessen an dem Prinzip der Zurückhaltung – keinen zwingenden Grund, die Entscheidung aufzuheben.

Im Vergleich zum Bundesgericht der Schweiz betreibt das Bundesarbeitsgericht eine deutlich aktivere und verbal schärfere Rechtsfortbildung, bei der es verschiedene Rechtssätze aufgestellt hat, von denen abzuweichen, die Zulassung der Revision zur Folge hätte (vgl. § 72 Abs 2 Nr 2 ArbGG), oder im Falle der Nichtzulassung die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 72a Abs 3 Satz 2 Nr 2 ArbGG statthaft wäre und im

---

<sup>513</sup> *Stahelin* in Züricher Kommentar, Band V/2c, Kommentar zu den Art 319 bis 362 OR<sup>3</sup> (1996) Art 337 N23.

<sup>514</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [308].

<sup>515</sup> Bundesgericht 08.10.2002, 4C.112/2002, JAR 2003, 329 [331].

<sup>516</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [309].

<sup>517</sup> Ausführlich hierzu: Bundesgericht 23.12.1998, JAR 1999, 271 [273].

<sup>518</sup> Bundesgericht 23.12.1998, JAR 1999, 271 [273]; Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [309]; Bundesgericht 05.05.2003, 4C.67/2003, BGE 129 III 380 [382].

Ergebnis wohl auch Erfolg hätte. Diese aktivere Art der Rechtsfortbildung bleibt aber nicht ohne Folgen für die Instanzrechtsprechung im deutschen Arbeitsrecht. Ob es sich daher, bei der dem BAG folgenden Rechtsprechung der Tatsachengerichte, um die tatsächliche Rechtsmeinung der einzelnen Kammern der Landesarbeitsgerichte handelt, oder ob diese sich lediglich „rechtstreu“ der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts anschließen, um nicht die Aufhebung ihres Urteils zu riskieren, vermag bezweifelt werden. Die Zweifel begründen sich konkret darin, dass *Dörner*<sup>519</sup> in seinen Veröffentlichungen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung scharf kritisiert, wie auch die Begründungen des BAG hierzu, er aber in seiner Funktion als Vorsitzender Richter der 5. Kammer des LAG Rheinland-Pfalz die Verdachtskündigung durchaus als zulässig ansieht<sup>520</sup>.

#### 1.1.1.2 Stellungnahme

Wenngleich die in den Veröffentlichungen *Dörners* deutlich gewordene Abweichung von den Urteilen des BAG in einem Rechtsstaat, der ein freies Recht auf Meinungsäußerung gewährleistet, unbenommen bleibt, mag diese Inkonsequenz auch an der Deutlichkeit liegen, mit der das BAG Zustimmungen zu oder Abweichungen von seiner Rechtsprechung lobt bzw tadelt. Folgt ein LAG der Auffassung des BAG, finden sich in der Entscheidung über die Revision Formulierungen wie *„Dem Landesarbeitsgericht ist auch insoweit zu folgen, als es im Einklang mit der ständigen Senatsrechtsprechung davon ausgeht, dass...“*<sup>521</sup>, oder bei abweichender Auffassung des Berufungsgerichts die Aussage *„Nicht folgen kann der Senat dem Landesarbeitsgericht allerdings insoweit, als es angenommen hat, die Kündigung sei auch als Verdachtskündigung unwirksam...“*<sup>522</sup>.

Gemessen an dem Erfordernis einer bundesweit einheitlichen Rechtsprechung ist eine solche Deutlichkeit der bundesgerichtlichen Judikatur mE aber erforderlich, zumal die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Tatsachengerichte vom BAG nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt

---

<sup>519</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 ff; *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsgesetz<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 374a; *Dörner*, Die Verdachtskündigung – Bestandsaufnahme und Kritik eines überkommenen Rechtsinstitutes, AiB 1993, 147ff;

<sup>520</sup> Vgl LAG Rheinland-Pfalz 14.11.2006, 5 Sa 464/06, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 24.

<sup>521</sup> So beispielsweise: BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1058].

<sup>522</sup> BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1058].

hat, ob es bei der Subsumtion des Sachverhalts unter die betreffende Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und zu einer in sich widerspruchsfreien Entscheidung gelangt ist<sup>523</sup>.

### 1.1.2 Verdacht als Anfechtungsgrund

Die hier aufgestellte These sieht sich zweitens darin begründet, dass das Schweizerische Bundesgericht<sup>524</sup> den schwerwiegenden Verdacht einer Straftat genügen lässt, um einen Arbeitsvertrag „wegen Willensmangel für einseitig unverbindlich“ zu erklären, also die Willenserklärung auf Abschluss des Arbeitsvertrages insoweit anfechtbar zu machen. Dies wird damit begründet, dass der Arbeitnehmer von sich aus alles mitzuteilen habe, was ihn zur Übernahme in ein Arbeitsverhältnis als absolut ungeeignet erscheinen lässt<sup>525</sup> – auch ein eingeleitetes Strafverfahren wegen des Verdachts der vorsätzlichen Tötung im Privatbereich<sup>526</sup>.

Auch wenn die Entscheidung namentlich keine Verdachtskündigung zum Gegenstand hatte, so wird doch deutlich, dass der unbewiesene Verdacht einer Straftat einen Mitarbeiter zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses als ungeeignet erscheinen lassen kann. Wenn also der Verdacht einer gewissen Straftat genügt, um die arbeitgeberseitige Willenserklärung auf Abschluss eines Arbeitsvertrages anzufechten, liegt der Schluss nahe, dass ein – hinsichtlich seiner Schwere vergleichbarer – Verdacht einer Straftat zu Lasten des Arbeitgebers auch genügen könnte, um eine fristlose Kündigung begründen zu können, denn die Anfechtung und die Kündigung führen bei ihrer Wirksamkeit zu vergleichbaren Ergebnissen, nämlich dass ein Arbeitsverhältnis nicht bzw nicht mehr besteht.

Würde das Bundesgericht seine Rechtsprechung, die den Verdacht einer bestimmten Straftat als Anfechtungsgrund anerkennt, auf die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung übertragen, wäre die Bejahung dieser Frage zumindest konsequent.

---

<sup>523</sup> BAG 28.02.1990, 2 AZR 401/89, NZA 1990, 727 [728].

<sup>524</sup> Bundesgericht 30.01.2006, 2A.621/2005/bie, JAR 2007, 164 [171].

<sup>525</sup> Bundesgericht 30.01.2006, 2A.621/2005/bie, JAR 2007, 164 [168].

<sup>526</sup> Bundesgericht 30.01.2006, 2A.621/2005/bie, JAR 2007, 164 [170].

### 1.1.3 Kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung

Als letztes Argument begründet sich die These darin, dass das Bundesgericht<sup>527</sup> wiederholt<sup>528</sup> entschieden hat, dass die Verdachtskündigung der Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 EMRK nicht entgegensteht. Obgleich diese Frage einer näheren Untersuchung bedarf<sup>529</sup>, gibt diese Rechtsprechung des Bundesgerichts doch zumindest zu erkennen, die Verdachtskündigung nicht an der EMRK scheitern lassen zu wollen. Wollte man sich als Bundesgericht zur Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung nicht zumindest in kleinen Schritten positionieren, hätte nichts näher gelegen, als die Vereinbarkeit mit Blick auf die Meinung von *Rehbinder*<sup>530</sup> und *Egli*<sup>531</sup> abzulehnen, oder auch diese Frage weiterhin offen zu lassen, um dem eigenen Grundsatz der Zurückhaltung gerecht zu werden.

Aus diesen Überlegungen rechtfertigt sich mE die Annahme, dass das Bundesgericht – wenn auch zurückhaltend – die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung bejahen wird. Unabhängig davon, ob sich diese These in der zukünftigen Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes bewahrheiten wird, und unabhängig von den der Verdachtskündigung zustimmenden Literaturmeinungen in der Schweiz, wird später<sup>532</sup>, bei der Entwicklung eines eigenen Lösungsansatzes, gezeigt werden, dass die Verdachtskündigung in der Schweiz dogmatisch begründbar wäre.

Auch wenn das BAG, wie im Länderbericht ausgeführt, in gleicher Weise, wie Teile in der schweizerischen Literatur<sup>533</sup>, davon ausgeht, dass der Verdacht das Vertrauen grundlegend verstören kann, werden einem solchen Lösungsansatz – wenn auch nur von einer deutlichen Minderheit im deutschen Schrifttum<sup>534</sup> – dogmatische Bedenken

---

<sup>527</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [308].

<sup>528</sup> Bundesgericht 26.04.2004, 4P.74/2004, JAR 2005, 187 [189].

<sup>529</sup> Siehe hierzu Kapitel G [131 ff.].

<sup>530</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12.

<sup>531</sup> *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 46.

<sup>532</sup> Siehe hierzu Kapitel F V [123 ff.].

<sup>533</sup> *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 [102]; *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 257; *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [570].

<sup>534</sup> Vor allem von *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 ff; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 ff.

entgegengehalten. Anders, als das BAG<sup>535</sup> es mit Verweis auf *Belling*<sup>536</sup> begründet hat, keine Veranlassung zu sehen, sich mit der Kritik von *Schütte* und *Dörner* auseinandersetzen zu müssen, erhebt diese Arbeit den Anspruch, sich dezidiert mit dieser Kritik auseinander zu setzen und setzen zu müssen.

## 1.2 Dogmatische Bedenken

Nach der Auffassung von *Schütte*<sup>537</sup> fehlt es der Verdachtskündigung an einer gesetzlichen Grundlage, denn nach § 626 Abs 1 BGB verlange eine außerordentliche Kündigung das Vorliegen von Tatsachen, die den Kündigungsgrund begründen. Dringende Umstände, die für einen Verdacht sprechen, können insoweit nicht ausreichen, da Umstände nicht der Tatsache gleichgestellt werden könnten. Würde man dies zulassen, so würden an die Verdachtskündigung deutlich geringere Maßstäbe im Vergleich zur Tat Kündigung angelegt, weil die volle Überzeugung einer nachgewiesenen Pflichtverletzung durch die Frage der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ersetzt werden würde<sup>538</sup>. Ähnlich kritisch argumentiert auch *Dörner*<sup>539</sup>, der die Verdachtskündigung – gemessen an den Methoden der Auslegung des Gesetzes – für unzulässig erachtet und ihre Existenz eher dem praktischen Bedürfnis zurechnet, als ihrer dogmatische Vereinbarkeit mit dem Gesetz<sup>540</sup>. Deshalb könne auch die Zerstörung des für das Arbeitsverhältnis notwendigen Vertrauens die Verdachtskündigung nicht rechtfertigen<sup>541</sup>, denn der Vertrauensverlust basiere nicht auf einer Tatsache, sondern lediglich auf dem Verdacht. Damit widerspricht – so *Schütte*<sup>542</sup> und *Joachim*<sup>543</sup> – die Verdachtskündigung der Systematik der Kündigungsgründe aus § 1 KSchG, denn die Verdachtskündigung sei keine personenbedingte Kündigung, weil der Verdacht der Begehung einer Straftat oder einer Pflichtverletzung die Fallgruppe der verhaltensbedingten Kündigung betrifft<sup>544</sup>. Der verdächtige Arbeitnehmer sei vielmehr in

---

<sup>535</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 20.

<sup>536</sup> *Belling* in *Heinze/Söllner*, Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel (1994) 11ff.

<sup>537</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>538</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 374b.

<sup>539</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 374a.

<sup>540</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 374a.

<sup>541</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 375.

<sup>542</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>543</sup> *Joachim*, Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, 33 [33].

<sup>544</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

seiner Person geeignet und habe sich tadelfrei verhalten, solange ihm Anderes nicht nachgewiesen werden könne<sup>545</sup>. Allerdings sei die Verdachtskündigung auch nicht als verhaltensbedingte Kündigung anzusehen, weil der Kündigungsgrund nicht im nachgewiesenen Fehlverhalten des Arbeitnehmers liege, sondern nur mit dem Verdacht begründet werde<sup>546</sup>. Die Verdachtskündigung als verhaltensbedingte Kündigung einzuordnen, würde nach der Auffassung von *Deinert*<sup>547</sup> bedeuten, ein Weniger für die Wirksamkeit der Kündigung genügen zu lassen, als im Gesetz vorgesehen ist. Dies führe zu einer Beweislastumkehr, weil der Arbeitnehmer nun das Fehlen eines kündigungsrelevanten Verhaltens zu beweisen hätte. Nach *Naujok*<sup>548</sup> hingegen käme eine Einordnung als verhaltensbedingte Kündigung nur dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer durch eigenes Verhalten Anlass zu dem Verdacht gegeben hätte. Somit bliebe nur die Einordnung der Verdachtskündigung als eigenständigen Kündigungsgrund, wofür es jedoch an einer gesetzlichen Grundlage fehle<sup>549</sup>. Aus diesem Grund sei nach der Auffassung von *Joachim*<sup>550</sup> so wörtlich „das Scheusal der Verdachtskündigung in die Wolfsschlucht zu werfen“.

Dieser Kritik kann nicht gefolgt werden, denn der Ansatz ist mE schon verfehlt. Verdacht und Tatsache sind keine sich ausschließenden Begriffe. Mit der konträren Darstellung dieser beiden Begriffe erweckt die Kritik den Eindruck, dass die Verdachtskündigung es dem Arbeitgeber ermögliche, auch aufgrund eines lapidaren Verdachtsmomentes<sup>551</sup> eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, weil ja der Verdacht als wichtiger Grund genüge und in dogmatisch nicht zu rechtfertigender Weise die gesetzlich geforderten Tatsachen durch den Verdacht ersetzt würden. Dieser Ansatz ist mE verfehlt. Der Kritik ist zwar dahingehend zu folgen, dass im deutschen Recht nur eine Tatsache ein wichtiger Grund sein kann und allein der Verdacht einer Straftat oder Pflichtverletzung keine

---

<sup>545</sup> *Joachim*, Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, 33 [35].

<sup>546</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung – Bestandsaufnahme und Kritik eines überkommenen Rechtsinstitutes, AiB 1993, 147 [166].

<sup>547</sup> *Deinert*, Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema, AuR 2005, 285 [287].

<sup>548</sup> *Naujok*, Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldvermutung, ArbuR 1998, 398 [399].

<sup>549</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>550</sup> *Joachim*, Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, 33 [39].

<sup>551</sup> Solche Verdachtsmomente genügen eben nicht: vgl BAG 26.03.1992, 2 AZR 519/91, NZA 1992, 1121 [1122]; OGH 29.06.1994, 9 Ob A 101/94, Arb 11.210.

Tatsache ist. Allerdings bildet nicht der Verdacht den wichtigen Grund, sondern wichtiger Grund ist der unwiederbringliche Vertrauensverlust des Arbeitgebers. Dieser Vertrauensverlust wird genährt durch objektive Tatsachen, die der Kündigende darzulegen und zu beweisen hat. *Ebeling* hat dies als den entscheidenden Umstand beschrieben, um Tatverdacht und Kündigungsmotiv des Arbeitgebers miteinander zu verbinden<sup>552</sup>. Diese Differenzierung, dass nämlich nicht der Verdacht Motiv des Arbeitgebers, sondern Ursache für die Zerstörung des für ein Arbeitsverhältnis erforderlichen Vertrauens ist, ist nach *Lücke*<sup>553</sup> ursächlich für die verfehlte Kritik von *Schütte*, weshalb dieser Punkt hier etwas deutlicher ausgeführt wird.

Spätestens mit Abschluss des Arbeitsvertrags schaffen die Parteien einen Vertrauenstatbestand, der neben der fachlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers für das Arbeitsverhältnis entscheidend ist<sup>554</sup>. Damit ist das Arbeitsverhältnis geprägt von gegenseitigen Verpflichtungen der Vertragsparteien, nämlich der Treuepflicht<sup>555</sup> auf Seiten des Arbeitnehmers – als Oberbegriff der den Arbeitnehmer treffenden Nebenpflichten<sup>556</sup> – und der Fürsorgepflicht<sup>557</sup> auf Seiten des Arbeitgebers. Die Treuepflicht ist somit das Korrelat zum Vertrauen, das der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer entgegenbringt<sup>558</sup>. Dieser Vertrauensschutz<sup>559</sup> ist ein elementares Prinzip des Zivilrechts<sup>560</sup> und bezieht sich nicht auf irgendeine abstrakte Form allgemeinen Vertrauens sondern neben dem situationsbezogenen vor allem auf das personenbezogene Vertrauen<sup>561</sup>. Ein effektiver Schutz des Vertrauens kann aber nur dann gewährleistet werden, wenn die Rechtsordnung die Interessen des redlich Vertrauenden höher bewertet, als die des sich vertrauensunwürdig Erweisenden. Das auf Seiten des Arbeitgebers redlich begründete Vertrauen ist aber bereits dann erschüttert, wenn Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer vorliegen. Auch wenn der Schutz des Vertrauens des Arbeitnehmers in die

---

<sup>552</sup> *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 88.

<sup>553</sup> *Lücke*, Unter Verdacht – Die Verdachtskündigung, BB 1997, 1842 [1844].

<sup>554</sup> Soweit zustimmend: *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 375.

<sup>555</sup> Vertiefend: *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2007) § 55 Rn 1.

<sup>556</sup> *Richardi* in *Tomandl*, Treue und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1975) 65.

<sup>557</sup> Vertiefend: *Blomeyer* in *MünchArbR* Band 1<sup>2</sup> (2000) § 94 Rn 1.

<sup>558</sup> *Zöllner* in *Tomandl*, Treue und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1975) 101.

<sup>559</sup> Zum Vertrauensschutz bei Vertragsbediensteten; ausführlich: *Rebhahn*, Vertrauensschutz in gesetzlich determinierten Dienstverhältnissen, DRdA 2002, 202ff.

<sup>560</sup> Ausführlicher hierzu: *Roth* in *MüKo*, Band 2 Schuldrecht AT<sup>5</sup> (2007) § 242 Rn 98.

<sup>561</sup> Näher hierzu: *Aigner*, Antworten auf Arbeitnehmerfehlverhalten (2002) 38-39.

Redlichkeit des Arbeitgebers höher anzusetzen sein mag, so gebietet die Zivilrechtsordnung auch Schutz bei enttäuschem Vertrauen<sup>562</sup>. Der Verlust der Vertrauensgrundlage kann deshalb grundsätzlich einen wichtigen Grund darstellen, denn es ist auf dieser Prüfungsebene des wichtigen Grundes nicht ersichtlich, weshalb schwerwiegende Verdachtsmomente nicht geeignet sein sollen oder können, eine bestehende Vertrauensgrundlage zu belasten oder gar zu zerstören. Bis hierin ist es irrelevant, aufgrund welcher Umstände das Vertrauen in den Arbeitnehmer entfallen ist – ob dies von ihm nachweislich verschuldet wurde oder nur Verdachtsmomente bestehen, denn als personenbedingter Kündigungsgrund<sup>563</sup> kommt es – anders als in Österreich – auf ein Verschulden nicht an<sup>564</sup>. Wenn nun das Vertrauen in den Vertragspartner entfallen ist, so muss die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich schon deshalb möglich sein, weil – wie *Dörner*<sup>565</sup> zu Recht ausführt – § 626 Abs 1 BGB ein Anwendungsfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist.

Zuzustimmen ist der Kritik jedoch dahingehend, dass der Verdacht alleine nicht genügen kann, denn der Gesetzgeber spricht in § 626 Abs 1 BGB deutlich von Tatsachen. Auch ist es keineswegs so, dass jeder irgendwie geartete Verdacht genügen kann, um eine außerordentliche Kündigung zu begründen. Wie oben ausgeführt, kommt es auf den Verlust des Vertrauens an, der grundsätzlich einen wichtigen Grund darstellen kann. Dieser Vertrauensverlust als wichtiger Grund muss nun durch objektive Tatsachen begründet werden. *Belling*<sup>566</sup> führt zum Maße des Vertrauenswegfalls hierzu zu Recht aus, dass nur der Wegfall objektivierbarer und damit kündigungsrelevanter Vertrauenspositionen, die privatautonom geschaffen und damit Geschäftsgrundlage des Arbeitsvertrages sind, eine Verdachtskündigung rechtfertigen können. Objektive Tatsache heißt aber nicht, bewiesene Tat, denn Tatsachen sind alle der äußeren Wahrnehmung

---

<sup>562</sup> Hierzu: *Rebhahn*, Vertrauensschutz in gesetzlich determinierten Dienstverhältnissen, DRdA 2002, 202, [207].

<sup>563</sup> Als solcher wird die Verdachtskündigung ganz überwiegend gesehen: *Berkowsky*, Die personenbedingte Kündigung – Teil 2, NZA-RR 2001, 449 [455]; *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 746; *Appel/Gerken*, Pro und Contra Verdachtskündigung, ArbuR 1995, 201 [205]; *Gallner* in HaKo, Kündigungsschutzrecht<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 597; *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 438; *Fischermeier* in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 BGB Rn 211; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1<sup>3</sup> (2005) § 10 Rn 120.

<sup>564</sup> Statt vieler: *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 273.

<sup>565</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 6.

<sup>566</sup> *Belling*, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223 [229].

zugänglichen Geschehnisse oder Zustände, aus denen das objektive Recht Rechtswirkungen herleitet<sup>567</sup>. Hierzu zählen auch die so genannten inneren Tatsachen, wie Wille, Vorsatz und Einverständnis<sup>568</sup>. Aufgabe des Richters ist es, getreu dem Grundsatz *iura novit curia* den beweisheblichen Tatsachenvortrag der Parteien nach seiner freien Überzeugung<sup>569</sup> zu beurteilen<sup>570</sup>. Auch der Verdacht kann ein der äußeren Wahrnehmung zugängliches Ereignis sein, wenn die Momente, die den Verdacht nähren, objektiv darlegbar und begründbar sind. Dies wird vor allem an dem in der Schweiz entschiedenen Käsefall<sup>571</sup> deutlich. Die Handlung eines Mitarbeiters eines Supermarktes, der ein Stück Käse ohne Bezahlung aus dem Ladengeschäft entnimmt und auf dem Parkplatz in sein Auto verbringt, ist ein Ereignis, das nach der äußeren Wahrnehmung eines unbeteiligten Dritten durchaus die Annahme zulässt, dieser Mitarbeiter wolle sich das Stück Käse ohne Bezahlung aneignen. Jeder Diebstahl gilt als vollendet, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind<sup>572</sup>. Konkret ist dies dann der Fall, wenn der Täter eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Objektiv betrachtet wäre die äußere Wahrnehmung einer solchen Tat ernsthaft kaum zu leugnen. Die objektiven Tatsachen, dass nämlich der Mitarbeiter den Käse genommen hat, nicht bezahlt hat, ihn aus dem Ladengeschäft verbracht und in sein Auto, einem dem Arbeitgeber nicht ohne Weiteres zugänglichen Machtbereich, verschlossen hat, liegen damit vor. Allerdings wäre es voreilig, hier von einer Tatündigung aufgrund vollendeten Diebstahls auszugehen, denn es bleibt die in der Praxis regelmäßig vorkommende Behauptung, die Ware – hier den Käse – noch bezahlen zu wollen. Dies spiegelt sich auch im Schwarzverkauf-Fall<sup>573</sup> und der Bienenstichentscheidung<sup>574</sup> wider. Im Schwarzverkauf-Fall gab der Koch an, die Würstchen nicht zum Schwarzverkauf sondern als Geschenk für seine Schwester mitgenommen zu haben. In der Bienenstichentscheidung gab die Mitarbeiterin, auf frischer Tat betroffen, an, zwar kein Geld bei sich, jedoch den festen Entschluss gehabt zu haben, das verzehrte Stück Bienenstich am darauf folgenden Tag bezahlen zu wollen.

---

<sup>567</sup> Gottwald in Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht<sup>16</sup> (2004) § 110 Rn 3.

<sup>568</sup> Greger in Zöller, Zivilprozessordnung<sup>26</sup> (2007) § 286 Rn 9.

<sup>569</sup> Anschaulich: Prütting, Die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA 1999, 107 [107].

<sup>570</sup> Foerste in Musielak, Zivilprozessordnung<sup>5</sup> (2007) § 286 Rn 9.

<sup>571</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304.

<sup>572</sup> Fischer, Strafgesetzbuch<sup>55</sup> (2008) § 22 Rn 4.

<sup>573</sup> Vgl OGH 18.08.1995, 8 Ob A 269/95, www.rdb.at.

<sup>574</sup> BAG 17.05.1984, 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91 [91-92].

Allein diese subjektiven Motive lassen eine nachweisbare Tat fraglich erscheinen. Der Verdacht hingegen ist durch die objektiven Tatsachen genährt. Der subjektiven Komponente wird aber durch die gesetzlich vorgeschriebene Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles mE ausreichend Rechnung getragen.

Für die Zerstörung des Vertrauens in die Redlichkeit des Arbeitnehmers ist es – zumindest in Deutschland und der Schweiz – unerheblich, ob der Arbeitnehmer den Vertrauensverlust vorsätzlich, fahrlässig oder völlig unverschuldet hervorgerufen hat, weil der Umstand, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund des Tatverdachts nicht mehr zu vertrauen vermag, ein Grund ist, der in der Person des Arbeitnehmers begründet liegt<sup>575</sup>. *Berkowsky*<sup>576</sup> führt treffend aus, dass der Verdächtige durch den Vertrauensverlust zugleich die erforderliche Eignung für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verliert, weshalb eine verhaltensbedingte Kündigung deshalb nicht in Betracht kommt, weil kündigungsbegründendes Fehlverhalten dem Verdächtigten gerade nicht nachgewiesen werden muss.

Vor diesem Hintergrund, dass nicht der Verdacht der Kündigungsgrund (also der wichtige Grund) ist, sondern der wichtige Grund im Wegfall des Vertrauens liegt, und dieser Vertrauensentfall auf einem Verdacht beruht, der wiederum durch objektive Tatsachen begründet werden muss, erscheint die Verdachtskündigung nach den Worten von *Hahn*<sup>577</sup> in einem anderen Licht.

### 1.3 Das Erfordernis eines Verschuldens

Selbst wenn aus dem oben Gesagten sich auch eine Vertrauensunwürdigkeit nach österreichischem Recht im Ansatz begründen ließe, weil gravierende und sich erhärtende

---

<sup>575</sup> *Preis*, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht<sup>2</sup> (2003) 780; *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 438; *Gallner* in *HaKo*, Kündigungsschutzrecht<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 597; *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 746; *Appel/Gerken*, Pro und Contra Verdachtskündigung, *ArbuR* 1995, 201 [205]; *Fischermeier* in *KR-Gemeinschaftskommentar*<sup>8</sup> (2007) § 626 BGB Rn 211; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1<sup>3</sup> (2005) § 10 Rn 120.

<sup>576</sup> *Berkowsky* in *MünchArbR* Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn. 8.

<sup>577</sup> *Hahn*, Verdachtskündigung (2004) 46.

Verdachtsmomente den Arbeitnehmer unwürdig erscheinen lassen könnten<sup>578</sup>, ihm weiteres, für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliches Vertrauen entgegenzubringen, so erweist sich das gesetzliche Verlangen, dass die Begehungshandlung des Arbeitnehmer schuldhaft erfolgt sein muss, als hohe<sup>579</sup> Hürde, um eine Verdachtskündigung im österreichischen Recht dogmatisch rechtfertigen zu können. Diese Voraussetzung, Verschulden zu verlangen, greift auch *Heilmann*<sup>580</sup>, für die Rechtslage in Deutschland auf, weil nach seiner Auffassung die Verdachtskündigung nur dann zulässig ist, wenn den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft.

ME ist diese Hürde jedoch nicht unüberwindbar, sondern hat sich an zwei Faktoren zu bestimmen. Zum einen an der Frage des Verschuldens am Verdacht und zum anderen an der Frage wie der Verdacht bewiesen wird.

### 1.3.1 Schuldhafter Verdacht

Maßgeblich ist zunächst, dass in Österreich Verschulden lediglich hinsichtlich der Begehungshandlung, nicht jedoch hinsichtlich der aufgrund der Begehungshandlung eintretenden Vertrauensunwürdigkeit gefordert wird<sup>581</sup>. Die Begehungshandlung könnten mE jedoch auch die Umstände sein, die letztlich ursächlich für den Verdacht sind. Dieser Ansatz spiegelt auch wider, dass bloße Verdachtsmomente nicht ausreichen können. Der Arbeitgeber erhält – wodurch auch immer – Kenntnis von einem Arbeitnehmerfehlverhalten, das entweder über eine vage Denunziation ohne verwertbare Anhaltspunkte nicht hinausgeht, dann wird eine Entlassung nicht zu rechtfertigen sein, oder aber konkrete Anhaltspunkte für ein tatsächliches Fehlverhalten bietet. Solange dieses Fehlverhalten aber nicht bewiesen ist, besteht nur ein Verdacht, der in seiner Intensität im Einzelfall unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann. Sieht man in dem hinreichend konkret verdächtigten Fehlverhalten die Begehungshandlung, ist hinsichtlich des Verschuldens die Frage zu klären, inwieweit den Verdächtigten ein solches an dem Verdacht trifft.

---

<sup>578</sup> So: *Tomandl*, Zur Verdachtsentlassung, ZAS 1966, 139 [141]; *Petrovic*, Die Vertrauensunwürdigkeit als Entlassungsgrund nach § 27 Abs 1 letzter Satz AngG, ZAS 1983, 49 [60]; *Martinek/Schwarz/Schwarz*, Angestelltengesetz<sup>7</sup> (1991) 612.

<sup>579</sup> Unüberwindbar nach *Kuderna*, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 133.

<sup>580</sup> *Heilmann*, Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitierung (1964) 57.

<sup>581</sup> *Jabornegg/Resch/Strasser*, Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2005) Rn 769; *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Band II XVII Rn 36.

Betrachtet man die drei Ausgangsfälle, so ist die jeweilige Handlung – den Käse unbezahlt aus dem Laden genommen, die Würstchen trotz kollektiven Verbots bei sich geführt, und das Stück Kuchen ohne Bezahlung verzehrt zu haben – dann als Begehungshandlung relevant, wenn man in ihr eine Pflichtverletzung sehen kann. Diese könnte im Käsefall darin bestehen, dass der Mitarbeiter den Käse nicht nur zwischenlagern und dann bezahlen wollte, sondern entwenden wollte; im Schwarzverkauf-Fall die Würstchen nicht als Geschenk sondern zum Abverkauf im Zug bestimmt waren und in der Bienenstichentscheidung eine nachträgliche Bezahlung in Wahrheit nicht geplant war. Die Beantwortung dieser Fragen ist indes nur im Rahmen einer Beweiswürdigung möglich, weshalb bislang nur der Verdacht besteht. In allen drei Ausgangsfällen wird man den Verdächtigten entgegenhalten können, dass sie sich selbst in die Situation des Verdachtes gebracht haben, weil sie sich aufgrund ihrer Handlungen für einen außenstehenden Beobachter so verhalten haben, wie es auch ein unredlicher Mitarbeiter getan hätte. Nämlich im Käsefall unbezahlte Ware bis zum Dienstende an einem Ort zwischen zu lagern, zu dem bedingt durch den Fahrzeugschlüssel ohne Gewalteinwirkung der Arbeitgeber keinen Zugang hat; im Schwarzverkauf-Fall im Bewusstsein eines bestehenden Mitnahmeverbots die Würstchen dennoch bei sich geführt zu haben und in der Bienenstichentscheidung unbezahlt Ware verzehrt zu haben. Dieses Verhalten beinhaltet jeweils den Verdacht eines Pflichtverstoßes und das Verschulden ließe sich darin sehen, dass die Verdächtigten in allen drei Fällen durch ihr Verhalten Grund zu dem Verdacht gegeben haben. Der verschuldete Verdacht bestimmt sich demnach an dem Verhalten, das in einer konkreten Situation von dem eines redlichen Mitarbeiters abweicht und er deshalb auf sich aufmerksam macht.

### 1.3.2 Der Beweis des Verdachtes

Dieser Verdacht bedeutet jedoch nicht, dass sich mit ihm schon eine Entlassung rechtfertigen ließe, sondern der Verdacht bedarf nun, nach seinem Bekanntwerden, weiterer Aufklärung. Hierbei ist entscheidend, welche Aufklärungen der Arbeitgeber noch durchführen kann.

### 1.3.2.1 Beweislast

Einigkeit besteht zwischen den verglichenen Ländern im Punkt der Beweislastverteilung. Diese trägt der Kündigende<sup>582</sup>. Zweifel, dass dies in Deutschland bei der Verdachtskündigung so nicht gelten würde, äußern lediglich *Dörner*<sup>583</sup> und *Schütte*<sup>584</sup>, weil ihrer Ansicht nach die Verdachtskündigung zu einer Umkehr der gesetzlichen Beweislastverteilung führe.

#### 1.3.2.1.1 Umkehr der Beweislast

Begründet wird diese Kritik damit, dass das Risiko der Unaufklärbarkeit des Verdachts auf den Arbeitnehmer abgewälzt werde. Materiell werde der Arbeitnehmer wegen einer Tat gekündigt, die der Arbeitgeber nicht beweisen könne. Die Feststellung, dass die Tat nicht erwiesen werden müsse, werde bei der Verdachtskündigung zum Tatbestandsmerkmal erhoben<sup>585</sup>. Mit der gesetzlich vorgesehenen Beweislastverteilung zu Lasten des Kündigenden, sei es nicht vereinbar, dass bei der Verdachtskündigung Tatsachen ausreichend seien, die nur den Verdacht der Täterschaft begründen<sup>586</sup>. Zudem werde im Ergebnis mit dem dringenden Tatverdacht eine zwischen § 294 ZPO und § 286 ZPO anzusiedelnde Zwischenstufe des notwendigen Beweismaßes eingeführt<sup>587</sup>. *Grunsky*<sup>588</sup> hingegen vertritt die Auffassung, eine solche Beweislastverteilung zulasten des Verdächtigten vorzunehmen, nach der er das Risiko zu tragen habe, dass der Sachverhalt aufgeklärt werden könne oder nicht.

Sowohl die Kritik, als auch die Überlegung von *Grunsky* überzeugen mE nicht. Der Auffassung von *Dörner* und *Schütte* ist zunächst entgegenzuhalten, dass nicht der

---

<sup>582</sup> Vgl. RG 20.11.1936, II 110/36, JW 1937, 1146 [1147]; *Prütting*, Die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA 1999, 107 [110]; *Kuderna*, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 133; Pretore della giurisdizione di Locarno-Campagna 18.09.2000, JAR 2001 320 [320].

<sup>583</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [867].

<sup>584</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>585</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 180.

<sup>586</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 BGB Rn 374b.

<sup>587</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 BGB Rn 375.

<sup>588</sup> *Grunsky*, Die Verdachtskündigung, ZfA 1977, 167 [186].

Verdacht, sondern der aus dem Verdacht resultierende Vertrauensverlust des Arbeitgebers, wichtiger Grund ist, wenn er die Vertrauensgrundlage unwiederbringlich zerstört<sup>589</sup>. Diese Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitgeber darlegen und durch objektive Tatsachen belegen, die die Zweifel und den Verdacht begründen<sup>590</sup>. Den Arbeitgeber trifft die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass schwerwiegende Verdachtsmomente bestehen. Entscheidend hierbei ist – wie bei allen anderen Kündigungsgründen auch – eben gerade nicht die subjektive Befindlichkeit des Arbeitgebers, sondern der Verdacht muss objektiv durch bestimmte Tatsachen begründet sein<sup>591</sup>, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können<sup>592</sup>. Diese Prüfung erfolgt auf zwei Ebenen: Zunächst – und das ist die Rechtsfrage – müssen die vom Arbeitgeber vorgetragene(n) Tatsachen zur Begründung des Verdachtes schlüssig sein und nur wenn dies zu bejahen ist, ist als Tatsachenfrage durch Beweiserhebung und Beweiswürdigung zu beurteilen, ob die vorgetragene(n) Tatsachen tatsächlich zutreffen<sup>593</sup>. Nur wenn ein verständiger und gerecht abwägender Arbeitgeber ebenfalls zu einem Kündigungsentschluss kommt, liegt ein Kündigungsgrund vor. Zur Beurteilung dessen hat *Stein*<sup>594</sup> folgende Prüfungsfrage aufgestellt: Wenn einem Dritten alle Tatsachen und Indizien vorgetragen werden würden, würde er den Verdacht dann als gerechtfertigt ansehen oder nicht?

Eine Beweislastumkehr zulasten des Arbeitnehmers erfolgt durch die Verdachtskündigung daher nicht. Der Arbeitnehmer wird durch die Verdachtskündigung auch nicht unzumutbar benachteiligt, denn er kann Indizien entkräften, die den Verdacht einer strafbaren Handlung begründen, muss jedoch nicht den Gegenbeweis für seine Unschuld antreten<sup>595</sup>. Es kommt für die Rechtfertigung der Verdachtskündigung nicht auf den Nachweis eines

---

<sup>589</sup> Statt vieler: *Berkowsky* in MünchArbR Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn. 2; *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht, 2003, 193; *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung, 2003, 51.

<sup>590</sup> *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2007) § 127 Rn 138.

<sup>591</sup> BAG 21.06.1995, 2 ARZ 735/94, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz.

<sup>592</sup> BAG 08.02.1980, 7 AZR 65/78, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 51.

<sup>593</sup> Deutlich: BAG 10.02.2005, 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 [1058].

<sup>594</sup> *Stein*, Verdachtskündigung, Arbeitsrecht Premium 49/07, 5.

<sup>595</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht, 2003, S. 195; *Schrank* in *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 304.

positiven Tathergangs an, sondern auf die Umstände, die gerade den Wegfall des Vertrauens begründen. Damit verbleibt die objektive Beweislast beim Arbeitgeber.

Daher ist mE auch die Überlegung von *Grunsky*<sup>596</sup>, soweit er eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Verdächtigten fordert, abzulehnen. Einer Beweislastumkehr zu Lasten des Verdächtigten fehlt die dogmatische Legitimation, ohne die es sie nicht geben kann<sup>597</sup>. Überdies besteht hier mE keine Veranlassung, derartige Ausnahmen der Beweislastverteilung im Vergleich zu anderen Fällen außerordentlicher Kündigung vorzunehmen. Es ist gerade erforderlich und auch sachgerecht, dass den Kündigenden die Beweislast für die Tatsachen trifft, die den wichtigen Grund seiner Kündigung bilden sollen<sup>598</sup>, denn der Kündigende ist derjenige, der mit seinem Verlangen nach Kündigung die bestehende Rechtslage – nämlich den Bestand des Arbeitsverhältnisses – ändern will. Darüber hinaus führt eine Änderung der Beweislast zu einer deutlichen Verschlechterung der Position des Verdächtigten, denn ihm wird oftmals aufgrund seiner betrieblichen Unterlegenheit der Weg zu etwaiger Beweissicherung versperrt bleiben. Die Rechtsunsicherheit, die mit einer solchen Beweislastverteilung einherginge, und die mangelnde gesetzliche Legitimation, vermögen eine Beweislastumkehr daher nicht zu rechtfertigen.

#### 1.3.2.1.2 Prima-facie Beweis

Nachdem eine Beweislastumkehr abzulehnen ist und die Beweislast weiterhin beim kündigenden Arbeitgeber liegt, gibt es Überlegungen, ihm diese Beweisführung zu erleichtern. *Pfandlsteiner*<sup>599</sup> hält den Anscheinsbeweis hier als zulässigen mittelbaren Beweis für geeignet, die Beweissituation des Arbeitgebers zu verbessern. Der OGH<sup>600</sup> hat den Anscheinsbeweis zur Rechtfertigung einer Entlassung im Einzelfalle grundsätzlich anerkannt. Zur Begründung einer Entlassung wegen Vertrauenswürdigkeit aufgrund mehrtägigen Betreibens eines Buschenschanks während des Krankenstandes hat der

---

<sup>596</sup> *Grunsky*, Die Verdachtskündigung, ZfA 1977, 167 [186].

<sup>597</sup> Zur Legitimation der Beweislastumkehr: *Prütting*, Die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA 1999, 107 [111].

<sup>598</sup> Statt vieler: *Sandmann* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar<sup>2</sup> (2006) § 626 BGB Rn 469.

<sup>599</sup> *Pfandlsteiner*, Die Verdachtskündigung (1987) 17.

<sup>600</sup> OGH 25.03.1980, 4 Ob 2/80, Arb 9862.

OGH<sup>601</sup> den Anscheinsbeweis herangezogen, weil sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung sagen lasse, dass mit dem Betreiben eines Buschenschanks quantitativ mehr Gäste bewirtet werden, als bei dem zu tolerierenden Bewirten privater Gäste.

ME mag es Sachverhalte geben, die sich mit den Regeln des Anscheinsbeweises lösen lassen. Allerdings ist eine generelle Beschränkung auf den Anscheinsbeweis hier wenig hilfreich, denn der Anscheinsbeweis setzt einen unstreitigen oder bewiesenen Sachverhalt voraus, der infolge der Häufigkeit gleicher Ereignisse nach der Lebenserfahrung auch gleiche Folgen auslöst<sup>602</sup>. Aus der aufgrund der nach der allgemeinen Lebenserfahrung gewonnenen Erkenntnis der Gewöhnlichkeit oder Üblichkeit eines Geschehensablaufes kann dann auf einen bestimmten Erfolg oder umgekehrt von diesem Erfolg auf einen bestimmten Geschehensablauf, ein ursächliches fehlerhaftes Verhalten, geschlossen werden<sup>603</sup>. Der Anscheinsbeweis ist zwar grundsätzlich der Erschütterung zugänglich, doch führt er dann zur richterlichen Überzeugung, wenn der Gegenbeweis nicht gelingt<sup>604</sup>.

Ein solcher Sachverhalt, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung derart typisch, gewöhnlich und üblich ist, dass sich der Schluss aufdrängt, der behauptete Verdacht sei quasi erwiesen, erscheint mE zweifelhaft. Dies würde voraussetzen, dass es für alle nur denkbaren Verdachtssituationen einen nach allgemeiner Lebenserfahrung typischen und üblichen Erfahrungssatz gibt, was angesichts der Vielfalt, Unterschiedlichkeit und Individualität der Sachverhalte nicht realistisch ist<sup>605</sup>. Überdies lässt sich der Grundsatz der Beweisbelastung auf Seiten des Arbeitgebers nicht dadurch verwässern, dass der Arbeitgeber nur noch einen typischen Geschehensablauf darzulegen habe, denn die Beweisbelastung geht dahin, die Tatsachen, die zum verdachtsbedingten Vertrauensverlust führten, im Einzelnen darzulegen und zu beweisen. Die Verdachtskündigung mit den Regeln des Anscheinsbeweises generell zu begründen, ist mE daher abzulehnen<sup>606</sup>.

---

<sup>601</sup> OGH 26.01.2000, 9 Ob A 329/99v, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>602</sup> BAG 22.09.1994, 2 AZR 31/94, NZA 1995, 363 [366].

<sup>603</sup> BGH 05.11.1996, VI ZR 343/95, NJW 1997, 528 [529].

<sup>604</sup> *Preis in Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*<sup>3</sup> (2007) Grundlagen J Rn 77.

<sup>605</sup> So auch *Hoefs*, *Die Verdachtskündigung* (2001) 128.

<sup>606</sup> So auch *Gaul*, *Missbrauch einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit*, NZA 1993, 865 (871); *Hoefs*, *Die Verdachtskündigung* (2001) 128.

### 1.3.2.2 Mitwirkungspflicht des Verdächtigten

In der Schweiz wird die Zulässigkeit der Verdachtskündigung von Teilen der Literatur<sup>607</sup> und Judikatur<sup>608</sup> von der Frage abhängig gemacht, ob der Arbeitnehmer die Aufklärung des dem Verdacht zugrunde liegenden Sachverhalts illoyal behindert hat oder nicht. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass nach dieser Auffassung in der Schweiz die Verdachtskündigung nur dann unzulässig wäre, wenn der Arbeitnehmer die Aufklärung loyal behindert oder gar nicht behindert, also an der Aufklärung sogar mitwirkt. Abgesehen davon, dass es sich bei dieser Frage der Mitwirkung mE weniger um eine Pflicht als um eine Obliegenheit handelt, überzeugt diese in Teilen der Judikatur und Literatur vertretene Auffassung mE aus zwei Gründen nicht:

#### 1.3.2.2.1 Illoyale Behinderung durch aktives Tun

Die Zulässigkeit der Verdachtskündigung von der Bedingung illoyaler Behinderung der Sachverhaltsaufklärung durch den Verdächtigten abhängig zu machen, wirft die wenig hilfreiche und in der Praxis kaum zu lösende Differenzierungsproblematik auf, unter welchen Umständen ein Arbeitnehmer die Aufklärung eines Sachverhaltes loyal und wann illoyal behindert. Der Begriff der Loyalität ist weder gesetzlich definiert, noch gibt es allgemein gültige Maßstäbe, an denen sich Loyalität zu messen hätte, ohne den unbestimmten Begriff der Loyalität zu definieren. Zwar ist es mE nahe liegend, Loyalität als eine Ausprägung der dem Arbeitnehmer obliegenden Treuepflicht anzusehen, doch dies beantwortet noch nicht die Frage, wann sich ein Arbeitnehmer loyal verhält und wann nicht oder konkreter gesagt, was ein Arbeitnehmer, auf einen Verdacht hin zur Rede gestellt, offenbaren muss und was nicht. Bei der Ausprägung „Loyalität durch aktives Tun“ wäre die Frage der Mitwirkung des Verdächtigten an der Sachverhaltsaufklärung vergleichbar mit den Grundsätzen zur Auskunftspflicht des Bewerbers gegenüber dem (potentiellen) Arbeitgeber.

---

<sup>607</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12; *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag<sup>2</sup> (1996) Art 337 [370]; *Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm*, Arbeitsrecht (2006) Art 337 1.24; *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 N10.

<sup>608</sup> Bezirksgericht Bremgarten 14.05.1987, JAR 1988, 315 [319]; Obergericht Solothurn 03.10.1990, JAR 1992, 259 [261]; Appellationsgerichts des Kantons Ticino 15.04.1988, JAR 1989, 213 [214].

Unproblematisch dürfte dies für solche Offenbarungen des Verdächtigten sein, die dieser freiwillig äußert, denn hinsichtlich jeder freiwilligen Information gilt der Grundsatz, dass der Informierende sich redlich verhalten, also die Information wahrheitsgemäß erteilen muss<sup>609</sup>. Damit könnte eine illoyale Behinderung der Sachverhaltsaufklärung lediglich darin gesehen werden, dass der Verdächtige auf Fragen des Arbeitgebers die Sachverhaltsaufklärung durch bewusst falsche Angaben erschwert. Hier stellt sich jedoch die Frage, ob dem Verdächtigten nicht analog zum Bewerber ein Recht zur „Notlüge“ zuzustehen ist. Diese Frage ist mE zu verneinen denn der Verdächtige bedarf keines erweiterten Schutzes durch ein Recht zur Lüge, wie der Bewerber bei unzulässigen Fragen, denn die Schützwürdigkeit beider ist unterschiedlich. Der Bewerber wäre nicht ausreichend geschützt, würde man ihm lediglich das Recht zugestehen, die Beantwortung unzulässiger Fragen abzulehnen, denn dadurch würde er seine Chancen auf eine Einstellung in der Regel reduzieren, wenn nicht sogar gänzlich verspielen. Deshalb wird ihm zugestanden, auf unzulässige Fragen wahrheitswidrig antworten zu dürfen<sup>610</sup>. Zwar täuscht der Bewerber den Arbeitgeber mit einer solchen Lüge, aber diese Täuschung ist nicht rechtswidrig, wenn schon die Frage unzulässig war<sup>611</sup>. Diesen Schutz bedarf der Verdächtige mE nicht, weil eine vergleichbare Gefahr, die Chancen auf eine Stellenzusage zu verspielen, nicht besteht, sondern in seinem Falle ein wichtiger Grund die einseitige sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen muss. Insoweit besteht für ihn eine solche „Notwehrlage“ nicht.

Lügt der Verdächtige dennoch, so vermag dies mE jedoch nicht grundsätzlich den Entlassungsgrund zu rechtfertigen, denn die Lüge ist nicht verdachtsbegründend. Der Entlassungsgrund soll ja zunächst aufgrund sich erhärtender Verdachtsmomente gerechtfertigt werden, nicht durch die unwahre Äußerung des Verdächtigten. Diese Lüge könnte allenfalls als eigenständiger Grund zur Entlassung angeführt werden, wenn sie gleichfalls den Anforderungen an einen wichtigen Grund genügt. Hier wird sich der Arbeitgeber jedoch mE entgegenhalten lassen müssen, dass kaum ein Arbeitgeber ernsthaft

---

<sup>609</sup> Vgl. *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 69; *Emmerich* in MüKo, Band 2 Schuldrecht AT<sup>5</sup> (2007) § 311 Rn. 97; *Egermann* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Band I, V Rn 12.

<sup>610</sup> Vgl. BAG 11.11.1993, 2 AZR 467/93, NZA 1994, 407 [407]; *Rehbinder* in *Berner Kommentar*, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 320 Rn 42; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 13.

<sup>611</sup> Umfassend zur Auskunftspflicht: *Milthaler*, Das Fragerecht des Arbeitgebers nach den Vorstrafen des Bewerbers (2005) 63 ff.

damit rechnen kann, dass sich ein Verdächtiger freiwillig selbst belasten wird, sondern aus Furcht vor dem Verlust des Arbeitsplatzes alles tun wird, den Verdacht von sich abzuwenden. Die Bedingung, eine Verdachtskündigung (nur) bei illoyaler Behinderung (durch aktives Tun) zuzulassen, überzeugt mE daher weder inhaltlich, noch aus praktischen Erwägungen. Letzteres schon deshalb nicht, weil sich mE sehr schnell eine Tendenz in die Richtung entwickeln würde, keine Angaben zu machen, um sich nicht dem Vorwurf illoyaler Behinderung (durch aktives Tun) auszusetzen. Dies hingegen wirft die Frage auf, ob eine illoyale Behinderung auch durch Unterlassen möglich ist.

#### 1.3.2.2.2 Illoyale Behinderung durch Unterlassen

Teile der schweizerischen Rechtsprechung tendieren in die Richtung, die unterlassene Aufklärung des Arbeitnehmers als illoyale Behinderung anzusehen und im Ergebnis im Verdacht einen wichtigen Grund zu sehen<sup>612</sup>. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung wird jedoch mE das Differenzierungsmerkmal „illoyal“ obsolet, denn wenn das Schweigen des Verdächtigten als illoyale Behinderung der Sachverhaltsaufklärung (durch Unterlassen) angesehen wird, bleibt kein Anwendungsbereich für „loyales Schweigen“. Wenn also damit jede unterlassene Aufklärung durch den Verdächtigten illoyale Behinderung ist, stellt sich die Frage, woraus sich eine solche Mitwirkungspflicht ergibt. Das Kantonsgericht St. Gallen<sup>613</sup> gibt insoweit Antwort auf die Frage, als es den Anspruch aus gegenseitigen Rechten und Pflichten im Arbeitsverhältnis herleitet, aufgrund derer der Arbeitgeber einen Anspruch darauf hat, dass der Arbeitnehmer bei Bestehen eines Verdachtes „zur Behebung des für beide Seiten bestehenden Zustands beiträgt“.

Die Ableitung eines solchen Anspruchs aus dem Umstand, dass im Arbeitsverhältnis gegenseitige Rechte und Pflichten bestehen, vermag mE nicht zu überzeugen. Richtig ist sicherlich der Ausgangspunkt des Argumentes, dass in einem Arbeitsverhältnis gegenseitige Rechte und Pflichten bestehen. Allerdings fehlt ein dogmatischer Ansatz, woraus konkret sich ein Anspruch auf Mitwirkung des Verdächtigten ergeben soll. Die Tatsache, dass Rechte und Pflichten bestehen, ist keine generelle Grundlage, um

---

<sup>612</sup> Gewerbegericht Zürich 10.12.1974, JAR 1980, S. 278 ff.; Kantonsgericht Zug 17.06.1985, JAR 1986, 126 [128].

<sup>613</sup> Kantonsgericht St. Gallen 28.02.2005, BZ.2004.61, E II. b. bb., [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch).

Mitwirkungsansprüche aus ihr herzuleiten, sondern es bedürfte hierzu auch nach schweizerischem Recht einer gesetzlichen Grundlage – und eine solche existiert nicht. Auch in der Schweiz ist kein Verdächtiger verpflichtet, beispielsweise gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zur Aufklärung des gegen ihn bestehenden Verdachts mitzuwirken<sup>614</sup>. Auch ist das Bestreiten der Tat in der polizeilichen Befragung keine treuwidrige Behinderung der Aufklärung des Sachverhaltes<sup>615</sup>. Der hierin zum Ausdruck gebrachte Respekt vor dem *Nemo-tenetur-Grundsatz*<sup>616</sup> wird gegenüber dem Arbeitgeber hingegen weder in der Rechtsprechung des Kantonsgerichts St. Gallen, noch von anderen Teilen der Befürworter der bedingten Zulässigkeit der Verdachtskündigung beachtet, was sich mE nicht rechtfertigen lässt. Dieses Recht zu Schweigen spiegelt sich auch bei der Rechtslage bei Anbahnung des Arbeitsverhältnisses wider. Im Bewerbungsverfahren wird der Grundsatz der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung durchbrochen. Dies begründet sich darin, dass der Arbeitgeber dem Bewerber nur solche Fragen stellen darf, an denen er ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse hat<sup>617</sup>, denn seinem Informationsanspruch, ein möglichst umfassendes Bild über den Bewerber zu bekommen, steht der verfassungsrechtlich garantierte Schutz des Persönlichkeitsrecht entgegen. Deshalb steht dem Bewerber grundsätzlich das Recht zu, die Beantwortung einer Frage abzulehnen<sup>618</sup>. Dies muss mE in gleicher Weise für den Verdächtigten gelten, denn es gibt keine allgemeine Rechtspflicht zur Offenbarung nachteiliger Umstände<sup>619</sup>. Wenn dem Arbeitgeber ein Verdacht zur Kenntnis gebracht wird, ist es seine Pflicht, diesen aufzuklären, also Tatsachen und Beweise zu sichern, die diesen Verdacht begründen oder zumindest erhärten. Analog dem Grundsatz, dass keine Aufklärungspflicht hinsichtlich solcher Umstände besteht, über die sich der andere Vertragspartner selbst Kenntnis

---

<sup>614</sup> *Hauser/Schweri/Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht<sup>6</sup> (2005) § 39 N14.

<sup>615</sup> Kantonsgesicht St. Gallen 28.02.2005, BZ.2004.61, E II. b. bb., [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch).

<sup>616</sup> Ausführlicher hierzu: *Fleischer*, Das Schweigerecht des Beschuldigten, in *Esser/Harich/Lohse/Sinn*, Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung (2004) 77.

<sup>617</sup> StRsp BAG 11.11.1993, 2 AZR 467/93, NJW 1994, 1363 [1364]; BAG 05.10.1995, 2 AZR 923/94, NJW 1996, 2323 [2324]; BAG 18.10.2000, 2 AZR 380/99, NJW 2001, 1885 [1885]; *Vischer*, Der Arbeitsvertrag<sup>3</sup> (2005) 69; *Egermann* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band I, V Rn 3.

<sup>618</sup> StRsp RG 18.10.1917, VI 255/17, RGZ 91, 80 [81]; BGH 29.06.1977, VIII ZR 43/76, NJW 1977, 1914 [1915]; BGH 11.06.1979, VIII ZR 224/78, BGHZ 74, 383 [392]; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 13.

<sup>619</sup> St. Rspr. BGH 12.11.1969, I ZR 93/67, MDR 1970, 301 [301]; BGH 15.04.1997, IX ZR 112/96, NJW 1997, 3230 [3231]; *Egermann* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band I, V Rn 12.

verschaffen kann<sup>620</sup>, erscheint es angemessen, dem Arbeitgeber die Sachverhaltsaufklärung ohne Mitwirkung des Verdächtigten aufzuerlegen. Treue kann nicht soweit gehen, an der Aufklärung des Verdachtes mitwirken zu müssen, ohne Rechtsnachteile erleiden zu müssen, denn dies ließe sich mit dem Recht zu Schweigen mE nicht vereinbaren.

#### 1.3.2.2.3 Faktische Voraussetzung einer Mitwirkungspflicht

Unabhängig davon, dass mE eine uneingeschränkte Mitwirkungspflicht genauso wenig bestehen kann, wie eine Folgen auslösende Obliegenheit zur Äußerung, würde eine Mitwirkungspflicht des Verdächtigten bei der Sachverhaltsaufklärung voraussetzen, dass der Arbeitgeber dem Verdächtigten nicht nur die Möglichkeit dazu gibt, sondern ihm auch tatsächlich alle Umstände darlegt, die aus Sicht des Arbeitgebers den Verdacht begründen. Ansonsten besteht mE für den Verdächtigten das Risiko, dass seine unzureichende Information über die verdachtsbegründenden Umstände letztlich ursächlich für eine mangelnde Mitwirkung und letztlich Grund dafür wäre, die Verdachtskündigung zu bejahen. Dies könnte zu einer Risikoverlagerung dergestalt führen, dass eine unzureichende Aufklärung durch den Arbeitgeber letztlich zu einer unzureichenden Mitwirkung führt und ein solches Arbeitgeberschulden eine Verdachtskündigung rechtfertigen könnte. Eine solche Konsequenz ließe sich nach den Grundsätzen der Risikoverteilungslehre nicht rechtfertigen.

Soweit unter der Bezeichnung der illoyalen Behinderung die Sachverhaltskonstellationen verstanden werden sollen, in denen der Verdächtige die Aufklärung vereitelt, in dem er sich beispielsweise einer Taschenkontrolle durch Flucht entzieht<sup>621</sup>, so ist mE dieses Verhalten abstrakt betrachtet nicht ausschlaggebend, eine Verdachtskündigung generell zu bejahen, sondern eher Frage der Beweiswürdigung. Es spricht sicherlich – und insoweit mag hier auch der prima-facie-Beweis geeignet sein – einiges dafür, dass der sich einer Taschenkontrolle entziehende Verdächtige die Früchte seiner Tat unaufgedeckt lassen möchte. Allerdings kommt es mE entscheidend darauf an, welche Verdachtsmomente gegen den Verdächtigten konkret bestehen und nicht nur auf die Tatsache, dass er sich

<sup>620</sup> Vgl. Bundesgericht 06.10.1981, ZR 1983 Band 82, Nr. 102; BGH 02.02.1996, V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 [1340]; BGH 20.10.2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64 [64]; *Egermann in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht Band I, V Rn 12.*

<sup>621</sup> Vgl. Arbeitsgericht Bamberg 28.11.2006, 2 Ca 657/06 (unveröffentlicht); bestätigt durch LAG Nürnberg 16.10.2007, 7 Sa 182/07, BB 2008, 171.

einer Taschenkontrolle entzog. Die Bedingung, die Zulässigkeit der Verdachtskündigung davon abhängig zu machen, ob der Verdächtige die Sachverhaltsaufklärung illoyal behindert hat oder nicht, ist mE kein taugliches Kriterium.

#### 1.3.2.2.4 Anhörungspflicht

Einigkeit besteht in allen drei Staaten<sup>622</sup> dahingehend, dass der Arbeitgeber den Verdächtigten, vor Ausspruch einer Verdachtskündigung anhören muss<sup>623</sup>. Dies erscheint auch sachgerecht und notwendig, denn wenn der Verdacht das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen zerstören kann, ist genau diese Konsequenz des Vertrauensverlustes nur dann zu rechtfertigen, wenn der Verdacht nicht ausgeräumt werden kann. Eine Beseitigung des Verdachts ist in erster Linie dadurch möglich, dass der Verdächtige Gelegenheit hat, den Verdacht auszuräumen und eventuell Erklärungen oder Rechtfertigungen abgeben kann, die diesen Verdacht mildern oder in Wegfall kommen lassen können<sup>624</sup>.

Komplizierter wird die Durchführung der Anhörung unter der Fragestellung, ob der Verdächtige beanspruchen kann, zu dem Anhörungsgespräch einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen. *Hümmerich*<sup>625</sup> verneint diese Frage – wie auch das LAG Hamm<sup>626</sup> – wobei das LAG Hamm die einzige Ausnahme darin sieht, wenn auch der Arbeitgeber einen betriebsfremden Verbandsvertreter oder Rechtsanwalt mit hinzuzieht. *Eylert/Friedrichs*<sup>627</sup> bejahen das Recht des Verdächtigten, einen Rechtsanwalt hinzuziehen zu dürfen, weil sich die Anhörung zum Verdacht deutlich von einem üblichen Personalgespräch unterscheidet.

Die Begründung von *Eylert/Friedrichs* überzeugt jedoch mE nicht, denn charakteristisch für ein übliches Personalgespräch ist nicht nur die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, das Vorstellungsgespräch oder die Belobigung und Beförderung, sondern auch die

---

<sup>622</sup> Vgl. OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906; BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83]; Appellationsgericht Genf 04.05.1995, JAR 1996, 247 ff.

<sup>623</sup> Zuletzt: BAG 13.03.2008, 2 AZR 961/06, Arbeitsrecht Premium 13/08, 4.

<sup>624</sup> *Fischer*, Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung, BB 2003, 522 [522]; *Sasse/Freihube*, Die Anhörung bei der Verdachtskündigung, ArbRB 2006, 15 [15].

<sup>625</sup> *Hümmerich*, Alea iacta est – Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft, NZA 2004, 809 [815].

<sup>626</sup> LAG Hamm 23.05.2001, 14 Sa 497/01, MDR 2001, 1361 [1361].

<sup>627</sup> *Eylert/Friedrichs*, Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung, DB 2007, 2203 [2205].

Beendigung von Arbeitsverhältnissen<sup>628</sup>. Dann gehören zwischen solche Gespräche von der Begründung bis zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen auch Anhörungen im Rahmen bestehender Verdachtsmomente. Es sollte dem Arbeitgeber möglich sein, Gespräche mit seinen Mitarbeitern als Vertragspartner selbst, wenn nötig auch unter vier Augen führen zu können. Bei der Anhörung des Arbeitnehmers zu bestehenden Verdachtsmomenten geht es nicht um eine Art Verhör mit strafbewährtem Charakter, sondern um die Eröffnung der Möglichkeit, solche Verdachtsmomente zu entkräften. Ein Mitarbeiter, der grundlos, beispielsweise aufgrund willkürlicher Bezeichnungen, in Verdacht geriet, benötigt in der Regel keine anwaltliche Unterstützung, um diese zu entkräften. Denkt man an eine Abwandlung des Käsefalles, in dem der Verdächtige eventuell erklären könnte, den Käse sehr wohl bereits bezahlt zu haben, bevor er ihn in sein Fahrzeug verbracht hat, so kann er eine solche Erklärung durchaus abgeben, ohne anwaltlichen Rat einzuholen. Überdies führt die Auffassung von *Eylert/Friedrichs* eher zu einer Verunsicherung als denn zu Rechtsklarheit, denn die Frage, die sich an diese Auffassung anschließt ist die, wo die Grenze zu anderen „unüblichen“ Gesprächen zu ziehen wäre. Dem Mitarbeiter zuzugestehen, zukünftig auch zu Abmahnungsgesprächen anwaltlichen Beistand hinzuziehen zu dürfen, würde in der Praxis zu einer unsachgerechten Verkomplizierung der Personalarbeit führen, die sich angesichts der Tatsache, dass der Mitarbeiter in der Regel aus eigenem Wissen Tatumstände aufklären kann, nicht rechtfertigen lässt. Selbst die Strafprozessordnungen<sup>629</sup> muten dem mittellosen Angeklagten zu, sich in bestimmten Verfahren selbst verteidigen zu müssen – dies gilt auch für die jüngst in der Schweiz verabschiedete Eidgenössische Strafprozessordnung<sup>630</sup>, die ab 2010 in Kraft treten soll<sup>631</sup>. Darüber hinaus hat der Verdächtige die Möglichkeit keine Angaben zu machen, wenn er glaubt, sich nicht ausreichend rechtfertigen zu können, oder ertappt zu sein, denn eine Mitwirkungspflicht des Verdächtigten an der Aufklärung des Verdachtes besteht bekanntlich nicht<sup>632</sup>. Allerdings ist eine fehlende Mitwirkung der Wertung zugänglich – und dies führt zur Frage der Beweiswürdigung.

---

<sup>628</sup> *Hümmerich*, Alea iacta est – Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft, NZA 2004, 809 [815].

<sup>629</sup> Vgl in Österreich § 41 StPO und § 140 StPO in Deutschland.

<sup>630</sup> Vgl Art 130ff E-StPO.

<sup>631</sup> Diese wurde am 05.10.2007 von der Bundesversammlung verabschiedet und dient der Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes. Sie wird die heute 26 verschiedenen kantonalen Strafprozessordnungen ersetzen.

<sup>632</sup> So auch: BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 26.

### 1.3.2.3 Beweiswürdigung

Die Beweiswürdigung ist zwar zunächst einzelfallbezogen, weshalb allgemeine Äußerungen hier nicht wesentlich weiterhelfen. ME könnte die Beweiswürdigung jedoch der entscheidende Punkt bei der Beurteilung der Verdachtskündigung sein. Die Diskussion um die Zulässigkeit der Verdachtskündigung ließe sich umgehen, wenn man die Beweiswürdigung als Entscheidungsgrenze zwischen erwiesener – und damit gerechtfertigter Tatentlassung – und nicht erwiesener Pflichtverletzung – und somit nicht gerechtfertigter Verdachtsentlassung – ansehen würde. Der Verdacht müsste demnach, um eine Entlassung rechtfertigen zu können, derart begründet sein, dass das Fehlverhalten des Arbeitnehmers bereits als erwiesen anzusehen wäre<sup>633</sup>. Dies könnte vor allem den Käsefall betrachtet, so geschehen, dass der Verdächtige einen Kassenbeleg vorweisen könnte, aus dem hervorgeht, dass er den Käse vor dem Einschließen in seinem Auto bezahlt hat. Dann wäre der Verdacht zu Gunsten des Verdächtigten aufgeklärt. Im Schwarzverkauf-Fall und der Bienenstichentscheidung bieten sich derartige Lösungswege nicht so einfach an. Im Schwarzverkauf-Fall hätte der Koch die Mitnahme als Geschenk bei seinem Vorgesetzten oder dem Personalbereich anzeigen können. Damit bliebe zwar ein Verstoß gegen das kollektive Mitnahmeverbot bestehen, aber der Tatverdacht dürfte entkräftet sein, denn kein Mitarbeiter, der einen Schwarzverkauf plant, informiert die Hierarchie über die Mitnahme verbotener Waren. In der Bienenstichentscheidung hätte die Verkäuferin einen Schuldschein in die Kasse legen können, auf dem der Zahlungsrückstand für das Stück Kuchen mit Fälligkeit am nächsten Tag dokumentiert ist. Damit wäre der Untreueverdacht zwar entkräftet aber es bliebe der Vorwurf, sich selbst eigenmächtig ein Darlehen gewährt zu haben. Vollständige und folgenlose Rehabilitation würde demnach nur im Käsefall eintreten, wenn der Verdächtige einen Kassenbon vorlegen könnte. Soweit keiner der Verdächtigten eine verdachtsentkräftende Rechtfertigung vorbringen kann, könnte aufgrund der Indizienlage eine Pflichtverletzung als erwiesen angesehen werden. Bei einer solchen Betrachtung könnten die vom Arbeitgeber vorgetragene Verdachtsmomente einer gerichtlichen Wertung derart unterzogen werden, dass letztlich nur zwei Lösungen möglich sind – zum einen die, dass sich eine Pflichtverletzung nicht nachweisen lasse oder zum anderen die, dass aufgrund der vorgetragene Verdachtsmomente das Gericht von der Pflichtverletzung überzeugt ist und somit eine Tat Kündigung vorläge. Die

---

<sup>633</sup> Vgl *Band*, Die verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitnehmers – Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland, Frankreich und England (2005) 102.

Verdachtskündigung wäre somit nicht mehr erforderlich, sondern es käme nur auf die Frage „Pflichtverletzung ja oder nein“ an. Die dringenden Verdachtsmomente würden damit zu Indizien, die eine Entlassung entweder zu rechtfertigen vermögen oder nicht. Man könnte dann von einer Indizienkündigung statt der Verdachtskündigung sprechen.

Diese Schwarz-Weiß-Betrachtung hat mE aber den entscheidenden Nachteil, dass die Grauzonen, also die Fälle, in denen ein erhärteter Verdacht zwar besteht, sich aber im Detail nicht nachweisen lässt, zu Gunsten des Verdächtigten entschieden werden müssten, ohne dem Interesse des Arbeitgebers Rechnung zu tragen, dass eine Vertrauensbasis unwiederbringlich zerstört sein könnte. Die folgende Entscheidung des OGH soll diese Grauzone deutlich machen. Der OGH hat entschieden, dass selbst wenn eine Verantwortlichkeit Dritter praktisch ausscheidet, dies zwar ein aufgrund objektiver Umstände vorwerfbares pflichtwidriges Verhalten sein mag, sich jedoch aus dieser objektiven Pflichtwidrigkeit nicht auch der Schluss ziehen lasse, dass dem Verdächtigten subjektiv Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen ist<sup>634</sup>. Die sich hieraus ergebenden Folgen hängen mE im Wesentlichen von der Frage ab, welches Gewicht man etwaigen Rechtfertigungsversuchen des Verdächtigten beimisst.

#### 1.3.2.3.1 Beweisvernichtende Rechtfertigungsversuche

Der OGH maß in der Vergangenheit der subjektiven Seite des Verdächtigten – also dessen Rechtfertigungsversuchen – einen hohen Stellenwert bei. In dem der Entscheidung vom 14.10.1980<sup>635</sup> zugrunde liegenden Sachverhalt hatte eine Arbeitnehmerin zwei Päckchen „Trink-Fix“ in ihre Netztasche, zu anderen, von ihr bereits bezahlten Lebensmitteln gelegt. Dieser unstrittige Tathergang genügte jedoch deshalb nicht, um die ausgesprochene Entlassung zu rechtfertigen, weil unklar blieb, ob die Arbeitnehmerin die Waren in Zueignungsabsicht oder aus Zerstreung in ihre Netztasche gelegt hat. Auch wenn sich die Wahrheit nicht mehr feststellen lasse, sind mehrere unwahre Rechtfertigungsversuche des Verdächtigten – so der OGH – nicht so schwerwiegend, dass sie eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit rechtfertigen könnten<sup>636</sup>.

---

<sup>634</sup> OGH 10.09.1985, 4 Ob 92/85, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>635</sup> OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906.

<sup>636</sup> OGH 10.05.1983, 4 Ob 51/83, RdW 1983, 54.

### 1.3.2.3.2 Einschränkung beweisvernichtender Rechtfertigungsversuche

Diese, mE nahezu jeden Überführungsbeweis vernichtende Rechtfertigung des Verdächtigten hat der OGH in seinen Entscheidungen vom 21.11.1990<sup>637</sup> und 18.08.1995<sup>638</sup> hinsichtlich der Erheblichkeit eingeschränkt. In dem der Entscheidung vom 21.11.1990 zugrunde liegenden Sachverhalt wurde dem Einwand der Arbeitnehmerin, sechs „Golatschen“ aus dem Sortiment des Arbeitgebers in ihren Korb unter ihre Wäsche gelegt zu haben, weil diese derart angebrannt seien, dass sie keinen Wert mehr gehabt hätten und zum Verkauf nicht mehr zu gebrauchen gewesen wären, unberücksichtigt gelassen, weil diese Einlassung durch den Arbeitnehmer nicht bewiesen werden konnte. Unabhängig von der Frage der Beweislast wäre dieser Rechtfertigungsversuch, die Backwaren seien angebrannt gewesen, insoweit von Bedeutung, als die Mitnahme nahezu wertloser Lebensmittel eine Entlassung in Österreich nicht zu rechtfertigen vermag<sup>639</sup>.

Dass der OGH diesen Einwand nicht durchgreifen ließ und auch nicht die Beweislast dafür, dass die mitgenommenen Backwaren eben nicht wertlos waren, dem Arbeitgeber auferlegt hat, zeigt mE eine gewisse Abkehr von der oben ausgeführten „Trink-Fix“-Entscheidung<sup>640</sup>. Es ist daher nicht jeder Rechtfertigung des Verdächtigten ein derartiges Gewicht beizumessen, dass diese – auch im Falle ihrer Unbeweisbarkeit – im Ergebnis zur mangelnden Rechtfertigung des Entlassungsgrundes führt.

Deutlicher wird diese Entwicklung im Schwarzverkauf-Fall vom 18.08.1995<sup>641</sup>. Die Einlassung des Kochs, dass die Würstchen als Geschenk für seine Schwester gedacht waren, war für den OGH insoweit irrelevant, weil der OGH im Beisichführen der Würstchen den ausführungsnahen Versuch eines Schwarzverkaufes sah, weil bei der Arbeitgeberin unstrittig ein striktes Verbot zur Mitnahme von Privatspeisen bestand.

Zunächst ist diese Entwicklung schon deshalb zu begrüßen, weil die Gefahr, dass jede Schutzbehauptung, aufgrund vom Arbeitgeber nicht zu beweisenden Gegenteils, zur Unrechtmäßigkeit der Entlassung führen könnte, der Eindämmung bedarf. Allerdings ist

---

<sup>637</sup> OGH 21.11.1990, 9 Ob A 295/90, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>638</sup> OGH 18.08.1995, 8 Ob A 269/95, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>639</sup> OGH 23.02.1994, 9 Ob A 368/93, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>640</sup> OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906.

<sup>641</sup> OGH 18.08.1995, 8 Ob A 269/95, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

im Schwarzverkauf-Fall beachtlich, dass ungeachtet der Frage, ob alleine das Beisichführen der Würstchen ausreicht, um einen Versuch zu bejahen – der nach § 15 Abs 2 StGB<sup>642</sup> dann zu bejahen ist, wenn der Täter seinen Entschluss, die Tat auszuführen, durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehenden Handlung betätigt – der OGH nicht jeden Rechtfertigungsversuch durchgreifen lässt, die Beweisführung des Arbeitgebers zu vernichten. Wäre dieser Sachverhalt noch mal zu entscheiden, müsste sich – ohne einer Beweiswürdigung der Tatsacheninstanzen zu diesem Entlastungsvorbringens vorweg greifen zu wollen – hier allerdings schon die Frage gestellt werden, wie ein derartiger Rechtfertigungsversuch des Arbeitnehmers aufgeklärt werden soll. Die Schwester des Kochs wird im Zweifel von einem Geschenk generell, oder speziell diesem, nichts gewusst haben. Auch eine Überprüfung des behaupteten Einkaufs der Würstchen im Pitztal wird nicht wesentlich weiterhelfen, weil ein Einkauf nichts über das Motiv des Beisichführens aussagt, denn sowohl als Geschenk gedachte, wie auch zum Schwarzverkauf bestimmte Waren bedürfen (idR) des Einkaufs. Analog der Entscheidung vom 14.10.1980<sup>643</sup> hätte der OGH auch im Schwarzverkauf-Fall die Rechtfertigung als unaufklärbar annehmen und somit den arbeitgeberseitigen Nachweis des versuchten Schwarzverkaufes als nicht erbracht ansehen können, was zum Entfall des Entlassungsgrundes geführt hätte. Dies ist aber nicht geschehen.

Dass – nach der Ansicht von *Binder*<sup>644</sup> – dieser Entscheidung zu entnehmen ist, dass der OGH den Verdacht dann als Entlassungsgrund zulässt – ohne dies auszusprechen – wenn der Verdacht faktisch aus der Betretung auf frischer Tat herrührt, vermag mE noch nicht vollständig zu überzeugen.

Allerdings lässt sich aufgrund der bislang hier vorgestellten Entscheidungen des OGH und einer Analyse seiner weiteren Judikatur zu diesem Themenkreis mE eine gewisse Tendenz dahin gehend erkennen, dass der OGH, wenngleich er zu Recht am Grundsatz festhält, dass der bloße Verdacht eine Entlassung nicht zu rechtfertigen vermag<sup>645</sup>, eine gewisse Annäherung an die Verdachtsentlassung erkennen lässt, was im Folgenden zu zeigen sein wird.

---

<sup>642</sup> Gemeint ist das österreichische Strafgesetzbuch.

<sup>643</sup> OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906.

<sup>644</sup> *Binder*, Die Verdachtsentlassung, in Festschrift für *Krejci* (2001) 1499 [1506].

<sup>645</sup> Vgl OGH 29.06.1994, 9 ObA 101/94, Arb 11.210 [V. Leitsatz].

### 1.3.2.3.3 Bloßer (subjektiver) Verdacht versus erhärteten Verdacht

Ausgangspunkt dieser Differenzierung ist die Entscheidung des OGH Anfang der 90er-Jahre, in der der OGH klargestellt hat, dass der subjektive Verdacht der Untreue nicht genüge, eine Entlassung zu rechtfertigen<sup>646</sup>. Diese Differenzierung wirft die Frage auf, ob denn der objektive Verdacht eine Entlassung zu rechtfertigen vermag. Die Antwort auf diese Frage ist den Entscheidungen des OGH nicht *expressis verbis* zu entnehmen. Aufschluss hierüber gibt aber die Entscheidung des OGH vom 29.06.1994<sup>647</sup>. In ihr hat der OGH festgestellt, dass die auf ein Betriebsratsmitglied entfallenden Verdachtsmomente der Veruntreuung dadurch erhärtet worden sind, dass bei einer Hausdurchsuchung (bei ihm) zahlreiche Gegenstände aus dem Warenlager des Arbeitgebers gefunden wurden und das Betriebsratsmitglied wegen der Veruntreuung von Waren zu Lasten früherer Arbeitgeber einschlägig vorbestraft war.

Diese Entscheidung wirft mE zwei grundsätzliche Fragen auf. Zum einen die, ob die Entscheidungsgründe auch auf Fragen der Rechtfertigung von Entlassungen übertragen werden können, und, wenn ja, zum anderen die, ob der Entscheidung zu entnehmen ist, dass zwar nicht der bloße, aber wohl der sich erhärtende Verdacht eine Entlassung rechtfertigen könnte.

#### 1.3.2.3.3.1 Übertragung der Judikatur zur Frage der Rechtfertigung von Entlassungen

Anhand des Verfahrensgegenstandes wird zunächst zu verneinen sein, dass die Grundzüge der genannten Entscheidung<sup>648</sup> auch auf Fragen der Rechtfertigung von Entlassungen übertragen werden können, weil es vorliegend nicht um die gerichtliche Beantwortung der Wirksamkeit einer Verdachtsentlassung ging, sondern um die Frage der Zustimmung zur Entlassung des Betriebsratsmitglieds nach § 122 Abs 1 Ziff 2 ArbVG. Diese Zustimmung zur Entlassung bewirkt nicht die materielle Wirksamkeit der Entlassung, sondern nur die formelle, also die Aufhebung des arbeitgeberseitigen Entlassungsverbot<sup>649</sup>.

---

<sup>646</sup> OGH 31.01.1990, 9 ObA 313/89, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>647</sup> OGH 29.06.1994, 9 ObA 101/94, Arb 11.210.

<sup>648</sup> OGH 29.06.1994, 9 ObA 101/94, Arb 11.210.

<sup>649</sup> Ausführlich hierzu: *Wolligger in Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht* (2006) § 120 ArbVG Rn 47; *Schrammel, Arbeitsrecht* 2<sup>5</sup> (2004), 263.

Aus dem Wortlaut des § 122 Abs Ziff 2 ArbVG wird aber deutlich, dass die Zustimmung zur Entlassung ua voraussetzt, dass sich das Betriebsratsmitglied einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat. Bezogen auf das Merkmal der Schuld ist hier insoweit Kongruenz zu den Anforderungen der Entlassungstatbestände des § 27 Ziff 1 AngG und des § 82 lit d GewO 1859 festzustellen. Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Aussagen in den Urteilsgründen dieser Entscheidung auch auf die Frage der Beurteilung eines Entlassungsgrundes heranzuziehen sind.

#### 1.3.2.3.3.2 Der sich erhärtende Verdacht

Die zweite, sich daran anschließende Frage, ist die, inwieweit sich erhärtende Verdachtsmomente eine Entlassung rechtfertigen können, denn der OGH<sup>650</sup> hat ausgeführt, dass die vom Arbeitgeber vorgetragene Verdachtsmomente zwar alleine betrachtet nicht genügen, sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang ergebe, dass das Betriebsratsmitglied die bei ihm zu Hause vorgefundenen Waren veruntreut hat.

Aus dieser Entscheidung des OGH lässt sich aufgrund der prozessualen Besonderheit, dass der tatsächliche Vortrag des Arbeitgebers aufgrund des § 396 Abs 1 ZPO<sup>651</sup> für wahr zu halten war, isoliert betrachtet zwar kein allgemeiner Rechtssatz ableiten, dass Verdachtsmomente im Gesamtzusammenhang eine Entlassung rechtfertigen können. Betrachtet man diese Entscheidung allerdings im Kontext mit der Entscheidung vom 05.05.1995<sup>652</sup>, in der der OGH sich dahin gehend positioniert hat, dass die Entlassung eines Arbeitnehmers – so wörtlich – „in der Regel nicht auf bloße Verdachtsmomente gestützt werden“ kann, gibt dies gleichwohl Anlass zu der Annahme, dass es für den OGH eine Ausprägung des Verdachtes geben muss, die – um es vorsichtig auszudrücken – entlassungsrelevant sein kann. Dieser Annahme stünde mE lediglich entgegen, dass dem OGH mit der Formulierung „in der Regel“ eine versehentliche sprachliche Unschärfe unterlaufen ist, was allerdings angesichts der bisherigen deutlichen Ausführungen<sup>653</sup>, dass

---

<sup>650</sup> OGH 29.06.1994, 9 ObA 101/94, Arb 11.210.

<sup>651</sup> Gemeint ist die österreichische Zivilprozessordnung.

<sup>652</sup> OGH 05.05.1999, 9 Ob A 18/99h, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>653</sup> Vgl OGH 14.10.1980, 4 Ob 123/80, Arb 9906.

eine Entlassung – so wörtlich – niemals<sup>654</sup> – auf bloße Verdachtsmomente gestützt werden kann, fragwürdig erscheint.

#### 1.4 Systematische Bedenken

Wenn nach den bisherigen Ausführungen der Vertrauensverlust aufgrund eines dringenden Verdachtes als wichtiger Grund zur einseitigen fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses dogmatisch grundsätzlich zu rechtfertigen wäre, so müsste die Verdachtskündigung dennoch den in der Literatur erhobenen systematischen Bedenken standhalten.

##### 1.4.1 Beurteilungszeitpunkt der Kündigungsgründe

Nach der Meinung von *Schütte*<sup>655</sup> ist der Zeitpunkt bei der Beurteilung der Verdachtskündigung nicht mit der Systematik der Kündigungsgründe der §§ 1 KSchG; 626 Abs 1 BGB zu vereinbaren, denn dogmatisch tragfähig kann bei jeder Kündigung nur der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sein. Bei der Verdachtskündigung verschiebe sich der Beurteilungszeitraum auf die letzte mündliche Verhandlung der Tatsacheninstanz, wofür es keine gesetzliche Grundlage gäbe. Auch eine zunächst völlig willkürliche Verdachtskündigung könne auf diese Weise später rechtmäßig werden, wenn der Arbeitgeber im Prozess nur genügend Material für den Verlust des Vertrauens in die Redlichkeit des Arbeitnehmers vortrage. Bei krankheits- und betriebsbedingter Kündigung halte das Bundesarbeitsgericht an dem regulären Beurteilungszeitpunkt – dem Zugang der Kündigung – fest. Warum dies bei der Verdachtskündigung anders sein sollte, sei unverständlich.

Auch in diesem Punkt ist der Kritik mE nicht zu folgen, denn sie betrifft nicht die Frage der dogmatischen Zulässigkeit der Verdachtskündigung. Überdies ist der Zeitpunkt der Beurteilung des Kündigungsgrundes – dies gilt in gleicher Weise auch in Österreich<sup>656</sup> und der Schweiz<sup>657</sup> – der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung und damit ist dies bei der

---

<sup>654</sup> Vgl OGH 11.06.1974, 4 Ob 29/74, Arb 9238; OGH 16.03.1994, 9 Ob A 41/94, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>655</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>656</sup> *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 5.

<sup>657</sup> *Rehbinder* in *Berner Kommentar*, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 17.

Verdachtskündigung kein anderer, als bei den anderen Kündigungsgründen, weshalb er sich in das System der §§ 1 Abs 2 KSchG, 626 Abs 1 BGB hier durchaus einfügt. Allerdings sind bei der Verdachtskündigung nach Ansicht des BAG<sup>658</sup> wie auch des OGH<sup>659</sup> Umstände, die erst im Verlauf des Kündigungsschutzprozesses bekannt werden, zu berücksichtigen, wenn diese objektiv bereits zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vorlagen, auch wenn sie den Beteiligten erst zu einem späteren Zeitpunkt bekannt werden. Hingegen bleiben Umstände, die erst nach Ausspruch der Kündigung entstehen, unberücksichtigt<sup>660</sup>. Daher ist es schon aus Gründen des Schutzes des verdächtigten Arbeitnehmers geboten, diese entlastenden Umstände bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses um die Verdachtskündigung zu berücksichtigen.

Soweit *Berkowsky*<sup>661</sup> eine solche Berücksichtigung entlastender Umstände mit dem Argument ablehnt, dass der Verdächtige im Falle nachträglich bekannt werdender Entlastungsmomente einen Wiedereinstellungsanspruch gegen den Arbeitgeber habe, so mag dies zwar im Ergebnis die Kritik von *Schütte* verteidigen, ist aber mE für die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung ohne Belang. Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt Erkenntnisse berücksichtigt werden können, ist keine Frage der generellen Zu- oder Unzulässigkeit der Verdachtskündigung, sondern deren inhaltlicher Anforderungen. Mit anderen Worten: Selbst wenn man der Kritik in diesem Punkt folgen würde, hätte dies lediglich zur Folge, dass etwaige Entlastungsumstände nach Zugang der Kündigung nicht mehr berücksichtigt werden würden. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die ausgesprochene Verdachtskündigung wirksam wäre, und der Arbeitnehmer (in Deutschland) auf die Geltendmachung seines Wiedereinstellungsanspruchs angewiesen wäre. Vor diesem Hintergrund bietet die Rechtsprechung des OGH<sup>662</sup> und BAG<sup>663</sup> aus Sicht des Verdächtigten mE den effektiveren Rechtsschutz, als ihn lediglich auf seinen etwaigen Wiedereinstellungsanspruch zu verweisen. Die Unzulässigkeit der Verdachtskündigung hingegen lässt sich mit der hier dargestellten und bewerteten Kritik indessen nicht begründen.

---

<sup>658</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 3. Leitsatz.

<sup>659</sup> OGH 02.09.1987, 9 Ob A 54/87, DRdA 1989/3 [41].

<sup>660</sup> BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 [921]; *Kuderna*, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 12.

<sup>661</sup> *Berkowsky* in MünchArbR Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn. 17.

<sup>662</sup> OGH 02.09.1987, 9 Ob A 54/87, DRdA 1989/3 [41].

<sup>663</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 3. Leitsatz.

#### 1.4.2 Verstoß gegen §§ 104, 99 Abs 2 Nr 6 BetrVG

Als weiteren Kritikpunkt führt *Schütte*<sup>664</sup> in diesem Zusammenhang einen Wertungswiderspruch zwischen der Verdachtskündigung und den §§ 104, 99 Abs 2 Nr 6 BetrVG an. Nach § 104 BetrVG kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers verlangen, der durch gesetzeswidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört hat. Nach § 99 Abs 2 Nr 6 BetrVG kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass der für die personelle Maßnahme in Aussicht genommene Arbeitnehmer den Betriebsfrieden durch gesetzeswidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze stören werde. § 104 BetrVG sei die einzige gesetzliche Norm, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge gesetzeswidrigen Verhaltens zulasse<sup>665</sup>, für die jedoch der Verdacht nach einhelliger Auffassung<sup>666</sup> nicht ausreiche, sondern schuldhaftes Verhalten erforderlich sei. Aus diesem Grund sei es nicht hinnehmbar, eine Verdachtskündigung entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Wertentscheidung des § 104 BetrVG anzunehmen, sondern diese normativen Wertungen des § 104 BetrVG seien auch im Rahmen des allgemeinen Kündigungsrechts zu berücksichtigen<sup>667</sup>.

Dieser Kritik ist aber mE entgegenzuhalten, dass § 104 BetrVG lediglich ein Forderungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Entlassung bzw Versetzung eines Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber beinhaltet. Das Verlangen des Betriebsrats ist indes kein Kündigungsgrund<sup>668</sup>. § 104 BetrVG knüpft daher keine besonderen Voraussetzungen an den Kündigungsgrund, sondern stellt lediglich bestimmte Anforderungen auf, unter denen der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Kündigung bzw. Versetzung eines Arbeitnehmers fordern kann. Damit schafft § 104 BetrVG keinen Kündigungsgrund, sondern setzt einen solchen voraus<sup>669</sup>. Dass § 104 BetrVG diese Anforderungen gleichfalls

---

<sup>664</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>665</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>666</sup> Hierzu: *Thüsing* in *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz<sup>11</sup> (2008) § 104 Rn 8.

<sup>667</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>668</sup> *Thüsing* in *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz<sup>11</sup> (2008) § 104 Rn 15; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz<sup>23</sup> (2006) § 104 Rn 10.

<sup>669</sup> Deutlich: *Raab* in *Kraft/Wiese*, GK-BetrVG, Band II<sup>8</sup> (2005) § 104 Rn 13.

an eine vom Arbeitgeber auszusprechende Kündigung stellt, kann weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des § 104 BetrVG entnommen werden.

#### 1.4.3 Wertungswiderspruch zur Druckkündigung

*Schütte*<sup>670</sup> vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass bei der Verdachtskündigung ein Wertungswiderspruch zur Druckkündigung bestehe. Bei der Druckkündigung dürfe sich der Arbeitgeber dem Verlangen auf Entlassen eines Arbeitnehmers durch Kunden oder die Belegschaft nicht ohne weiteres beugen, sondern müsse sich (zunächst) schützend vor den Arbeitnehmer stellen<sup>671</sup> und versuchen, den Druckausübenden von der Drohung abzubringen<sup>672</sup>. Bei der Druckkündigung müsse der Arbeitgeber die Tatsache der Druckausübung im Prozess in vollem Umfang darlegen und beweisen und könne sich nicht auf durch Indizien gestützte Vermutungen berufen<sup>673</sup>.

Der behauptete Wertungswiderspruch der Verdachtskündigung zur Druckkündigung vermag mE nicht erkannt zu werden. Dass auf Indizien gestützte Vermutungen für eine Druckkündigung nicht genügen können, ist intuitiv, denn die Druckkündigung setzt voraus, dass Dritte (Belegschaftsmitglieder, der Betriebsrat oder Geschäftspartner) unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber die Kündigung eines bestimmten Mitarbeiters fordern<sup>674</sup>. Ein solches Verlangen wird entweder geäußert oder nicht. Insoweit kommt es auf Vermutungen oder Indizien nicht an. Liegt objektiv ein Fehlverhalten oder Gründe in der Person des zu Kündigenden vor, wäre eine Kündigung nicht nach den Maßstäben der Druckkündigung<sup>675</sup>, sondern der personen- bzw. verhaltensbedingten Kündigung zu beurteilen. Insoweit sind Druck- und Verdachtskündigung schon vom Ansatz her nicht vergleichbar. Soweit *Schütte* seine Kritik auf das Argument stützt, dass bei der Druckkündigung Indizien gestützte Vermutungen nicht genügen, verkennt diese

---

<sup>670</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>671</sup> So auch grundsätzlich: *Liebscher* in *Thüsing/Laux/Lembke*, Kündigungsschutzgesetz (2007) § 1 Rn 302; *Fischermeier* in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 BGB Rn 206; *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2007) § 127 Rn 89.

<sup>672</sup> So auch *Rehbinder* in *Berner Kommentar*, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 13; Zurückhaltender: *Sandmann* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2006) BGB § 626 Rn 338.

<sup>673</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>674</sup> Ausführlich hierzu: *Fischermeier* in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 BGB Rn 204.

<sup>675</sup> Präzise zu dieser Differenzierung: *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar*<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 185.

Kritik, dass auch bei der Verdachtskündigung weder vage Vermutungen noch das bloße Vorliegen eines Verdachts genügen<sup>676</sup>.

#### 1.4.4 Pflicht zur Aussetzung des Verfahrens

*Naujok*<sup>677</sup> ist trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung des Zivilrichters von den Feststellungen im Strafurteil der Auffassung, dass dem Zivilrichter nach § 149 ZPO<sup>678</sup> die Möglichkeit zur Aussetzung der Rechtssache zusteht, und er sogar aussetzen müsse, wenn die mögliche Schuldfeststellung auf Seiten des Arbeitnehmers eine Sanktionierung zur Folge hätte.

Diese Kritik überzeugt mE nicht, denn auch bei der Aussetzung der Rechtssache bleibt die Unverbindlichkeit des Strafurteils für das Arbeitsgericht bestehen<sup>679</sup>, weil die Bindungskraft strafgerichtlicher Urteile für den Zivilrichter durch § 14 Abs 2 Nr 1 EGZPO in Deutschland außer Kraft getreten ist. Auch in der Schweiz und Österreich wird eine solche Bindungswirkung abgelehnt<sup>680</sup>. Überdies ist Voraussetzung eines Aussetzungsbeschlusses, dass die Ermittlungen im Strafverfahren tatsächlich (nicht rechtlich) Einfluss auf die zivilrechtliche Entscheidung haben<sup>681</sup>. Dies kann im Einzelfall sicherlich gegeben sein. Die Kritik von *Naujok* wird vor allem aber dem im deutschen Arbeitsgerichtsprozess geltenden Beschleunigungsgrundsatz<sup>682</sup> des § 61a ArbGG nicht gerecht, weshalb mE die Gegenmeinung, eine Aussetzung im Kündigungsschutzprozess

---

<sup>676</sup> Vgl BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [676].

<sup>677</sup> *Naujok*, Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldvermutung, ArbuR 1998, 398 [400].

<sup>678</sup> Im österreichischen Zivilprozessrecht besteht gem § 190 ZPO eine solche Möglichkeit der Unterbrechung nicht, sondern wäre davon abhängig, dass die Entscheidung des Rechtsstreites vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches Gegenstand eines anderen anhängigen gerichtlichen Verfahrens ist.

<sup>679</sup> Vgl Greger in Zöller, Zivilprozessordnung<sup>26</sup> (2007) § 149 Rn 1.

<sup>680</sup> Vgl OGH 05.05.2005, 9 Ob A 52/04v, [www.rdb.at](http://www.rdb.at); Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [305].

<sup>681</sup> Hierzu: Stadler in Musielak, Zivilprozessordnung<sup>5</sup> (2007) § 149 Rn 3.

<sup>682</sup> Ausführlich hierzu: Germelmann in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Arbeitsgerichtsgesetz<sup>5</sup> (2004) § 61a Rn 1.

nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen zu lassen, weit überzeugender ist<sup>683</sup>. Die Ansicht von *Naujok* hinsichtlich einer Ermessensreduzierung auf Null ist hier mE zu weitgehend<sup>684</sup>, denn grundsätzlich ist nicht einzusehen, welche Aufklärungen und Zeugenvernehmungen ein Arbeitsrichter durchzuführen außer Stande ist, der Strafrichter diese Fähigkeit hingegen innehaben soll. Überdies ist zu berücksichtigen, dass es für die Verdachtskündigung nicht auf die erwiesene Tat ankommt, sondern auf den Verlust des Vertrauens aufgrund objektiv gegebener Verdachtsmomente. Letzteres reicht aufgrund des *in-dubio-Grundsatzes*<sup>685</sup> hingegen für eine strafrechtliche Verurteilung nicht aus.

Rechtspolitisch ist die Auffassung von *Naujok* hinsichtlich der Ermessensreduzierung auf Null mE bedenklich, denn sie belastet den Verdächtigten neben den für ihn in der Regel einmaligen Anstrengungen eines Arbeitsgerichtsprozesses mit der Sorge einer strafrechtlichen Sanktion und eventuell auch der Verwirklichung dieser Sorge. Vor dem Hintergrund, dass eventuell weder der Verdächtige noch der Arbeitgeber ein Strafverfahren wollen – Letzterer aus Sorge vor negativer Publicity über sein Unternehmen – keine generelle Anzeigepflicht von Straftaten besteht und das Legalitätsprinzip die Staatsanwaltschaft als Ermittlungsbehörde trifft<sup>686</sup>, erscheint die Ermessenentscheidung des Arbeitsrichters, die mögliche Erkenntnisgewinnung eines Strafverfahrens gegen die Verzögerung des Arbeitsgerichtsprozesses abzuwägen<sup>687</sup>, weit überzeugender. Diese Erwägung dürfte auch Grund für die – zumindest in Deutschland – in der Praxis kaum vorkommenden Aussetzungen bei Verdachtskündigungen sein<sup>688</sup>.

---

<sup>683</sup> LAG Rheinland-Pfalz 06.06.1980, 1 Ta 73/80, [www.juris.de](http://www.juris.de) 2. Leitsatz; LAG Rheinland-Pfalz 11.04.2007, 11 Ta 88/07, [www.juris.de](http://www.juris.de) 2. Leitsatz; LAG Rheinland-Pfalz, 14.05.2007, 2 Ta 109/07, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 12.

<sup>684</sup> So im Ergebnis auch: OLG Frankfurt am Main 09.03.1998, 15 W 9/98, OLGR Frankfurt 1998, 334 [334].

<sup>685</sup> Vertiefend: *Fischer*, Strafgesetzbuch<sup>55</sup> (2008), § 1 Rn 20.

<sup>686</sup> Anschaulicher hierzu: *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung<sup>50</sup> (2007) § 152 Rn 2.

<sup>687</sup> So: *Greger* in *Zöller*, Zivilprozessordnung<sup>26</sup> (2007) § 149 Rn 1; LAG Frankfurt am Main 26.02.1991, 12 Ta 154/91, DB 1992, 48 [48]; LAG Rheinland-Pfalz 10 Ta 49/06, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 7.

<sup>688</sup> Vgl. LAG Nürnberg, 29.05.2002, 1 Ta 78/02, ArbuR 2002, 319 [319]; LAG Rheinland-Pfalz 11.04.2007, 11 Ta 88/07, [www.juris.de](http://www.juris.de) 2. Leitsatz; LAG Rheinland-Pfalz, 14.05.2007, 2 Ta 109/07, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 12.

## 1.5 Verfassungsrechtliche Bedenken

Neben den dogmatischen Bedenken werden aber in Deutschland auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Verdachtskündigung erhoben. Diese verfassungsrechtlichen Bedenken wurden bislang vom BAG verworfen<sup>689</sup>. Da über die Verdachtskündigung bislang verfassungsgerichtlich durch Urteil noch nicht entschieden wurde, bleibt für den Arbeitgeber in Deutschland – trotz der die Verdachtskündigung stützenden BAG-Rechtsprechung – ein nicht unerhebliches Restrisiko, da dann, sollte das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe die Verdachtskündigung für verfassungswidrig erachten, das Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbestünde, mit der sich daraus ergebenden rückwirkenden Entgeltfortzahlungsverpflichtung.

### 1.5.1 Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG)

*Dörner*<sup>690</sup> begründet seine Auffassung, die Verdachtskündigung sei mit dem Grundrecht des Arbeitnehmers auf Berufsfreiheit aus Art 12 Abs 1 GG unvereinbar, mit dem Argument, dass im Arbeitsverhältnis beim Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich gleichwertige Grundrechtspositionen betroffen sind. Daher bedürfe es einer güterabwägenden Grundrechtsausgleichung, die dem Zwecke einer auf die Einheit der Verfassung abzielenden praktischen Konkordanz diene. Dies würde allerdings voraussetzen, dass mit der Verdachtskündigung ein legitimer Zweck verfolgt werde, und sie vor allem geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sei. Dies ist aber nach der Auffassung von *Schütte*<sup>691</sup> deshalb nicht gegeben, weil die Verdachtskündigung gegen das ultima-ratio-Prinzip verstößt, denn, um die Interessen des Arbeitgebers zu schützen, stehen eine Suspendierung des Arbeitnehmers bis zur Aufklärung des Verdachts, eine Versetzung oder die Verweigerung der Entgeltzahlung, als mildere Mittel der Verdachtskündigung entgegen. *Joachim*<sup>692</sup> fügt dem hinzu, dass solange es nur bei dem Verdacht bleibt, und dem Arbeitnehmer die Tat nicht nachgewiesen werden kann, es dem Arbeitgeber daher regelmäßig zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer fortzusetzen, der sich nichts Beweisbares hat zuschulden kommen lassen.

---

<sup>689</sup> Grundlegend: BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271].

<sup>690</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*<sup>3</sup> (2007) § 626 BGB Rn 377.

<sup>691</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>692</sup> *Joachim*, Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, 33 [33].

Zunächst ist der Kritik im Ansatz zu folgen, dass bei der Auslegung des § 626 Abs 1 BGB die Grundrechte – drittwirkend – über die Generalklauseln der §§ 138, 242, 315 BGB zu beachten sind<sup>693</sup>. Eine unmittelbare Anwendung auf die Verdachtskündigung ist jedoch schon aufgrund der Schutzrichtung des Art 12 Abs 1 GG nicht möglich, denn diese besteht nur gegen staatliche Maßnahmen<sup>694</sup>. Weiter ist der Kritik dahin zu folgen, dass dem Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art 12 Abs 1 GG nicht ausreichend Rechnung getragen werden würde, wenn schon der rein subjektive Verlust des Vertrauens des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund anzuerkennen wäre<sup>695</sup>, denn auch die Beibehaltung des gewählten Arbeitsplatzes ist vom Schutzbereich des Art 12 GG umfasst<sup>696</sup>.

#### 1.5.1.1 Kollidierende Grundrechte

Allerdings ist der Kritik mE entgegenzuhalten, dass auch die freie Berufsausübung des Arbeitgebers durch Art 12 Abs 1 GG geschützt ist<sup>697</sup>. Hierzu zählt auch die Vertragsfreiheit<sup>698</sup> und damit die grundsätzliche unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers, welche Arbeitnehmer er wie lange beschäftigen will<sup>699</sup>. *Manssen*<sup>700</sup> ist zwar der Auffassung, dass die Vertragsfreiheit vielmehr dem Schutzbereich des Art 2 Abs 1 GG zuzuordnen ist, was allerdings nur bedingt zutrifft. Richtig ist mE, dass die Vertragsfreiheit sicherlich durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art 2 Abs 1 GG geschützt wird. Im Arbeitsrecht hingegen ist die Vertragsfreiheit jedoch aufgrund der Spezialität beruflicher Betätigung dem Art 12 Abs 1 GG als spezielleres Grundrecht

---

<sup>693</sup> BVerfG 15.01.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 [206]; BVerfG 07.02.1990, 1 BvR 26/84, NZA 1990, 389 [390].

<sup>694</sup> *Ingo v. Münch* in *v. Münch/Kunig*, Grundgesetz Band 1<sup>5</sup> (2000) Vorbemerkung Rn 28.

<sup>695</sup> *Gallner* in *HaKo*, Kündigungsschutzrecht<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 599; *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsschutzrecht<sup>3</sup> (2007) § 626 BGB Rn 375.

<sup>696</sup> *Manssen* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz Band 1<sup>5</sup> (2005) Art 12 Abs 1 Rn 57.

<sup>697</sup> *Manssen* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz Band 1<sup>5</sup> (2005) Art 12 Abs 1 Rn 65.

<sup>698</sup> BVerfG 01.03.1978, 1 BvR 786/70, 1 BvR 793/70, 1 BvR 168/71, 1 BvR 95/73, BVerfGE 47, 285 [318].

<sup>699</sup> *Belling* in *Heinze/Söllner*, Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für *Kissel* (1994) 11 [17]; *Linck* in *v. Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 440; *Gallner* in *HaKo*, Kündigungsschutzrecht<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 599; BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271]; *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 81.

<sup>700</sup> *Manssen* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz Band 1<sup>5</sup> (2005) Art 12 Abs 1 Rn 69.

zuzuordnen, weshalb der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit als subsidiär zurücktritt<sup>701</sup>.

Damit konkurriert das Grundrecht des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz behalten zu wollen, mit dem Grundrechte des Arbeitgebers, ein Arbeitsverhältnis beenden zu wollen. Um den Interessen des Verdächtigten gerecht zu werden, stellt das BAG besonders hohe Anforderungen an eine Verdachtskündigung<sup>702</sup>. So muss die Pflichtverletzung, derer der Gekündigte bezichtigt wird, schwer wiegen. Es muss ein dringender Tatverdacht, also eine auf Indizien gestützte große Wahrscheinlichkeit für die Pflichtverletzung vorliegen und der Arbeitgeber muss alles Zumutbare zur Aufklärung des Verdachts unternommen, sowie auch den Arbeitnehmer zu den Vorwürfen gehört haben<sup>703</sup>. Das Spannungsverhältnis besteht jedoch trotz dieser strengen Anforderungen darin, dass es einerseits dem Arbeitgeber nicht mehr zuzumuten ist, ein Arbeitsverhältnis trotz einer zerstörten Vertrauensgrundlage fortzusetzen, andererseits aber nicht bereits jeder Verdacht zu einer Kündigung führen darf. Bei derartiger Grundrechtskollision kommt keinem der beiden Grundrechte ein grundsätzlicher Vorrang zu, sondern konkurrierende Grundrechtspositionen lassen sich nur unter Würdigung der kollidierenden Interessen lösen<sup>704</sup>. Dies zu prüfen, und damit im Wege praktischer Konkordanz den kollidierenden Grundrechten zum Ausgleich zu verhelfen, ist Aufgabe der Rechtsprechung<sup>705</sup>.

#### 1.5.1.2 Praktische Konkordanz

Die Verdachtskündigung muss deshalb der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Drei-Stufen-Theorie<sup>706</sup> gerecht werden, nach der sie geeignet, erforderlich und

---

<sup>701</sup> Grundlegend: BVerfG 31.10.1984, 1 BvR 35/82, 1 BvR 356/82, 1 BvR 794/82, BVerfGE 68, 193 [223]; bestätigt: BVerfG 12.12.2006, 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979 [980].

<sup>702</sup> BAG 01.04.1982, 2 AZR 851/79, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 25.

<sup>703</sup> Deutlich: BAG 21.06.1995, 2 AZR 735/94, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 40.

<sup>704</sup> BVerfG 17.12.1975, 1 BvR 63/68, BVerfGE 41, 29 [51]; BVerfG 03.11.1987, 1 BvR 1257/84, 1 BvR 861/85, 1 BvR 1257/84, 1 BvR 861/85, BVerfGE 77, 240 [255]; BVerfG 07.03.1990, 1 BvR 1215/87, BVerfGE 81, 298 [308].

<sup>705</sup> BAG 18.11.1999, 2 AZR 743/98, NZA 2000, 418 [420].

<sup>706</sup> BVerfG 11.06.1958, 1 BvR 596/56, BVerfG 7, 377 [398]; BVerfG 12.10.1977, 1 BvR 216/75, 1 BvR 217/75, BVerfGE 46, 120 [138].

verhältnismäßig sein muss, wobei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zukommt<sup>707</sup>.

#### 1.5.1.2.1 Die Maßstabsprüfung

Geeignet ist die Verdachtskündigung mE deshalb, weil sie das Ziel des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis durch außerordentliche Kündigung zu beenden, verfolgt und erreicht. Erforderlich ist sie dann, wenn das Ziel nicht auch durch ein anderes, milderes Mittel erreicht werden könnte<sup>708</sup>. Das BAG prüft diesen Punkt aufgrund der Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, nach dem eine außerordentliche Kündigung nur dann in Betracht kommt, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und angemessenen milderen Mitteln erschöpft sind, das in der bisherigen Form nicht mehr haltbare Arbeitsverhältnis fortzusetzen<sup>709</sup>. Als milderes Mittel wird hier von Teilen der Literatur in allen drei der hier verglichenen Staaten die Suspendierung angeführt<sup>710</sup>, weshalb dieser Punkt hier ausführlicher geprüft werden soll.

#### 1.5.1.2.2 Suspendierung

Begründet wird die Suspendierung als milderes Mittel mit dem Argument, dass die Freistellung des Arbeitnehmers beiden Interessenslagen gerecht wird. Zum einen werde die Suspendierung dem Interesse des Arbeitgebers gerecht, der die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung anführt, und andererseits dem Interesse des Arbeitnehmers, nicht aufgrund des Verdachtes seinen Arbeitsplatz zu verlieren.

---

<sup>707</sup> BVerfG 03.11.1987, 1 BvR 1257/84, 1 BvR 861/85, 1 BvR 1257/84, 1 BvR 861/85, BVerfGE 77, 240 [253].

<sup>708</sup> Vgl. *Manssen* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz Band 1<sup>5</sup> (2005) Art 12 Abs 1 Rn 136.

<sup>709</sup> BAG 09.07.1998, 2 AZR 201/98, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 14.

<sup>710</sup> *Eichinger*, Entlassung wegen Straftaten, RdW 1997, 211 [215]; *Egli*, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 109; *Deinert*, Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema, AuR 2005, 285 [296]; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [23]; *Kuderna*, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 63; *Rehbinder* in *Berner Kommentar*, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12.

Da die Suspendierung eine einseitige Arbeitsbefreiung darstelle, bei der die Leistungspflicht des Arbeitnehmers ausgesetzt wird<sup>711</sup>, folgt daraus aber, dass der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers für diese Zeit bestehen bleibt<sup>712</sup>. Diesen Nachteil der Entgeltfortzahlungspflicht sieht *Insam*<sup>713</sup> in Fällen des Mobbingverdachts als hinnehmbar für den Arbeitgeber an, um den verdächtigten Mobber so wörtlich „zappeln zu lassen“ und andererseits die Leistungssteigerung des „Gemoppten“ beobachten könne, ohne zum Instrument der Verdachtskündigung greifen zu müssen.

ME erscheint die Suspendierung dort sinnvoll, wo aufgrund unklarer Verdachtsmomente weitere Aufklärungen erforderlich und vor allem möglich sind. Dies kann gerade für die Schweiz und Österreich aufgrund der Verwirkung des Entlassungsrechts bei nicht unverzüglicher Erklärung bedeutsam sein. Als milderer Mittel im Vergleich zur außerordentlichen Kündigung kommt die Suspendierung mE aus den folgenden Überlegungen nicht in Betracht.

Zum einen scheidet ein Konkurrenzverhältnis zwischen Suspendierung und Kündigung aus, denn durch die Suspendierung lässt sich nur ein zeitlich begrenzter Schwebezustand erreichen, weil die bezahlte Freistellung nicht zu einer dauerhaft bezahlten Befreiung von der Arbeitsleistung führen kann<sup>714</sup>. Zum anderen vermag die Suspendierung keine Abhilfe für den Vertrauensverlust zu schaffen<sup>715</sup>, denn ist die Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit der Parteien endgültig zerstört, kann die Suspendierung mE dem Interesse des Arbeitgebers nicht gerecht werden, dem Arbeitnehmer, in dessen Ehrlichkeit er objektiv begründet das Vertrauen verlieren musste, ohne entsprechende Gegenleistung sein Gehalt weiter bezahlen zu müssen – gar bis zum Ablauf der Kündigungsfrist<sup>716</sup>. Diese Diskrepanz zwischen Leistungspflicht des Arbeitgebers und der mangelnden vertraglichen Gegenleistung des Suspendierten könnte derart ausgeglichen werden, dass die Suspendierung in eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung abgeschwächt wird. Wegen der Gefahr, dass der Arbeitnehmer in der Zeit der

---

<sup>711</sup> *Lucky*, Suspendierung und Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers, NZA 1992, 873 [874].

<sup>712</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12.

<sup>713</sup> *Insam*, Eingriffe Dritter in das Arbeitsverhältnis – Mobbing, Druckkündigung und Headhunting (2004) 28.

<sup>714</sup> *Belling*, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223 [233].

<sup>715</sup> So auch *Belling*, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223 [233].

<sup>716</sup> BAG 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 [839].

Weiterbeschäftigung weitere Pflichtwidrigkeiten begehen könnte, die aufgrund einer Haltung, sowieso nichts mehr zu verlieren zu haben, zu deutlich größerem (Image-) Schaden des Arbeitgebers führen könnte, als die Tat, deren der Arbeitnehmer verdächtigt wurde, vermag eine Weiterbeschäftigung gegen Fortzahlung seiner Bezüge mE gleichfalls als milderer Mittel nicht zu überzeugen<sup>717</sup>.

Bleibt aber im Einzelfall der Verdacht unaufklärbar, ist eine Suspendierung als milderer Mittel mE gerade aufgrund der Unaufklärbarkeit ungeeignet<sup>718</sup>. Sinn macht sie demnach nur, wenn eine Beseitigung oder Bestätigung des Verdachts durch weitere Aufklärungen zu erwarten ist. Im Ergebnis ist daher – *Ebeling*<sup>719</sup> zustimmend – festzustellen, dass kein milderer Mittel zur Verdachtskündigung ernsthaft in Betracht kommt.

Ob die Verdachtskündigung im Sinne dieser Drei-Stufen-Theorie auch verhältnismäßig ist, ist Einzelfallfrage. Für eine grundsätzliche Beantwortung kommt es insoweit nur darauf an, welche abstrakten Anforderungen an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu stellen sind. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es, vom Arbeitgeber zu verlangen, alles zu tun, um den Sachverhalt aufzuklären und dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, die Verdachtsgründe zu entkräften und Entlastungstatsachen anzuführen<sup>720</sup>. Liegen diese Voraussetzungen vor und sind die Verdachtsgründe nicht entkräftet worden, ist die Verdachtskündigung zulässig und verstößt nicht gegen Art 12 Abs 1 GG.

#### 1.5.2 Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art 20 Abs 1, 28 GG)

*Schütte*<sup>721</sup> führt gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung weiter an, dass diese gegen das Rechtsstaatsprinzip, normiert in den Art 20 Abs 1, 28 GG, verstößt. Begründet wird dieser Verstoß damit, dass ohne Schuld nachweis niemand bestraft werden darf und der Verlust des Arbeitsplatzes wegen nicht erwiesener Schuld eine weiter reichende Sanktion ist, die mit Rechtsstaatlichkeit nicht vereinbar sei. Ferner sei es mit Rechtsstaatlichkeit unvereinbar, dass der Arbeitsrichter bei seiner Beweiswürdigung und Urteilsfindung nicht an eine über die konkrete Schuldfrage bereits entschiedene strafrichterliche Entscheidung

<sup>717</sup> So auch: BAG 05.04.2001, 2 AZR 217/00, NZA 2001, 837 [839].

<sup>718</sup> So auch *Hoefs*, Die Verdachtskündigung (2001) 124.

<sup>719</sup> *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 83.

<sup>720</sup> BAG 26.09.2002, 2 AZR 424/01, NZA 2003, 991 2. Leitsatz.

<sup>721</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22].

gebunden sei und deshalb zu einer gänzlich anderen Beurteilung der Verdachtsmomente kommen könne. Dies könnte dazu führen, dass der Verdächtige im Strafverfahren mangels nachweisbarer Tat freigesprochen werde, im Kündigungsrechtsstreit jedoch unterliege.

Auch in diesem Punkt ist *Schütte* mE nicht zu folgen, denn das Rechtsstaatsprinzip kann als Zielsetzung des Staates keine Grundrechte – und so auch nicht das Grundrecht des Arbeitgebers, ein Arbeitsverhältnis kündigen zu können – verdrängen<sup>722</sup>. Richtig ist allerdings sicherlich, dass ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips der unbestimmte Begriff der Gerechtigkeit ist<sup>723</sup>. Auf das gerichtliche Verfahren übertragen, in dem über die Wirksamkeit einer Kündigung entschieden wird, bedeutet dies, dass es unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist, dass die Entscheidung auf einer zureichenden richterlicher Aufklärung beruht<sup>724</sup>. Gemeint ist damit, dass es in tatsächlicher Hinsicht einer genügenden Grundlage bedarf<sup>725</sup>, um ein Arbeitsverhältnis kündigen zu können. Allerdings ist die Bewertung von Tatsachen, gleichfalls wie die Beweiswürdigung, grundsätzlich Sache der allgemein zuständigen Gerichte, weshalb eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung für sich genommen noch nicht zur Aufhebung einer Entscheidung als verfassungswidrig führen kann<sup>726</sup>. Auch unterliegen gerichtliche Entscheidungen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur einer begrenzten Überprüfung, und zwar dahingehend, ob die Gerichte die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung „einfachrechtlicher“ Vorschriften – hier § 626 BGB – grundsätzlich verkannt haben oder die Anwendung einfachen Rechts objektiv willkürlich ist<sup>727</sup>. Dass die Verdachtskündigung als Kündigung aufgrund eines durch Verdacht begründeten Vertrauensverlustes diesen Maßstäben nicht standhalten soll, ist nicht zu erkennen. Das BAG fordert gerade, dass objektive Tatsachen den Verdacht begründen müssen<sup>728</sup>. Inwieweit dies im Einzelfall zu bejahen oder zu verneinen ist, obliegt den

---

<sup>722</sup> Vgl *Sommermann* in *v.Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz Band 2<sup>5</sup> (2005) Art 20 Abs 3 Rn 253.

<sup>723</sup> So schon: BVerfG 19.07.1972, 2 BvL 7/71, BVerfGE 33, 367 [383].

<sup>724</sup> BVerfG 07.10.1981, 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208 [222].

<sup>725</sup> BVerfG 07.10.1981, 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208 [230].

<sup>726</sup> BVerfG 14.03.1973, 2 BvR 621/72, 2 BvR 622/72, 2 BvR 635/72, 2 BvR 912/72, 2 BvR 621/72, 2 BvR 622/72, 2 BvR 635/72, 2 BvR 912/72, BVerfGE 34, 384 [397].

<sup>727</sup> BVerfG 15.03.1989, 1 BvR 1428/88, BVerfGE 80, 48 [51].

<sup>728</sup> Deutlich: BAG 21.06.1995, 2 ARZ 735/94, [www.juris.de](http://www.juris.de), 2. Leitsatz.

Instanzgerichten<sup>729</sup>. Dass diese den Vertrauensverlust aufgrund eines durch objektive Tatsachen gestützten Verdachts im Einzelfalle bejahen, stellt somit keinen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip dar.

Auch die Tatsache, dass trotz eines strafrechtlich freisprechenden Urteils zivilrechtlich eine Verdachtskündigung als wirksam erachtet werden kann, ist mE weder widersprüchlich noch mit Rechtsstaatlichkeit unvereinbar. Obwohl der Entzug der Freiheitsrechte sicherlich nicht weniger schwer wiegt, als der Verlust des Arbeitsplatzes, genügt als Grundvoraussetzung eines Haftbefehls der dringende Tatverdacht, ohne dass dies verfassungsrechtlich bedenklich ist<sup>730</sup>. Die gleiche Verdachtsintensität wird auch bei der Verdachtskündigung gefordert<sup>731</sup>. Dass die Rechtsordnung diesen Verdacht jedoch nicht ausreichen lässt, um staatlich zu bestrafen und eventuell dauerhaft zu inhaftieren, ist unbestritten. Hieraus lässt sich mE jedoch nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass der gleiche Maßstab, der für eine strafrechtliche Verurteilung und damit eventuell für eine freiheitsentziehende Maßnahme gilt, auch zivilrechtlich anzuwenden ist, denn grundsätzlich erfordern strafrechtliche Maßnahmen ein unterschiedliches Maß an Verdachtsintensitäten<sup>732</sup>. Auch das Bundesverfassungsgericht stellt die Verdachtskündigung nicht ernsthaft in Frage<sup>733</sup>, auch wenn es sich mit der Frage etwaiger Verfassungswidrigkeit durch Senatsurteil noch nicht beschäftigen musste. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1997 zum Fragerecht des Arbeitgebers entschieden, dass der Bewerber nichts offen zu legen hat, wenn er begründeten Anlass zu der Befürchtung habe, dass eine offene Verweigerung seiner Antwort zu einer Verdachtskündigung führen würde<sup>734</sup>. Damit beantwortet das Bundesverfassungsgericht zwar nicht grundsätzlich die Frage der Vereinbarkeit der Verdachtskündigung mit der Verfassung, erkennt jedoch die Existenz der Verdachtskündigung an, und begründet zum Schutz vor dieser das Recht des Bewerbers, sich nicht grundsätzlich und umfänglich offenbaren zu müssen. Hielte das Bundesverfassungsgericht die Verdachtskündigung für bedenklich, so hätte es dieses Schutzes mE eher weniger bedurft.

---

<sup>729</sup> BVerfG 14.03.1973, 2 BvR 621/72, 2 BvR 622/72, 2 BvR 635/72, 2 BvR 912/72, 2 BvR 621/72, 2 BvR 622/72, 2 BvR 635/72, 2 BvR 912/72, BVerfGE 34, 384 [397].

<sup>730</sup> Zuletzt: BVerfG 15.08.2007, 2 BvR 1485/07, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 23.

<sup>731</sup> BAG 04.06.1964, 2 AZR 310/63, BAGE 16, 72, 3. Leitsatz.

<sup>732</sup> Vgl oben Kap D III 2 a bb bbb [39].

<sup>733</sup> BVerfG 08.07.1997, 1 BvR 2111/94, 1 BvR 195/95, 1 BvR 2189/95, NZA 1997, 992 [996].

<sup>734</sup> BVerfG 08.07.1997, 1 BvR 2111/94, 1 BvR 195/95, 1 BvR 2189/95, NZA 1997, 992 [996].

Die Zulässigkeit der Verdachtskündigung im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Gesichtspunkt ergibt sich daher aus den persönlichen Elementen des Arbeitsverhältnisses, aufgrund derer die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses mE rechtsstaatlich bedenkenfrei sehr wohl mit begründetem Vertrauensverlust des Arbeitgebers in die Person des Verdächtigten gerechtfertigt werden kann<sup>735</sup>.

### 1.5.3 Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art 103 Abs 1 GG)

Das Landesarbeitsgericht Bremen<sup>736</sup> vertrat Mitte der siebziger Jahre, und *Schütte*<sup>737</sup> im Jahr 1991, die Auffassung, die Verdachtskündigung verstoße gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs, weil der Arbeitnehmer aufgrund eines Verdachts gekündigt werde, ohne dass ihm die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt wurde.

Diese Kritik des Landesarbeitsgerichtes Bremen erscheint mE zum damaligen Zeitpunkt begründet, weil sie zeitlich vor der Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichtes<sup>738</sup> erging, in der die Anhörung zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhoben wurde. Soweit *Schütte* sie jedoch im Jahr 1991 vorträgt, übersieht seine Kritik, dass die Anhörung des Arbeitnehmers – als Gewährung rechtlichen Gehörs – seit 1985 Wirksamkeitsvoraussetzung<sup>739</sup> der Verdachtskündigung ist<sup>740</sup>. Die Gewährung rechtlichen Gehörs ist eine einseitige Pflicht des Arbeitgebers und beinhaltet keine Mitwirkungspflicht des Verdächtigten an der Aufklärung des Verdachtes<sup>741</sup>. Verletzt der Arbeitgeber diese Aufklärungspflicht schuldhaft, führt dies zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung<sup>742</sup>. Angesichts dieser Anforderungen kann ein Verstoß gegen den Grundsatz auf Gewährung rechtlichen Gehörs mE in der Verdachtskündigung nicht gesehen werden.

---

<sup>735</sup> So schon *Heilmann*, Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitierung (1964) 22.

<sup>736</sup> LAG Bremen 23.04.1976, 1 Sa 193/75, BB 1976, 1560 [1560].

<sup>737</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22].

<sup>738</sup> BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [676].

<sup>739</sup> BAG 11.04.1985, 2 AZR 239/84, NZA 1986, 674 [676].

<sup>740</sup> Ausführlich hierzu: *Sasse/Freihube*, Die Anhörung bei der Verdachtskündigung, ArbRB 2006, 15ff; *Fischer*, Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung, BB 2003, 522ff.

<sup>741</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 26.

<sup>742</sup> Ständige Rechtsprechung: BAG 13.09.1995, 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 [83]; BAG 26.09.2002, 2 AZR 424/01, AP Nr 37 zu § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung, B. I. 1. b. cc.

## 2. Besondere Vertrauensstellung

*Wallmeyer*<sup>743</sup> und *Moritz*<sup>744</sup> halten die Verdachtskündigung nur dann für zulässig, wenn der Arbeitnehmer eine besondere Vertrauensstellung innehat, die sich aus der Eigenart des Betriebes, (zB Banken) oder aus einer hervorgehobenen Stellung im Betrieb (zB leitender Angestellter) ergibt, weil derartige Mitarbeiter schwieriger zu kontrollieren seien und bei ihnen daher besonders leicht die Möglichkeit des Missbrauchs schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers bestünde<sup>745</sup>. Das Landesarbeitsgericht Köln<sup>746</sup> hat die Zulässigkeit der Verdachtskündigung auf die Tatbestände begrenzt, in denen wegen des Verdachts das erforderliche Vertrauen zerstört ist, weshalb ein Zusammenhang zwischen dem Verdacht und der vertraglich geschuldeten Tätigkeit bestehen muss.

Auch überzeugt diese Auffassung, die Verdachtskündigung nur bei einer besonderen Vertrauensstellung des Verdächtigten anzuwenden, mE nicht. Zutreffend ist sicherlich, dass Mitarbeitern in gehobener Stellung regelmäßig höheres Vertrauen entgegen gebracht wird, weshalb ein Vertrauensverlust bei diesen Mitarbeitern sicherlich schwerer wiegt und daher bei ihnen ein strengerer Maßstab angewendet werden sollte, was in gleicher Weise für Österreich<sup>747</sup> und die Schweiz<sup>748</sup> bejaht wird. Die Einschränkung von *Moritz* wird aber mE vor allem dem Umstand nicht gerecht, dass auch das Vertrauen in Mitarbeiter, die nicht in leitender Position beschäftigt sind, zerstört werden kann. Dem Beispiel von *Fischermeier*<sup>749</sup> folgend, ist daher nicht einzusehen, weshalb der schwerwiegende Verdacht der Unterschlagung, der gegen eine „einfache“ Verkäuferin besteht, nicht ausreichen soll, oder, deutlicher ausgedrückt, nur dann ausreichend sein soll, wenn diese zB auch Marktleiterin wäre. Eine solche Einschränkung wäre mE nicht sachgerecht. Zu Recht wird auch in Österreich das Erfordernis einer besonderen Vertrauensstellung des Arbeitnehmers zur Begründung des Entlassungstatbestands der Vertrauensunwürdigkeit, abgelehnt<sup>750</sup>.

---

<sup>743</sup> *Wallmeyer*, Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund (1962) 88.

<sup>744</sup> *Moritz*, Grenzen der Verdachtskündigung, NJW 1978, 402 [405].

<sup>745</sup> So: *Wallmeyer*, Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund (1962) 88.

<sup>746</sup> LAG Köln 16.01.1990, 11 Sa 853/89, DB 1990, 1337 [1337].

<sup>747</sup> OGH 21.02.1978, 4 Ob 11/78, DRdA 1987, 259.

<sup>748</sup> Kantonsgericht Wallis 30.02.1980, JAR 1984 193 [193].

<sup>749</sup> *Fischermeier* in KR-Gemeinschaftskommentar<sup>8</sup> (2007) § 626 Rn 228.

<sup>750</sup> OGH 01.09.1999, 9 Ob A 219/99t, RdW 2000/150 [174].

Dem gegenüber erscheint die Einschränkung des Landesarbeitsgerichts Köln mE zwar überlegter aber im Ergebnis ebenfalls nicht überzeugend. Für den Verlust des Vertrauens ist es unerheblich, ob ein Mitarbeiter im Zusammenhang mit seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit in den Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung geraten ist, oder bei Gelegenheit.

Beiden einschränkenden Auffassungen steht mE darüber hinaus – allein schon aus den Abgrenzungsfragen zwischen leitenden Angestellten und Arbeitnehmern, sowie zwischen vertraglich geschuldeter Tätigkeit und Nebenpflicht – eine zunehmende Rechtsunsicherheit gegenüber. Überdies werden diese einschränkenden Ansichten mE nicht dem Aspekt gerecht, dass Vertrauen nicht erst ab einer gewissen Führungsebene beginnt, und auch den Arbeitnehmern nicht nur hinsichtlich der Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung entgegengebracht wird. Insoweit besteht keine Unterscheidung hinsichtlich des verlorenen Vertrauens, ob eine Raumpflegerin, verführt durch die sich ihr bietende Gelegenheit, interne Dokumente an Dritte veräußert, oder ob dies der verantwortliche Prokurist tut. Es ist daher mE erforderlich und auch ausreichend, auf die Frage abzustellen, ob die Tat, derer der Mitarbeiter verdächtigt wird, bei ihrem tatsächlichen Vorliegen eine Kündigung rechtfertigen würde<sup>751</sup> oder nicht, denn auch bei der Tatkündigung sind Aspekte wie die besondere Vertrauensstellung oder ein Zusammenhang zwischen der Tat und der vertraglich geschuldeten Tätigkeit keine Wirksamkeitsvoraussetzung.

### 3. Anrechenbares Wohlverhalten

Vorausgesetzt, es läge eine Pflichtverletzung vor, die im Ergebnis einen wichtigen Grund darstellen könnte, ist die Frage zu klären, ob und in welchem Maße jahreslanges Wohlverhalten des zu Kündigenden zu berücksichtigen ist, denn in diesem Punkt bestehen Unterschiede zwischen den hier verglichenen Ländern.

Der OGH<sup>752</sup> betonte bereits sehr früh, dass der Arbeitgeber im Einzelfall zu berücksichtigen habe, dass ein Arbeitnehmer, der sich jahrelang wohl verhalten hat, einen größeren Vertrauensvorschuss erwarten kann<sup>753</sup>, als ein solcher, der sich bereits einer

---

<sup>751</sup> BAG 10.09.1982, 2 AZR 201/80, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 15.

<sup>752</sup> OGH 03.05.1966, 4 Ob 30/66, ZAS 1966, 138 [139].

<sup>753</sup> Bestätigt: OGH 01.04.1998, 9 Ob A 384/97d, DRdA 1999/21, 195.

Verfehlung schuldig gemacht hat<sup>754</sup>. Eine solche Berücksichtigung beanstandungsloser Dienstjahre ist nach der Auffassung von *Tomandl*<sup>755</sup> nicht sachgerecht, weil dem Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit ein eigenständiger Wert zukomme. Für Deutschland und die Schweiz finden sich keine Stimmen, etwaiges Wohlverhalten in der Vergangenheit hier zu berücksichtigen.

ME erscheint es sicherlich sachgerecht, im Einzelfall Vertrauensunwürdigkeit auch durch wiederholte Verfehlungen<sup>756</sup> oder die Summierung geringfügiger Verstöße<sup>757</sup> anzunehmen, allerdings – und darin ist mE der Kritik von *Tomandl* zu folgen – ist es abzulehnen, dass jahrelanges einwandfreies Verhalten eine Vertrauensunwürdigkeit aufgrund einmaligen Fehlverhaltens zu entkräften vermag<sup>758</sup>. Das LAG Nürnberg<sup>759</sup> hält jahreslanges einwandfreies Verhalten sogar für umso belastender gegen den Verdächtigten, weil der Vertrauensbruch umso schwerer wiegt, je länger dem Arbeitnehmer Vertrauen entgegengebracht wurde.

ME ist Wohlverhalten der Kern der dem Arbeitnehmer obliegenden Treuepflicht. *Kramer*<sup>760</sup> stellt sie mit Verweis auf *Gamillscheg* sehr anschaulich dar, „als Pflicht zur Unterlassung von Handlungen, die den sachlich gerechtfertigten geschäftlichen und betrieblichen Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufen“. Wenn demnach Wohlverhalten arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers ist, so kann die Erfüllung dieser Nebenpflicht, nicht dazu herangezogen werden, ein einmaliges Fehlverhalten als Verstoß gegen die Erfüllung dieser Nebenpflicht zu entkräften. Die Erfüllung der Nebenpflicht ist bereits mit der Entgeltleistung des Arbeitgebers abgegolten, so dass es nicht sachgerecht erscheint, jahrelanges Wohlverhalten neben der Vergütung ein zweites Mal zu honorieren – diesmal als Vertrauensvorschuss etwaiger in der Zukunft liegender Umstände, die den

---

<sup>754</sup> Zustimmend: *Martinek/Schwarz/Schwarz*, Angestelltengesetz<sup>7</sup> (1991) 601; *Kuderna*, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 82.

<sup>755</sup> *Tomandl*, Entscheidungsglosse zu OGH 03.05.1966, 4 Ob 30/66, Zur Verdachtsentlassung, ZAS 1966, 139 [141].

<sup>756</sup> OGH 21.02.1978, 4 Ob 11/78, DRdA 1978, 259.

<sup>757</sup> OGH 29.08.1996, 8 Ob A 2235/96, RdW 1997, 288.

<sup>758</sup> So wohl auch OGH 01.09.1999, 9 Ob A 219/99t, RdW 2000/150 [174]; OGH 08.11.2000, 9 Ob A 256/00p, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

<sup>759</sup> LAG Nürnberg 16.10.2007, 7 Sa 182/07, BB 2008, 171.

<sup>760</sup> *Kramer* in *Tomandl*, Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1975) 117.

Arbeitnehmer vertrauensunwürdig erscheinen lassen. Sachgerechter erscheint es mE, im Einzelfall zu prüfen, ob der beanstandete Verstoß ausreichend ist, um eine Vertrauensunwürdigkeit – ungeachtet des bisherigen Wohlverhaltens – zu rechtfertigen, oder nicht.

#### 4. Rückgewinnung verlorenen Vertrauens

Wenn im Ergebnis der Verlust des Vertrauens einen wichtigen Grund und damit im Ergebnis eine Verdachtskündigung rechtfertigen kann, ist weiter die Frage zu stellen, ob verlorenes Vertrauen – so *Dörner*<sup>761</sup> mit Hinweis auf die Ansicht des BAG<sup>762</sup> – wieder zurück gewonnen werden kann und aufgrund dieser Rückgewinnung der Ansatzpunkt für die Annahme der Verdachtskündigung entfällt.

Auch in diesem Punkt ist der Kritik von *Dörner* mE nicht zu folgen, denn die Verdachtskündigung erfordert gerade den dringenden Verdacht einer derart schwerwiegenden Pflichtverletzung, dass das erforderliche Vertrauen nicht lediglich beeinträchtigt ist, sondern derartig zerstört ist, dass die für die weitere Zusammenarbeit erforderliche Vertrauensgrundlage unwiederbringlich fehlt. Dies impliziert gerade, dass für die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung das verlorene Vertrauen nicht mehr zurück gewonnen werden kann. Diesen Vertrauensverlust hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Darlegungslast zu begründen, wobei der Verdächtige die Möglichkeit hat, im Rahmen der Anhörung den Verdacht zu entkräften, oder auch durch Schweigen zu demonstrieren, an einer Aufklärung des Sachverhaltes nicht interessiert zu sein. Gelingt es weder dem Verdächtigten den Verdacht zu entkräften, noch den Sachverhaltsaufklärungen des Arbeitgebers, dann besteht die erforderliche große Wahrscheinlichkeit, dass das Arbeitsverhältnis auch zukünftig von Misstrauen geprägt sein wird und dem Arbeitnehmer die Vertrauenswürdigkeit als wesentliche Eigenschaft nachhaltig fehlt. Unwiederbringlich verlorenes Vertrauen ist irreversibel, so dass sich die Frage der Rückgewinnung hier nicht stellt. Gerade bei Verdachtsmomenten im Vertrauensbereich, wie Ehrlichkeit, Loyalität und Redlichkeit, bleibt gerade dann, wenn der Verdacht unaufklärbar bestehen bleibt, ein Restmisstrauen, das dem Vertrauensverhältnis zwischen Verdächtigten und Prinzipal dauerhaft anhaften bleibt. Diese Konsequenz ist auch nicht sonderlich überraschend,

---

<sup>761</sup> *Dörner* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*<sup>3</sup> (2007) § 626 Rn 375.

<sup>762</sup> BAG 12.08.1999, 2 AZR 923/98, NZA 2000, 421 [426].

sondern durchaus intuitiv, denn sogar der Volksmund wusste diese Konsequenz treffend – wie auch philosophisch von *Viebahn*<sup>763</sup> erläutert – mit den Worten „wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, auch wenn er dann die Wahrheit spricht“, zu würdigen.

## V. Entwicklung eines eigenen Lösungsansatzes

Über die bisherigen Ausführungen versucht die vorliegende Arbeit mit einem eigenen dogmatischen Lösungsansatz die These aufzustellen, dass auch für die Schweiz und Österreich die Zulässigkeit der Verdachtskündigung zu rechtfertigen wäre. Diese These soll aufgrund der Anforderung, der jeweiligen nationalen Dogmatik entsprechen zu müssen, auch jeweils national begründet werden, denn es ist nicht Ziel dieser Rechtsvergleichung<sup>764</sup>, im Stolz auf das eigene Recht, dieses zu exportieren oder es anderen Ländern aufzudoktrieren zu wollen. Ziel soll vielmehr sein, nationale Lösungswege zu erarbeiten, die im Ergebnis zeigen oder zumindest der Diskussion dienen sollen, dass jede der drei hier verglichenen Nationen dasselbe Problem der Verdachtskündigung – dass nämlich sich ein Sachverhalt nicht lückenlos aufklären lässt, ein dringender Tatverdacht jedoch besteht, die Tatbegehung dem Verdächtigten letztlich aber nicht vollständig nachgewiesen werden kann – national-dogmatisch lösen könnte.

### 1. Begründung der These für die Rechtslage in der Schweiz

Um dem Anspruch dieser These zu genügen, muss sich der Verdacht zunächst unter die gesetzliche Regelung des Art 337 Abs 2 OR subsumieren lassen.

#### 1.1 Der Verdacht als Existenz

Hierbei stellt sich zunächst die Frage, ob das gemäß Art 337 Abs 2 OR geforderte „Vorhandensein“ eines Umstandes mit dessen tatsächlich erwiesener Existenz gleichzusetzen ist – also ein Umstand nur dann vorhanden im Sinne des Gesetzes ist, wenn er auch tatsächlich erwiesen ist. Gemeint ist damit – unabhängig von der Frage der Beweislast – die Frage, ob nur erwiesene Tatsachen im Sinne des Gesetzes vorhanden sein

---

<sup>763</sup> Vertiefend hierzu: *Viebahn*, Wer einmal lügt dem glaubt man nicht (2005) 1 ff.

<sup>764</sup> Vgl *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996) 14.

können, oder auch ein Verdacht. Im ersteren Falle ergäbe sich die Unzulässigkeit der Verdachtskündigung damit bereits durch die Auslegung des Gesetzes.

Eine solche Auslegung des Gesetzes kann jedoch mE nicht überzeugen, ist doch all das vorhanden, was existent ist, was besteht oder gegeben ist. Auch der Verdacht kann bestehen – kann vorhanden sein – unabhängig davon, ob er sich bewahrheitet oder als unbewiesenes Element bestehen bleibt. In diesen Fällen wäre er zumindest zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhanden gewesen – wenn auch nicht nachgewiesen. Vorhandensein ist somit nicht gleichzusetzen mit tatsächlich nachgewiesen. Somit genügt der Verdacht dem gesetzlichen Erfordernis des Vorhandenseins.

## 1.2 Der Verdacht als Umstand

Wenn somit grundsätzlich auch ein Verdacht „vorhanden“ sein kann, stellt sich weiter die Frage, ob unter dem Begriff „Umstand“ nur Tatsachen zu verstehen sind, oder auch der Verdacht ein Umstand ist. In der schweizerischen Literatur<sup>765</sup> findet sich zwar bei der Erläuterung des Begriffs des wichtigen Grundes auch die Erklärung, „eine Tatsache, die geeignet ist, das im Arbeitsverhältnis unentbehrliche Vertrauen derart zu zerstören, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr weiter zuzumuten ist“, doch vermag diese Erläuterung nicht zu überzeugen, denn der schweizerische Gesetzgeber fordert in Art 337 Abs 2 OR eben gerade nicht das Vorliegen einer Tatsache, sondern das Vorliegen eines Umstandes, womit sich ein gesetzlicher Ausschluss der Verdachtskündigung mE nicht begründen lässt. Umstand lässt sich mE sprachlich gleichsetzen mit Vorfall, Konstellation oder Sachlage. Damit ist der „Umstand“ aber gerade nicht auf die erwiesene Tatsache beschränkt<sup>766</sup>. Dies führt im Ergebnis dazu, dass sich die Unzulässigkeit der Verdachtskündigung nicht durch Auslegung des Gesetzes herleiten lässt. Vielmehr ist den Gegnern der Verdachtskündigung<sup>767</sup> entgegen zu halten, dass der Gesetzgeber, hätte er die Verdachtskündigung als unzulässig regeln wollen, dies deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte. Der Ersatz der Vokabeln „Umstand“ durch „Tatsache“ oder „Vorhandensein“ durch „Erwiesenheit“ hätte einen die Verdachtskündigung verneinenden Willen des Gesetzgebers

---

<sup>765</sup> Vgl Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht<sup>3</sup> (2005) Art 337 7 [259].

<sup>766</sup> Vgl Humbert/Volken, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [565].

<sup>767</sup> Egli, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht (2000) 46;

Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht<sup>3</sup> (2005) Art 337 9 [261].

deutlich gemacht. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr für eine offene, weitreichende Regelung entschieden, die in Anbetracht der Regelung in Art 337 Abs 3 OR seine Intension, eine Regelung zu schaffen, die Gerechtigkeit im Einzelfalle ermöglicht, verdeutlicht. Nach Art 337 Abs 3 OR entscheidet über das Vorhandensein solcher Umstände, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Kündigenden nach Treu und Glauben unzumutbar machen, der Richter nach seinem Ermessen<sup>768</sup>. Damit hat sich der Gesetzgeber hier bewusst gegen eine vom Gesetz ausgehende Rechtssicherheit entschieden, dafür aber der Rechtsprechung Ermessensspielraum zu Gunsten der Einzelfallgerechtigkeit eröffnet<sup>769</sup>. Die einzige gesetzliche Einschränkung, die diesen Ermessensspielraum begrenzt, ist der Fall unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung, den das Gericht nicht als wichtigen Grund anerkennen darf, Art 337 Abs 3 OR. Diese Einschränkung hilft jedoch bei der Beurteilung der (Un-) Zulässigkeit der Verdachtskündigung nicht weiter.

Damit bleibt festzuhalten, dass dem Gesetz auch durch Auslegung des Art 337 OR die Unzulässigkeit der Verdachtskündigung für die Schweiz nicht zu entnehmen ist, sondern sich der Verdacht durchaus unter den Gesetzeswortlaut subsumieren lässt. Art 337 OR enthält gerade keinen Hinweis dazu, dass ein Vertrauensbruch nur durch eine nachgewiesene Tat und nicht durch einen objektiv begründeten Verdacht bejaht werden kann<sup>770</sup>. Auch fordert Art 337 OR nicht, dass den Gekündigten ein Verschulden am Vorliegen des wichtigen Grundes trifft<sup>771</sup>.

Der Verdacht ist somit ein existenter und somit vorhandener Umstand, der vom Gesetz als Kündigungsgrund nicht ausgeschlossen ist. Ihn als Kündigungsgrund dennoch auszuschließen mag eventuell mit der Unschuldsvermutung begründet werden können<sup>772</sup>, nicht aber mit dem Wortlaut des Gesetzes.

---

<sup>768</sup> Anschaulich: *Rapp*, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, 169 [173].

<sup>769</sup> So auch *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag<sup>6</sup> (2006) Art 337 Rn 2.

<sup>770</sup> So auch: *Vitali*, Die Verdachtskündigung, ArbR 2000, 97 [106].

<sup>771</sup> Bundesgericht 01.03.1978, BGE 104 Ia 165 E. 3a.

<sup>772</sup> Ausführlich zu dieser Frage siehe Kapitel G [131 ff.].

## 2. Begründung der These für die Rechtslage in Österreich

Soweit der hier vertretenen Auffassung, dass sich das gesetzliche Erfordernis des Verschuldens nicht nur auf den Nachweis der Tatbegehung (insoweit „Tatentlassung“), beschränkt, sondern auch mit dem Verschulden an den Verdachtsmomenten begründet werden kann<sup>773</sup>, nicht gefolgt werden kann, soll hier ein Lösungsweg entwickelt werden, der eine Verdachtsentlassung verschuldensunabhängig rechtfertigen könnte. Ansatz dieses Lösungsweges ist die Tatsache, dass § 27 AngG die Entlassungsgründe nicht abschließend sondern demonstrativ aufzählt<sup>774</sup>. Neben den dort genannten Entlassungstatbeständen sind solche dann zulässig, wenn sie die Merkmale eines wichtigen Grundes aufzeigen und sich in der Person des Arbeitnehmers ereignet haben<sup>775</sup>.

### 2.1 Dringender Tatverdacht als Entlassungsgrund

Der dringende Verdacht, dass ein Arbeitnehmer eine Straftat zu Lasten des Arbeitgebers begangen habe, könnte als Entlassungsgrund kreiert werden. Voraussetzung dafür wäre, dass er eine gewisse Gleichwertigkeit mit den in § 27 AngG aufgeführten Entlassungstatbeständen aufzeigt<sup>776</sup>.

#### 2.1.1 Parallele zu § 27 Ziff 5 2. Alt AngG

Diese Gleichwertigkeit ließe sich aus dem Entlassungstatbestand der „Abwesenheit während einer den Umständen nach erheblichen Zeit“ gemäß § 27 Ziff 5 2. Alt AngG herleiten, wobei der hier aufgezeigte Lösungsansatz nicht dem Zweck dient, die Verdachtskündigung unter § 27 Ziff 5 2. Alt AngG zu subsumieren, sondern dem, die Parallelen aufzuzeigen, einen weiteren Entlassungstatbestand zu begründen.

Unter den Entlassungstatbestand des § 27 Ziff 5 2. Alt AngG fällt nach der Judikatur des OGH<sup>777</sup> auch die Untersuchungshaft<sup>778</sup>. Für die Anordnung der Untersuchungshaft verlangt

<sup>773</sup> Vgl oben Kapitel F IV. 1.3.1 [85].

<sup>774</sup> Vgl *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 26.

<sup>775</sup> Vgl *Petrovic*, Die Vertrauensunwürdigkeit als Entlassungsgrund nach § 27 Abs 1 letzter Satz AngG, ZAS 1983, 49.

<sup>776</sup> *Friedrich* in *Marhold/ Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>8</sup> (2005) § 27 Rn 1.

<sup>777</sup> OGH 31.08.1994, 8 Ob A 268/94, DRdA 1995/19, 251.

§ 180 Abs 1 StPO ua, dass der Beschuldigte einer bestimmten Tat dringend verdächtig ist<sup>779</sup>. Damit besteht begriffliche Identität zwischen diesem strafprozessualen Verdacht, und dem dringenden Verdacht, wie er bei der Verdachtskündigung verlangt wird. Dies gilt im Übrigen in gleicher Weise so in Deutschland<sup>780</sup>. Wenn somit hinsichtlich des Verdachts der Begehung einer Straftat der dringende Tatverdacht für eine Untersuchungshaft ausreicht und die Abwesenheit aufgrund einer solchen Untersuchungshaft letztlich Entlassungstatbestand sein kann, ist zumindest eine gewisse Gleichwertigkeit darin zu sehen, dass der österreichische Gesetzgeber auch Sachverhaltskonstellationen zulässt, die zumindest mittelbar auf einem dringenden Tatverdacht beruhen. Weiter ist von Bedeutung, dass der Grund der Haft – also die Straftat – bei § 27 Ziff 5 2. Alt AngG ohne Bedeutung ist<sup>781</sup>, aber eine erhebliche Zeit des Fernbleibens von der Arbeit verlangt wird. Als Untergrenze wird hier ein Zeitraum von mindestens 14 Tage gefordert<sup>782</sup>.

#### 2.1.1.1 Bedeutung des dringenden Tatverdachts

Wenn demnach der Grund für die Untersuchungshaft ohne Bedeutung ist, jedoch eine gewisse Zeitdauer des Fernbleibens von der Arbeit vorliegen muss, könnte dies zu dem Schluss führen, dass der Schutzzweck dieses Entlassungsgrundes alleine im Fernbleiben und damit in dem Umstand liegt, dass der Arbeitgeber bei der Dienstabwesenheit des Untersuchungshäftlings dessen Arbeitsleistung (vorübergehend) verliert und insoweit gehindert ist, sein Direktionsrecht auszuüben. Dieser Schlussfolgerung ist mE jedoch entgegenzuhalten, dass es einzig und allein auf die Dienstverhinderung nicht ankommen kann, sondern gerade der der Untersuchungshaft zugrunde liegende dringende Tatverdacht auch maßgeblich ist, denn der Arbeitgeber verliert in gleicher Weise die Arbeitsleistung,

---

<sup>778</sup> Zust *Pfeil* in Entscheidungsglosse zu OGH 31.08.1994, 8 Ob A 268/94, DRdA 1995/19, 251 [254].

<sup>779</sup> So auch in der Schweiz Art 221 E-StPO und in Deutschland § 112 StPO.

<sup>780</sup> Hier erfolgt eine Abstufung der Verdachtsmomente. Der schwächste Verdacht ist der Anfangsverdacht, der für die Aufnahme eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens genügt und dann vorliegt, wenn es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint, dass eine Straftat vorliegt. Dem folgt der hinreichende Tatverdacht, der für die Eröffnung des Hauptverfahrens vorliegen muss und vorliegt, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch ist. Der stärkste Verdacht ist der dringende Tatverdacht, der erforderlich ist, um einen Haftbefehl zu rechtfertigen. Der dringende Tatverdacht liegt vor, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Beschuldigte Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist.

<sup>781</sup> *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>8</sup> (2005) § 27 Rn 404.

<sup>782</sup> OGH 31.08.1994, 8 Ob A 268/94, DRdA 1995/19, 251; *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 513; *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 106.

als auch die Möglichkeit der Ausübung seines Direktionsrechtes, wenn der Arbeitnehmer erkrankt ist. Krankheit ist aber als ein die Entlassung rechtfertigender Abwesenheitsgrund gesetzlich ausgeschlossen. Wenn demnach der Grund der Dienstabwesenheit, nämlich der dringende Tatverdacht, der letztlich zur Untersuchungshaft führte, mit ausschlaggebend ist, besteht insoweit eine Parallele zu dem hier zu begründenden (neuen) Entlassungsgrund.

#### 2.1.1.2 Verschuldensunabhängigkeit

Als weitere Parallele ist von Bedeutung, dass der Entlassungsgrund wegen Dienstverhinderung nach § 27 Ziff 5 2. Alt AngG – im Gegensatz zu dem der Dienstverhinderung aufgrund Freiheitsstrafe<sup>783</sup> – kein Verschulden des Angestellten verlangt<sup>784</sup>. Wenn demnach eine verschuldensunabhängige Untersuchungshaft, die strafprozessual ua nur bei dringenden Tatverdacht angeordnet werden darf, eine Entlassung rechtfertigen kann, lässt sich mE auch die Verdachtsentlassung als eigenständiger Entlassungsstatbestand rechtfertigen, denn hinsichtlich des entscheidenden Aspektes, dem dringenden Tatverdacht, lässt sich eine Gleichwertigkeit eines solchen Entlassungsgrundes herleiten. Soweit vertreten wird, die Zulässigkeit der Verdachtskündigung scheitere (bislang) aufgrund des gesetzlich geforderten Verschuldens in § 27 Ziff 1 3. Alt AngG, wäre dies nunmehr unerheblich, weil hinsichtlich der Frage der Täterschaft auch eine Untersuchungshaft dringenden Tatverdacht erfordert und der Entlassungsgrund der Untersuchungshaft verschuldensunabhängig ist.

#### 2.1.2 Parallele zu § 82 lit i GewO 1859

Die Grundzüge dieses neuen Entlassungsgrundes ließen sich über § 82 lit i GewO 1859 denklogisch zwar auch auf das Entlassungsrecht für Arbeiter anwenden, denn § 82 lit i GewO 1859 sieht in der Untersuchungshaft von mehr als 14 Tagen gleichfalls grundsätzlich einen Entlassungsgrund<sup>785</sup>, der keines Verschuldens auf Seiten des Arbeiters

---

<sup>783</sup> Vgl OGH 31.08.1994, 8 Ob A 268/94, DRdA 1995/19, 251.

<sup>784</sup> *Kuderna*, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 118; *Sonntag* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 106; *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Kommentar zum Angestelltengesetz<sup>8</sup> (2005) § 27 Rn 402.

<sup>785</sup> Vgl *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 312.

bedarf<sup>786</sup>. Diese Übertragung scheitert jedoch daran, dass die in § 82 GewO 1859 aufgeführten Entlassungsgründe abschließend sind und keine Analogie zulassen.

Soweit die Zulässigkeit der Verdachtsentlassung bislang am gesetzlichen Erfordernis des Verschuldens scheiterte, wäre sie nach der hier aufgezeigten Lösungsmöglichkeit zwar bei Angestellten, nicht jedoch bei Arbeitern möglich. Rechtspolitisch ließe sich diese Unterscheidung mE in der vertrauenswürdigeren Stellung eines Angestellten gegenüber einem Arbeiter rechtfertigen, was letztlich auch Grund dafür ist, dass es bei Arbeitern keinen eigenständigen Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit gibt, sondern die Vertrauensunwürdigkeit immer Folge einer strafbaren Handlung sein muss<sup>787</sup>.

## 2.2 Interessenabwägung

Soweit im konkreten Einzelfall ein dringender Verdacht mit Tatsachen bewiesen werden könnte, wäre weiter zu prüfen, inwieweit im Einzelfall eine Weiterbeschäftigung tatsächlich unzumutbar wäre<sup>788</sup>. Eine solche Interessenabwägung ist jedoch Einzelfallfrage und sei hier lediglich der Vollständigkeit halber erwähnt. In diesem Prüfungspunkt besteht lediglich Einigkeit mit der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland<sup>789</sup>. Zwar gibt – so das Schweizerische Bundesgericht – Art 2 Abs 2 ZGB dem Richter nicht die Befugnis, die Entscheidung und Begründung der Kündigung des Arbeitgebers durch eine eigene Interessenabwägung zu ersetzen<sup>790</sup>, aber die Frage, ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet der Richter gemäß Art 337 Abs 3 OR nach freiem Ermessen, wobei er die Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses sowie die Art und Schwere der Vorwürfe in Betracht zu ziehen hat<sup>791</sup>. Der

---

<sup>786</sup> Kuderna, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 143; Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht (2006) 312.

<sup>787</sup> Vgl Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup> (2006) 517.

<sup>788</sup> Vgl Sonntag in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht Band II, XVII Rn 106; Kuderna, Das Entlassungsrecht<sup>2</sup> (1994) 143.

<sup>789</sup> Rehbinde in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 1; BAG 03.07.2003, 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 [309].

<sup>790</sup> Bundesgericht 22.10.1985, BGE 111 II 242 [244].

<sup>791</sup> Bundesgericht 18.06.1985, BGE 111 II 245 [250].

Richter muss sich demnach – was im Übrigen im Strafprozess nicht anders ist – mit seiner persönlichen Gewissheit begnügen, die Zweifel letztlich nie völlig ausschließen kann<sup>792</sup>.

### 2.3 Rechtsfolgen

Soweit eine gerechtfertigte Verdachtsentlassung nur aufgrund des hier kreierten „neuen“ verschuldensunabhängigen Entlassungstatbestandes denkbar wäre, würde sich allerdings die Rechtsfolge im Vergleich zur gerechtfertigten Entlassung aufgrund Vertrauensunwürdigkeit ändern, denn die unverschuldete gerechtfertigte Entlassung nimmt dem Entlassenen grundsätzlich nicht seinen Anspruch auf Abfertigung<sup>793</sup>, soweit die dreijährige Wartezeit erfüllt ist. Eine Ausnahme bestünde lediglich dann, wenn der Angestellte die Entlassung derart mitverschuldet<sup>794</sup> hätte, dass er diesen Anspruch verlieren könnte<sup>795</sup>. Aber auch dies wäre letztlich Einzelfallfrage. Vorausgesetzt, ein Mitverschulden würde im Einzelfall verneint werden, ließe sich mE das Bestehen des Abfertigungsanspruchs, gemessen daran, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis sofort lösen könnte und nicht zur Entgeltzahlung für den Zeitraum der Kündigungsfrist verpflichtet wäre, rechtfertigen.

---

<sup>792</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 23.

<sup>793</sup> Ausführlich hierzu: *Schrank* in *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 305.

<sup>794</sup> Vgl OGH 24.01.2001, 9 Ob A 290/00p, DRdA 2001, 450.

<sup>795</sup> Vgl OGH 17.09.1998, 8 Ob A 116/98m, [www.rdb.at](http://www.rdb.at).

## G: Vereinbarkeit mit Art 6 Abs 2 EMRK

Fraglich ist nun, ob die Verdachtskündigung mit der Unschuldsvermutung aus Art 6 Abs 2 EMRK vereinbar ist. In der Literatur finden sich vereinzelt Stimmen, die in der Zulässigkeit der Verdachtskündigung einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung sehen<sup>796</sup>. Diese Mindermeinung wird in der Schweiz teilweise auch von der kantonalen Rechtsprechung getragen<sup>797</sup>. Begründet wird diese Unvereinbarkeit mit dem Argument, dass jeder bis zum Beweis seiner Schuld als unschuldig gelte und deshalb der Verdacht, der ja keinen Schuldnachweis in sich trägt, diesem Gebot nicht genügen kann. Überwiegend<sup>798</sup> wird ein solcher Verstoß – vor allem in der deutschen Literatur<sup>799</sup> – jedoch abgelehnt, weil die EMRK auf strafrechtliche Verfahren beschränkt sei. Mit diesem Argument lehnen auch das Schweizerische Bundesgericht<sup>800</sup> und das BAG<sup>801</sup> einen Verstoß der Verdachtskündigung gegen Art 6 Abs 2 EMRK ab.

---

<sup>796</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22]; *Däubler*, Das soziale ideal des BAG<sup>2</sup> (1975) 102.

<sup>797</sup> Bezirksgericht Bremgarten 14.05.1987, JAR 1988, 315 [320]; Obergericht Solothurn 03.10.1990, JAR 1992, 259 [261]; Appellationshof des Kantons Bern 27.08.1993, JAR 1994, 238 [240].

<sup>798</sup> Vgl. *Breitenmoser/Riemer/Seitz*, Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz (2006) 112; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 24 Rn 122; *Humbert/Volken*, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [569]. *Vitali*, Die Verdachtskündigung im System von Art 337 ff OR, ArbR 2000, 97 [114].

<sup>799</sup> *Berkowsky* in MünchArbR, Arbeitsrecht Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn 3; *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 80; *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 250; *Fischermeier* in KR- Kündigungsrecht<sup>8</sup> (2007) § 626 Rn 211; *Frowein/Peukert*, EMRK Kommentar<sup>2</sup> (1996) Art 6 Rn 162; *Gallner* in HaKo Kündigungsschutzgesetz<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 598; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR (2005) Art 6 Rn 150; *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 36; *Henssler* in MüKo, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 240; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band I<sup>3</sup> (2005) § 10 Rn 120; *Linck* in *v.Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 439; *Link* in *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2005) § 127 Rn 140; *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 176; *Oppermann* in *Thüsing/Laux/Lembke*, Kündigungsschutzgesetz (2007) § 1 Rn 608; *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 755; *Sandmann* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar<sup>2</sup> (2006) BGB § 626 Rn. 323; *Szczekalla*, in *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006) § 52 Rn 28.

<sup>800</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [308]; Bundesgericht 26.04.2004, 4P.74/2004, JAR 2005, 187 [189].

<sup>801</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de), Rn 20; BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271].

*Dörner*<sup>802</sup>, einer der literarisch größten Gegner der Verdachtskündigung sieht in der Verdachtskündigung hingegen keinen generellen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, sondern macht dies davon abhängig, ob für die Annahme eines wichtigen Grundes nur der volle Nachweis der Schuld oder auch schon der dringende Tatverdacht ausreicht.

Daher wird im Folgenden zunächst zu prüfen sein, inwieweit die Unschuldsvermutung von ihrem „gesetzlichen“ Rang her zu beachten ist. Dem folgt eine kurze prozessuale Darstellung des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und abschließend die Prüfung, welche Auswirkungen die Unschuldsvermutung auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen der Parteien hat. Letzteres soll die Frage beleuchten, ob die Verdachtskündigung tatsächlich an der Unschuldsvermutung scheitert, oder in sie mehr interpretiert wird, als sie letztlich rechtlich zu begrenzen in der Lage ist.

## I. Rang der Unschuldsvermutung

Die EMRK ist von allen drei hier verglichenen Staaten ratifiziert worden<sup>803</sup>, wenn auch nicht deckungsgleich mit allen Zusatzprotokollen<sup>804</sup>. Diese Einschränkung ist jedoch für die hier zu untersuchende Frage ohne Auswirkung, da die Unschuldsvermutung in allen drei Ländern Verfassungsrang hat, wenngleich der EMRK – unabhängig von den hier verglichenen Staaten – lediglich in Österreich Verfassungsrang zukommt<sup>805</sup>. In der Schweiz hat sie einen mit der Verfassung vergleichbaren Rang<sup>806</sup>, wobei die Unschuldsvermutung in der Schweizerischen Bundesverfassung in Art 32 Abs 1 BV übertragen wurde. In Deutschland kommt der EMRK nur der Rang eines Bundesgesetzes zu<sup>807</sup>, weil völkerrechtliche Verträge ohne ein nationales Zustimmungsgesetz nach Art 9 Abs 2 GG als geltendes Recht ohne Verfassungsrang ausgestattet sind. Dem deutschen Grundgesetz liegt die klassische Vorstellung zugrunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um zwei unterschiedliche Rechtskreise handelt und das

---

<sup>802</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel von Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [866] dort FN 18.

<sup>803</sup> Chronologisch: Deutschland am 05.12.1952, Österreich am 03.09.1958, die Schweiz am 28.11.1974.

<sup>804</sup> Ausführlicher hierzu: *Breitenmoser/Riemer/Seitz*, Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz (2006) 9.

<sup>805</sup> Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 3 Rn 2.

<sup>806</sup> Vgl *Frowein*, Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europa (2004) 419-420.

<sup>807</sup> BVerfG 15.12.1965, 1 BvR 513/65, BVerfGE 19, 342 [347].

nationale Recht nur selbst und nicht völkerrechtlich bestimmt werden kann<sup>808</sup>. Der generelle Konflikt in der Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der nationalen deutschen Anerkennung bedarf hier jedoch keiner grundlegenden Diskussion<sup>809</sup>, denn das BVerfG postuliert der Unschuldsvermutung eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, die damit Verfassungsrang hat<sup>810</sup>, auch wenn dies der EMRK als solchen in Deutschland nicht zu teil wird. Bei der Definition der Unschuldsvermutung greift das BVerfG auf den Wortlaut des Art 6 Abs 2 EMRK zurück<sup>811</sup> und begründet dies mit der rechtlichen Verwandtschaft zwischen den Grundrechten des deutschen Grundgesetzes und diesem Menschenrecht der Konvention<sup>812</sup>. Insoweit bestehen hinsichtlich der Frage des Verfassungsranges der Unschuldvermutung keine Unterschiede zwischen den hier verglichenen Staaten.

## II. Bedeutung der (Un-) Vereinbarkeit

Die Frage der (Un-) Vereinbarkeit der Verdachtskündigung mit Art 6 Abs 2 EMRK ist von zentraler Bedeutung. Wird sich, wie hier als These hinsichtlich der Entwicklung der bundesgerichtlichen Judikatur in der Schweiz dargelegt, bewahrheiten, dass das Schweizerische Bundesgericht eher in Richtung Verdachtskündigung tendiert, als sich von ihr abzuwenden, wäre eine zeitnahe europäische Entscheidung sicherlich wünschenswert, um diese zögerliche Entwicklung entweder zu beschleunigen oder zu beenden, ohne sich als Bundesgericht zu deutlich positioniert zu haben. Gleiches gilt für die Rechtslage in Österreich, sofern man sich entweder der hier vertretenen Auffassung anschließen kann, dass das gesetzlich erforderliche Verschulden bereits im Verschulden des Verdächtigten an der Verdachtssituation gesehen werden könnte, oder den hier vorgestellten Lösungsweg eines „neuen“ Entlassungstatbestandes für Angestellte mittragen kann. Anderenfalls wird eine die Verdachtskündigung ablehnende europäische Entscheidung für Österreich ohne nennenswerte Auswirkungen bleiben. Für Deutschland, in dem die Verdachtskündigung seit über einen halben Jahrhundert anerkannt ist, hätte solch eine ablehnende Entscheidung

---

<sup>808</sup> BVerfG 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 [3408].

<sup>809</sup> Vgl hierzu *Frowein*, Völkerrecht – Menschenrechte – Verfassungsfragen Deutschlands und Europa (2004) 350.

<sup>810</sup> BVerfG 26.03.1987, 2 BvR 589/79, 2 BvR 740/81, 2 BvR 284/85, BVerfGE 74, 358 (370).

<sup>811</sup> Vgl BVerfG 16.05.1973, 2 BvR 590/71, BVerfGE 35, 311 (320).

<sup>812</sup> BVerfG 26.03.1987, 2 BvR 589/79, 2 BvR 740/81, 2 BvR 284/85, BVerfGE 74, 358 (370).

wohl die gravierendsten Folgen. Obwohl bislang in über 150 Revisionsverfahren<sup>813</sup> die unterschiedlichsten Fragen zur Verdachtskündigung vor dem BAG anhängig gemacht wurden, verwundert es mE, dass die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung über den arbeitsgerichtlichen Instanzenzug bislang nicht ausgeurteilt wurde. Zwar finden sich mitunter schon in den Tatsacheninstanzen<sup>814</sup> deutliche Ausführungen auf Arbeitnehmerseite, die sowohl verfassungsrechtliche Kritik, als auch einen Verstoß gegen die EMRK rügen, doch keiner der unterlegenen Arbeitnehmer hat (bislang veröffentlicht) weder mit der Verfassungsbeschwerde den so genannten „Weg nach Karlsruhe“, dem Sitz<sup>815</sup> des Bundesverfassungsgerichtes beschritten, noch diese Frage dem EGMR vorgetragen.

### III. Das Verfahren vor dem EGMR

Prozessual wird das Verfahren vor dem EGMR mit der Individualbeschwerde gemäß Art 34 EMRK geführt. Sie ist für die Wirksamkeit der EMRK das wichtigste Instrument<sup>816</sup>. Der Verfahrensablauf, der sich im Wesentlichen aus dem XI. Zusatzprotokoll ergibt, ist in jedem der hier verglichenen Staaten ratifiziert worden<sup>817</sup>. Bis zum Inkrafttreten des XI. Zusatzprotokolls war die Individualbeschwerde von der Anerkennung der Konventionsstaaten abhängig<sup>818</sup>. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen ergeben sich im Wesentlichen negativ formuliert aus Art 35 EMRK.

Die Beschwerdebefugnis ergibt sich aus Art 34 EMRK, nach dem jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe, die behauptet, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein, eine Beschwerde beim EGMR in Straßburg einlegen kann. Parteifähig ist jede natürliche Person unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit<sup>819</sup>. Die Individualbeschwerde richtet sich allerdings nur gegen den jeweiligen Konventionsstaat<sup>820</sup>, nicht gegen den Arbeitgeber, wie im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Eine erfolgreiche

---

<sup>813</sup> Vgl [www.juris.de](http://www.juris.de), Stichwort: „Verdachtskündigung“, Gericht: „BAG“.

<sup>814</sup> Vgl LAG Baden-Württemberg 14.06.2005, 14 Sa 12/05 (unveröffentlicht).

<sup>815</sup> Vgl § 1 Abs 2 BVerfGG.

<sup>816</sup> So *Breitenmoser/Riemer/Seitz*, Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz (2006) 12.

<sup>817</sup> Vgl hierzu: *Breitenmoser/Riemer/Seitz*, Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz (2006) 9.

<sup>818</sup> Näher hierzu: *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 9 Rn 1.

<sup>819</sup> *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar<sup>2</sup> (2006) Art 34 Rn 4.

<sup>820</sup> *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar<sup>2</sup> (2006) Art 34 Rn 19.

Individualbeschwerde zieht allenfalls eine finanzielle Entschädigung gemäß Art 41 EMRK durch den beschwerdegegnerischen Konventionsstaat nach sich. Eine solche Entscheidung des EGMR hätte allerdings gemäß Art 46 EMRK zukünftig zumindest für den Konventionsstaat Bedeutung, der als Partei im Individualbeschwerdeverfahren beteiligt war.

Lange Jahre hat sich das BVerfG<sup>821</sup> eher zurückhaltend hinsichtlich der Bindungswirkung von Entscheidungen des EGMR geäußert, weil Entscheidungen des EGMR keine rechtskraftdurchbrechende Wirkung hätten<sup>822</sup> weil sich aus der EMRK – namentlich Art 13 EMRK – keine Pflicht der Konventionsstaaten zur Wiederaufnahme des Verfahrens entnehmen lasse. Diese Rechtsprechung wurde im Jahr 2004 dahingehend weiterentwickelt, dass sich nunmehr die Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR auf alle staatlichen Organe erstreckt und diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit einen Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen haben, ohne jedoch gegen Gesetz und Recht zu verstoßen<sup>823</sup>. Diese mehrfach bestätigte Rechtsprechung<sup>824</sup> kann mE mittlerweile als gefestigt angesehen werden, deren Entwicklung zu begrüßen ist. Sollte der EGMR in der Verdachtskündigung einen Verstoß gegen Art 6 Abs 2 EMRK sehen, hätte eine solche Entscheidung zweifelsohne auch uneingeschränkt Bindungswirkung für Deutschland. Dass das Bundesverfassungsgericht im Übrigen eine verfassungsrechtliche Unterwerfung unter die EMRK grundsätzlich ablehnt, weil das Grundgesetz zwar eine Einfügung Deutschlands in die Staatengemeinschaft anstrebe, nicht aber auf die im letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität verzichtet<sup>825</sup>, ist für die Frage der Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung ohne Bedeutung.

Da aber die EMRK keine zwingende Wirkung dahingehend entfaltet, ein national rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren erneut durchführen zu müssen<sup>826</sup>, andererseits jedoch als Voraussetzung für die Individualbeschwerde die Erschöpfung des nationalen

---

<sup>821</sup> BVerfG 11.10.1985, 2 BvR 336/85, NJW 1986, 1425 [1427].

<sup>822</sup> Zutreffend auch: *Breitenmoser/Riemer/Seitz*, Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz (2006) 19.

<sup>823</sup> BVerfG 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 [3408].

<sup>824</sup> Vgl BVerfG 05.04.2005, 1 BvR 1664/04, NJW 2005, 1765 [1765]; BVerfG 10.6.2005, 1 BvR 2790/04, NJW 2005, 2685 [2688].

<sup>825</sup> BVerfG 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 [3408].

<sup>826</sup> *Breitenmoser/Riemer/Seitz*, Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz (2006) 19.

Rechtswegs voraussetzt (Art 35 EMRK), bliebe die ausgesprochene Verdachtskündigung auch bei einem Obsiegen des Gekündigten vor dem EGMR wirksam und würde keinen Anspruch auf Wiedereinstellung oder Kündigungsentschädigung begründen.

#### IV. Der Geltungsbereich der Unschuldsvermutung

Nach Art 6 Abs 2 EMRK gilt, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld als unschuldig gilt. Daher ist nunmehr zu untersuchen, ob die Unschuldsvermutung auf das Straf- und Strafprozessrecht beschränkt bleibt, oder auch im Zivilrecht Anwendung findet.

##### 1. Meinungsstand

Vor allem *Schütte*<sup>827</sup> und *Rehbinder*<sup>828</sup> sind der Ansicht, dass die Verdachtskündigung gegen die Unschuldsvermutung gemäß Art 6 Abs 2 EMRK verstößt. Diese Auffassung stützt sich zum einen darauf, dass mit dem Institut der Verdachtskündigung ein Unschuldiger zu Unrecht getroffen werden<sup>829</sup> und der Verlust des Arbeitsplatzes bei nicht erwiesener Schuld eine weiter reichendere Sanktion sein kann, als eine strafrechtliche Sanktion, weil der Verlust des Arbeitsplatzes den Arbeitnehmer in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit weit härter treffen kann, als eine Geld- oder Bewährungsstrafe<sup>830</sup>. Deshalb sei die Verdachtskündigung trotz aller Einschränkungen nichts anderes als eine Verurteilung auf Verdachtsbasis, die unzulässig sei, weil der Gesetzgeber den Begriff des Verdachts ausschließlich im Zusammenhang mit der Aufklärung von Straftaten verwende, wodurch deutlich wird, dass der Begriff des Verdachts ausschließlich als Verfahrensbegriff verstanden werde, der nicht ausreiche, um eine abschließende Sanktion zu rechtfertigen<sup>831</sup>. Die Verdachtskündigung hingegen habe strafähnlichen Charakter, weil der Verdächtige aufgrund des Verdachts im Ergebnis seinen Arbeitsplatz verliert, was nur deshalb möglich ist, weil die Verdachtskündigung dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffne, alleine

---

<sup>827</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22].

<sup>828</sup> *Rehbinder* in Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband (1992) Art 337 Rn 12.

<sup>829</sup> Wohl eher „werden könnte“.

<sup>830</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 204; *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [21].

<sup>831</sup> *Dörner*, Die Verdachtskündigung im Spiegel von Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [866].

aufgrund einer nicht nachzuprüfenden subjektiven Einschätzung des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis zu beenden<sup>832</sup>. Darin liege aber ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, nach der niemand bestraft werden darf, ohne ihm die Tat zweifelsfrei nachzuweisen<sup>833</sup>.

Der überwiegende Teil der Literatur<sup>834</sup>, die ständige Rechtsprechung des BAG<sup>835</sup> und das Schweizerische Bundesgericht<sup>836</sup> teilen diese Rechtsmeinung, dass die Unschuldsvermutung der Verdachtskündigung entgegenstehe, hingegen nicht, weil die Unschuldsvermutung auf den Strafprozess beschränkt ist. Die Folgen der staatlichen Strafgewalt sollen den Beschuldigten nur treffen, wenn seine Täterschaft und Schuld in einem rechtsstaatlichen Verfahren nachgewiesen worden sind<sup>837</sup>.

---

<sup>832</sup> Dörner, Die Verdachtskündigung, AR-Blattei<sup>111</sup> (2003) 1010.9.1 Rn 19.

<sup>833</sup> Deinert, Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema, AuR 2005, 285 [291].

<sup>834</sup> Belling in Heinze/Söllner, Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel (1994) 11 [25]; Belling, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223 [226]; Berkowsky in MünchArbR, Arbeitsrecht Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn 3; Ebeling, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 74; Eschke, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 184; Fischermeier, Zulässigkeit und Grenzen der Verdachtskündigung, in Festschrift DAV (2006) 278; Gallner in HaKo Kündigungsschutzgesetz<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 598; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 17 Rn 6; Hahn, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 29; Heilmann, Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitation (1964) 18; Henssler in MüKo, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 240; Humbert/Volken, Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [569]; Hromadka/ Maschmann, Arbeitsrecht Band I<sup>3</sup> (2005) § 10 Rn 120; Linck in v.Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz<sup>14</sup> (2007) § 1 Rn 439; Link in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch<sup>12</sup> (2005) § 127 Rn 140; Müller-Glöße in Erfurter Kommentar<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 176; Oppermann in Thüsing/Laux/Lembke, Kündigungsschutzgesetz (2007) § 1 Rn 608; Otto, Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses (2000) 216; Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003) 15; Preis in Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz<sup>9</sup> (2005) Rn 755; Sandmann in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar<sup>2</sup> (2006) BGB § 626 Rn 323; Szczekalla, in Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006) § 52 Rn 28; Vitali, Die Verdachtskündigung im System von Art 337 ff OR, ArbR 2000, 97 [114].

<sup>835</sup> BAG 05.05.1994, 2 AZR 799/93, [www.juris.de](http://www.juris.de) Rn 20; BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271]; BAG 16.09.1999, 2 ABR 68/98, NZA 2000, 158 [160]; BAG 06.12.2001, 2 AZR 496/00, NZA 2002, 847 [849].

<sup>836</sup> Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [308]; Bundesgericht 26.04.2004, 4P.74/2004, JAR 2005, 187 [189].

<sup>837</sup> Hahn, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 30.

*Gollwitzer*<sup>838</sup> warnt in diesem Zusammenhang davor, die Garantien der Unschuldsvermutung nicht in einseitiger Sicht der Dinge extensiv zu interpretieren.

## 2. Unmittelbare Drittwirkung

In der Literatur finden sich keine Stimmen, die eine unmittelbare Drittwirkung bejahen. Auch ist in keiner der Garantien der EMRK ein Ansatzpunkt für eine unmittelbare Drittwirkung zu finden<sup>839</sup>. Zwar hat der EuGH<sup>840</sup> in der Vergangenheit verschiedentlich eine unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten des EG-Vertrages bejaht, doch betraf dies zum einen nie Garantien der EMRK und andererseits ist die Auffassung des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung von Grundfreiheiten nicht unproblematisch<sup>841</sup>, weil der EG-Vertrag die Mitgliedsstaaten bindet und die Gewährung der dort garantierten Grundfreiheiten an ein staatliches Handeln anknüpft.

### 2.1 Auslegung des Wortlauts

Die Auslegung des Wortlauts der Unschuldsvermutung ergibt, dass die Unschuldsvermutung unmittelbar und ausschließlich nur den Richter bindet, der über die Begründetheit der strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat<sup>842</sup>, denn Adressaten der Unschuldsvermutung sind nur die staatlichen Organe, keine privaten Personen<sup>843</sup>. Das folgt bereits aus Art 1 EMRK, in dem die Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in der EMRK garantierten Rechte zusichern (so genannte Schutzgarantie der Vertragsparteien)<sup>844</sup>. Diese Verpflichtungsrichtung bestätigen auch Art 33, 34 EMRK. Hiernach sind Beschwerden wegen Verletzungen der EMRK nur gegen die

---

<sup>838</sup> *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR (2005) Art 6 Rn 110.

<sup>839</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 19 Rn 14.

<sup>840</sup> Vgl. EuGH 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave, Slg 1974, 1405 Rn 16; EuGH 15.12.1995, Rs C-415/93, Bosman, Slg 1995 I-4921 Rn 84; EuGH 07.05.1998, Rs C-350/96, Clean Car, Slg 1998 I-2521 Rn 19.

<sup>841</sup> Vgl. *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten<sup>2</sup> (2005) § 7 Rn 46.

<sup>842</sup> So ua.: *Gallner* in *HaKo Kündigungsschutzgesetz*<sup>3</sup> (2007) § 1 Rn 598; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 17 Rn 6. *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 30; *Henssler* in *MüKo, Schuldrecht BT II*<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 240; *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar*<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 176.

<sup>843</sup> *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 17 Rn 6; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003) 15.

<sup>844</sup> *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003) 15.

Konventionsstaaten möglich, nicht aber gegen Individuen<sup>845</sup>. Auch die EKMR<sup>846</sup> verneint eine unmittelbare Drittwirkung der Konventionsgrundrechte. Nach der Auslegung anhand des Wortlauts ist die Unschuldsvermutung daher mE unmittelbar nur im strafrechtlichen Bereich anwendbar<sup>847</sup>.

## 2.2 Systematisch-logische Auslegung

Auch die Auslegung des Art 6 Abs 2 EMRK anhand der Systematik der EMRK ergibt mE, dass die Unschuldsvermutung keine unmittelbare Anwendung auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen finden kann, denn in Art 6 Abs 1 EMRK sind ausdrücklich zivilrechtliche Ansprüche geregelt, wohingegen in Art 6 Abs 2 EMRK nur von einem Angeklagten die Rede ist<sup>848</sup>. Auch im Wortlaut der nichtdeutschsprachigen Nachbarländer spricht die Konventionsgarantie deutlich von Strafverfahren „*everyone charged with a criminal offence*“ bzw. „*toutes personnes accusées d’une infraction pénale*“<sup>849</sup>. Des Weiteren leitet Art 6 Abs 2 EMRK unmittelbar auf Art 6 Abs 3 EMRK über, in dem die Rechte eines Beschuldigten im Strafverfahren umfassend geregelt sind. Aus dieser systematischen Auslegung ergibt sich mE, dass Art 6 Abs 2 EMRK nur das Strafverfahrensrecht<sup>850</sup>, nicht aber die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft. Zu diesem Ergebnis kommt für die schweizerische Rechtspraxis auch *Schaerz*<sup>851</sup>, der die Garantien, die sich aus der Unschuldsvermutung ableiten lassen, auf das strafgerichtliche Verfahren begrenzt sieht.

## 2.3 Teleologische Auslegung

Dieses Ergebnis lässt sich mE auch im Rahmen teleologischer Auslegung begründen. Die EMRK hat nicht zur Aufgabe, die Grundrechte in den einzelnen nationalen Verfassungen

---

<sup>845</sup> Vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar<sup>2</sup> (2006) Art 34 Rn 19.

<sup>846</sup> EKMR 08.07.1978, 7572/76 – Ensslin, 7586/76 – Baader, 7587/76 – Raspe, EuGRZ 1978, 314 [323].

<sup>847</sup> So auch *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR (2005) Art 6 Rn 113.

<sup>848</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 184; *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 49.

<sup>849</sup> Ausführlicher: *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR (2005) Art 6 Rn 118.

<sup>850</sup> So auch *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar<sup>2</sup> (2006) Art 6 Rn 85.

<sup>851</sup> *Schaerz*, Der Begriff des „fairen Verfahrens“ gemäß Art 6 EMRK in der schweizerischen Rechtspraxis, in *Wieland*, Das faire Verfahren nach Art 6 EMRK (2005) 51 [65].

zu ersetzen, sondern sie soll einen Mindeststandard in den Mitgliedsstaaten aufstellen<sup>852</sup>. Ziel des Art 6 Abs 2 EMRK ist es, zu verhindern, dass jemand bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss seines Strafverfahrens, Strafen zu erdulden hat. Die schwerwiegenden Folgen der staatlichen Strafgewalt sollen den Beschuldigten nur dann treffen, wenn in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren seine Täterschaft und seine Schuld nachgewiesen sind<sup>853</sup>. Damit sollen schwerwiegende, gegebenenfalls irreversible Beeinträchtigungen der Persönlichkeit des Betroffenen verhindert werden, nicht aber die Verhütung wirtschaftlicher Nachteile<sup>854</sup>.

### 3. Mittelbare Drittwirkung

Nachdem eine unmittelbare Drittwirkung der Unschuldsvermutung ausscheidet, kommt allenfalls eine mittelbare Drittwirkung<sup>855</sup> in Betracht. Das bedeutet, dass ein Anspruch auf Schutz durch den Staat gegen Einriffe durch Private bestehen müsste<sup>856</sup>. Diese mittelbare Drittwirkung als Entfaltung indirekter Horizontalwirkung zwischen Privaten ist in allen drei der hier verglichenen Staaten<sup>857</sup> anerkannt<sup>858</sup>. Danach läge eine Verletzung der Konvention dann vor, wenn es ein Vertragsstaat unterlassen hätte, durch seine Gesetzgebung oder Rechtsprechung sicherzustellen, dass die Unschuldsvermutung nicht durch Dritte verletzt werde<sup>859</sup>. Dies könnte vor allem Deutschland weit härter als die Schweiz oder Österreich treffen, wenn die Zulässigkeit der Verdachtskündigung, wie sie

---

<sup>852</sup> *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 50.

<sup>853</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 205; *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 30.

<sup>854</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 205.

<sup>855</sup> In Deutschland über die Generalklauseln des Privatrechts, §§ 138, 242 BGB.

<sup>856</sup> *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003) 15.

<sup>857</sup> Vgl für die Schweiz: *Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2007) Art 32 Rn 6; *Pärli*, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005, 225 [227/228]; für Österreich: *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) § 19 Rn 14; für Deutschland: *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 31.

<sup>858</sup> Ablehnend: *Adomeit*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis (1962) 39. *Belling* in *Heinze/Söllner*, Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel (1994) 11 [25].

<sup>859</sup> *Harich*, Der Persönlichkeitsschutz im deutschen Zivilrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention am Beispiel des Schutzes gegen Medienveröffentlichungen, in *Esser/Harich/Lohse/Sinn*, Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung (2004) 219 [225].

das BAG seit über 50 Jahren bejaht, einen solchen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung darstellen würde.

### 3.1 Die Position des BAG

Das BAG<sup>860</sup> verweigert sich einem solchem Ansatz mittelbarer Drittwirkung nicht, denn nach seiner Rechtsprechung ist die Unschuldsvermutung als verfassungsrechtliche Wertung bei der Auslegung und Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe des wichtigen Grundes zu berücksichtigen. Damit bejaht das BAG grundsätzlich eine mittelbare Drittwirkung der Unschuldsvermutung. Allerdings steht – so das BAG<sup>861</sup> im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG vom 29.05.1990<sup>862</sup> – die Unschuldsvermutung weder der Tat- noch der Verdachtskündigung entgegen<sup>863</sup>, denn Rechtsfolgen, die keinen Strafcharakter hätten, könnten durchaus an einen verbleibenden Verdacht geknüpft werden<sup>864</sup>.

### 3.2 Die Position des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes

Bei der Untersuchung, inwieweit, in welchen Staaten, Verstöße gegen die Unschuldsvermutung bejaht oder verneint wurden, ist vor allem die Judikatur des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, denn im Vergleich zu Deutschland greift Österreich – und auch die Schweiz – weit stärker auf die Entscheidungen des EGMR zurück, als dies das deutsche Bundesverfassungsgericht tut<sup>865</sup>. So hat der Österreichische Verfassungsgerichtshof entschieden, dass keine Verletzung gegen die Unschuldsvermutung vorliegt, wenn die angegriffene Maßnahme keinen strafrechtlichen Charakter hat<sup>866</sup>. Ein solcher strafrechtlicher Charakter ist auch in einem Disziplinarverfahren gegen einen Rechtsanwalt abzulehnen, weil es sich bei einem

---

<sup>860</sup> BAG 16.09.1999, 2 ABR 68/98, NZA 2000, 158 [169].

<sup>861</sup> BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269 [271].

<sup>862</sup> BVerfGE 20.05.1990, 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, BVerfGE 82, 106 [117].

<sup>863</sup> So im Ergebnis auch Bundesgericht 09.08.1999, 4C.103/1999, JAR 2001, 304 [308]; Bundesgericht 26.04.2004, 4P.74/2004, JAR 2005, 187 [189].

<sup>864</sup> BVerfGE 20.05.1990, 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, BVerfGE 82, 106 [117].

<sup>865</sup> Kritisch zur deutschen Haltung: *Frowein* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band VII (1992) § 180 Rn 66.

<sup>866</sup> VfGH 04.10.1991, B2598/97, B997/98, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).

Disziplinarverfahren eben nicht um ein Strafverfahren handele<sup>867</sup>. Allerdings müsse die Unschuldsvermutung besonders im Rahmen medialer Berichterstattung beachtet werden, weil die Gerichtsberichterstattung namentlich im Strafprozess geeignet ist, die Unschuldsvermutung zu verletzen<sup>868</sup>. Wenngleich die Meinungsfreiheit zwar auch eine provozierende, schockierende oder „störende“ Berichterstattung schützt, darf die Presse dennoch die Grenzen zum Schutz des guten Rufes anderer nicht überschreiten<sup>869</sup>. Deshalb darf mediale Berichterstattung nicht dazu führen, dass der noch nicht strafgerichtlich Verurteilte in den Medien bereits als schuldig gebrandmarkt wird, weil dadurch ein fairer Strafprozess nicht mehr gewährleistet wäre<sup>870</sup>.

### 3.3 Die Position des EGMR

Der EGMR hat im Jahr 1997 in einem gegen die Schweiz anhängigen Beschwerdeverfahren entschieden, dass Art 6 Abs 2 EMRK nicht einschlägig ist, wenn keine strafrechtliche Anklage vorliegt<sup>871</sup>. Die mittelbare Drittwirkung der Unschuldsvermutung impliziere aber, dass eine Verletzung der Unschuldsvermutung auch ohne formellen Schuldspruch vorliegen könne<sup>872</sup>. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung sei daher dann anzunehmen, wenn eine gerichtliche Entscheidung oder eine Erklärung eines Vertreters eines Konventionsstaates die Auffassung erkennen lasse, eine wegen einer Straftat angeklagte Person sei schuldig, obwohl diese noch nicht verurteilt ist<sup>873</sup>. Die Folgen einer strafrechtlichen Entscheidung können deshalb keine Auswirkung auf unschuldige Dritte haben, denn ihnen gegenüber wäre dies ein Verstoß gegen die Garantie der Unschuldsvermutung, so dass beispielsweise den Erben nicht Steuerstrafen des Erblassers aufgebürdet werden dürfen<sup>874</sup>.

---

<sup>867</sup> VfGH 04.10.1991, B2347, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).

<sup>868</sup> So auch Bundesgericht 08.08.2003, 5C.104/2003, BGE 129 III, 529 [532].

<sup>869</sup> Vgl EGMR 08.07.1986, 12/1984/84/131, Lingens ./ Österreich, NJW 1987, 2143 [2144].

<sup>870</sup> VfGH 11.10.1086, B193/86, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at); VfGH 28.09.1995, G249/94, G250/94, G251/94, G252/94, G253/94, G254/94, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).

<sup>871</sup> EGMR 29.08.1997, 71/1996/690/882, A.P., M.P. und T.P. ./ Schweiz, ÖJZ 1998, 588; EGMR 22.11.2001, 41111/98, Knauth ./ Deutschland, NJW 2003, 3041 [3043].

<sup>872</sup> EGMR 28.04.2005, 72758/01, A.L. ./ Deutschland, NJW 2006, 1113 [1. Leitsatz].

<sup>873</sup> EGMR 03.10.2002, 37568/97, Böhmer ./ Deutschland, NJW 2004, 43 [44].

<sup>874</sup> EGMR 29.08.1997, 71/1996/690/882, A.P., M.P. und T.P. ./ Schweiz, ÖJZ 1998, 588.

Uneinheitlich wird die Rechtsprechung des EGMR – ohne dies hier unnötig vertiefen zu wollen – zur Kostenerstattung nach eingestelltem Strafverfahren. In den Verfahren *Adolf*<sup>875</sup> gegen Österreich und *Minelli*<sup>876</sup> gegen die Schweiz sah der EGMR in der Versagung der Kostenerstattung, die damit begründet wurde, dass *Minelli* sehr wahrscheinlich verurteilt worden wäre, eine Schuldfeststellung, die jedoch gerichtlich nicht erwiesen war und deshalb gegen die Unschuldsvermutung verstößt<sup>877</sup>. In den beiden, sich wenige Jahre später anschließenden Verfahren *Lutz*<sup>878</sup> und *Englert*<sup>879</sup> gegen Deutschland schränkte der EGMR seine Rechtsprechung aber deutlich ein, weil die Begründung, mit der die Kostenerstattung den Betroffenen verweigert wurde, nämlich weil sie mit hoher Wahrscheinlichkeit verurteilt worden wären, eine Verdachtslage darstellt, die keine gegen die Unschuldsvermutung verstoßende Schuldfeststellung beinhaltet<sup>880</sup>. Wenngleich die gegen Deutschland ergangenen Entscheidungen zu Recht kritisiert wurden<sup>881</sup>, hat die Position des EGMR doch auch für die zu untersuchende Frage gewisse Auswirkungen.

### 3.4 Reichweite der Unschuldsvermutung

Aus den bisherigen Darstellungen wird deutlich, dass ein Verstoß der Verdachtskündigung gegen die Unschuldsvermutung nur dann anzunehmen ist, wenn die Verdachtskündigung den Vorwurf schuldhafter Pflichtverletzung beinhaltet, obwohl diese Schuld nicht erwiesen ist<sup>882</sup> und sich an diesen Vorwurf eine Strafe anknüpft<sup>883</sup>. Diese Verknüpfung zwischen

---

<sup>875</sup> EGMR 26.03.1982, 8269/78, *Adolf* ./ Österreich, EuGRZ 1982, 297ff.

<sup>876</sup> EGMR 25.03.1983, 8660/79, *Minelli* ./ Schweiz, EuGRZ 1983, 475ff.

<sup>877</sup> EGMR 25.03.1983, 8660/79, *Minelli* ./ Schweiz, EuGRZ 1983, 475 [480].

<sup>878</sup> EGMR 25.08.1987, 8/1986/106/154, *Lutz* ./ Deutschland, EuGRZ 1987, 399ff.

<sup>879</sup> EGMR 25.08.1987, 9/1986/107/155, *Englert* ./ Deutschland, NJW 1988, 3257ff.

<sup>880</sup> In der Deutlichkeit: EGMR 25.08.1987, 8/1986/106/154, *Lutz* ./ Deutschland, EuGRZ 1987, 399 [3.Leitsatz].

<sup>881</sup> *Kühl*, Rückschlag für die Unschuldsvermutung aus Straßburg, NJW 1988, 3233 ff; *Demko*, Zur Unschuldsvermutung nach Art 6 Abs 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verknüpften Rechtsfolgen, HRRS 2007, 286 ff; *Frowein* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band VII (1992) § 180 Rn 56.

<sup>882</sup> VfGH 11.10.1086, B193/86, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at); VfGH 28.09.1995, G249/94, G250/94, G251/94, G252/94, G253/94, G254/94, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at); EGMR 03.10.2002, 37568/97, *Böhmer* ./ Deutschland, NJW 2004, 43 [44].

<sup>883</sup> Vgl VfGH 04.10.1991, B2598/97, B997/98, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at); BVerfGE 20.05.1990, 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, BVerfGE 82, 106 [117].

Schuldvorwurf und schuldabhängiger Sanktion sieht *Schlezeit*<sup>884</sup> als den Kernbereich der Unschuldsvermutung. *Eschke*<sup>885</sup> führt hierzu aus, dass der Zweck der Unschuldsvermutung darin liegt, den Betroffenen vor der Vorwegnahme der Strafe oder strafähnlichen Sanktion zu schützen, bevor dessen Schuld festgestellt wurde. Maßnahmen aufgrund einer Verdachtslage, die keine unerwiesene Schuldfeststellung beinhalten, verstoßen indes nicht gegen die Unschuldsvermutung<sup>886</sup>. Deshalb verstößt auch die etwaig monatelang andauernde Untersuchungshaft trotz des damit verbundenen scharfen Eingriffs in die Grundrechte des Verdächtigten nicht gegen Art 6 Abs 2 EMRK<sup>887</sup>, weil die Untersuchungshaft keinen unerwiesenen Schuldvorwurf beinhaltet. Der Österreichische Verfassungsgerichtshof führt aus, dass bei einer Entlassung, die nicht auf eine Bestrafung abzielt, keine Verletzung der Unschuldsvermutung vorliegt<sup>888</sup>. Insoweit ist zunächst zu prüfen, ob denn die Verdachtskündigung auf eine Bestrafung abzielt.

### 3.5 Strafe trotz unerwiesener Schuldfeststellung?

Strafe ist die Ahndung vergangenen Unrechts, und wird aus dem von *Grotius* formulierten Vergeltungsgedanken „*malum passionis propter malum actionis*“ abgeleitet, nach dem das Übel des Leidens aus dem Übel der Tat folgt<sup>889</sup>. Übertragen auf die Verdachtskündigung folgt daraus die Frage, inwieweit die Verdachtskündigung aufgrund eines unbewiesenen Verdachtes sanktioniert.

Einen sanktionierenden oder gar strafenden Charakter weist die Verdachtskündigung mE hingegen nicht auf, denn sie ist eine rein präventive Maßnahme<sup>890</sup>. Das bedeutet, dass die Verdachtskündigung – wie alle anderen Kündigungsgründe auch<sup>891</sup> – eine negative Zukunftsprognose erfordert, also die Schlussfolgerung, dass aus einer konkreten

<sup>884</sup> *Schlezeit*, Das BAG und die Verdachtskündigung (2008) 57.

<sup>885</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 205.

<sup>886</sup> In der Deutlichkeit: EGMR 25.08.1987, 8/1986/106/154, Lutz ./.. Deutschland, EuGRZ 1987, 399 [3.Leitsatz].

<sup>887</sup> *Schaerz*, Der Begriff des „fairen Verfahrens“ gemäß Art 6 EMRK in der schweizerischen Rechtspraxis, in *Wieland*, Das faire Verfahren nach Art 6 EMRK (2005) 51 [65].

<sup>888</sup> VfGH 04.10.1991, B2598/97, B997/98, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).

<sup>889</sup> Ausführlicher: *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege<sup>3</sup> (1995), 164.

<sup>890</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 206; *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 34.

<sup>891</sup> Anschaulich hierzu: *Schrammel*, Arbeitsrecht 2<sup>5</sup> (2004) 256.

Pflichtverletzung weitere zu befürchten sind. Die Verdachtskündigung ist somit keine Sanktion, sondern dient der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen<sup>892</sup>. Die präventive Zielrichtung der Verdachtskündigung ist darin zu sehen, dass es dem Arbeitgeber bei der Verdachtskündigung nicht darum geht, den Arbeitnehmer wegen eines möglicherweise pflichtwidrigen Verhaltens zu bestrafen, sondern darum, sich selbst in der Zukunft zu schützen<sup>893</sup>. Dieser Schutzwille begründet sich darin, dass der Arbeitnehmer im Verdacht steht, in gravierender Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen zu haben und gerade deshalb eine Zusammenarbeit für die Zukunft nicht mehr möglich ist. Die Kündigung ist damit nicht in die Vergangenheit gerichtet, sondern beendet das Arbeitsverhältnis für die Zukunft, und bleibt somit ein Gestaltungsrecht innerhalb des Rechtskreises des Arbeitsverhältnisses<sup>894</sup>. Der Kündigungsgrund liegt im Umstand, dass der Arbeitgeber aufgrund zerstörten Vertrauens auch in Zukunft ein vorwerfbares Verhalten des Arbeitnehmers befürchtet.

Auch beinhaltet die Verdachtskündigung nicht das Unwerturteil<sup>895</sup>, das einer staatlichen Bestrafung innewohnt, denn die Verdachtskündigung ist ein rein privatrechtliches Institut und weder staatliche Maßnahme noch Sanktion<sup>896</sup>. Sie ist ein Gestaltungsrecht und hat lediglich ex-nunc-Wirkung<sup>897</sup> zum vorbeugenden Selbstschutz des Arbeitgebers<sup>898</sup>, womit ihr jeglicher Strafcharakter<sup>899</sup> fehlt. *Hahn*<sup>900</sup> führt hierzu zutreffend aus, dass in der Verdachtskündigung schon deshalb kein Schuldvorwurf gesehen werden könne, weil sich der Arbeitgeber ansonsten stets der üblen Nachrede strafbar machen würde, was allerdings von keinem der Gegner der Verdachtskündigung jemals ernsthaft in Erwägung gezogen wurde. Rechtsfolgen, die somit keinen Strafcharakter haben, können daher an einen verbleibenden Tatverdacht geknüpft werden<sup>901</sup>.

---

<sup>892</sup> BAG 19.04.2007, 2 AZR 180/06, NZA-RR 2007, 571 [576].

<sup>893</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 195.

<sup>894</sup> *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 79.

<sup>895</sup> *Berkowsky* in MünchArbR, Arbeitsrecht Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn 3.

<sup>896</sup> *Schrank* in *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2006) 297.

<sup>897</sup> *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 74.

<sup>898</sup> *Berkowsky* in MünchArbR, Arbeitsrecht Band 2<sup>2</sup> (2000) § 144 Rn 3.

<sup>899</sup> BAG 21.11.1996, 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 [490].

<sup>900</sup> *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2004) 35.

<sup>901</sup> BVerfGE 20.05.1990, 2 BvR 254/88, 2 BvR 1343/88, BVerfGE 82, 106 [117]; *Henssler* in MüKo, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005) § 626 Rn 240; *Müller-Glöße* in Erfurter Kommentar<sup>8</sup> (2008) 230 BGB § 626 Rn 176.

*Schütte*<sup>902</sup> führt in diesem Zusammenhang aus, dass die Verdachtskündigung wegen der schwerwiegenden sozialen und wirtschaftlichen Konsequenzen faktisch stigmatisierend wie eine Sanktion für den Arbeitnehmer wirken kann.

Diese faktisch mögliche Sanktion ist mE aber unerheblich. Zugegebenermaßen kann zwar der Verlust des Arbeitsplatzes, wie *Schütte* es ausführt, faktisch wie eine Strafe wirken, aber es kommt bei der Beurteilung der Frage, ob der Verdachtskündigung eine Bestrafung innewohnt, nicht auf die faktischen Auswirkungen an, sondern auf die rein rechtlichen Wirkungen<sup>903</sup>. Und rechtlich betrachtet dient die Verdachtskündigung, wie jede andere Kündigung auch, nicht der Ahndung eines vergangenen Geschehens, sondern erfordert vielmehr die zukunftsbezogene negative Beeinträchtigung arbeitgeberseitiger Interessen – hier dem unwiederbringlichen Vertrauensverlust. Der Verlust des Arbeitsplatzes infolge einer Verdachtskündigung führt in erster Linie – vorübergehend oder dauerhaft – zum Verlust der finanziellen Existenzsicherung. Die Verhinderung wirtschaftlicher Nachteile ist aber nicht der Schutzzweck der Unschuldsvermutung<sup>904</sup>. Die Verdachtskündigung ist damit keine Strafe oder Sanktion – oder wie *Ebeling*<sup>905</sup> treffend formuliert – keine Verdachtsstrafe.

Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vermag mE in der Zulässigkeit der Verdachtskündigung nicht gesehen werden<sup>906</sup>, weil sie die kumulativ erforderlichen Elemente<sup>907</sup> eines impliziten Schuldvorwurfs und den Charakter einer strafenden Sanktion nicht aufweist.

---

<sup>902</sup> *Schütte*, Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [22].

<sup>903</sup> So auch *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 74; *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 199.

<sup>904</sup> *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 205.

<sup>905</sup> *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 80.

<sup>906</sup> So auch: *Hahn*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung (2003) 36; *Eschke*, Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht (2003) 199; *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts (2006) 80; *Schlegeit*, Das BAG und die Verdachtskündigung (2008) 59; *Hoefs*, Die Verdachtskündigung (2001) 94.

<sup>907</sup> *Schlegeit*, Das BAG und die Verdachtskündigung (2008) 57.

## H: Fazit

Obwohl alle drei hier verglichenen Staaten abstrakt betrachtet gesetzlich einen wichtigen Grund verlangen, um ein Arbeitsverhältnis einseitig, fristlos zu lösen, sind die gesetzlichen Anforderungen an diesen wichtigen Grund in allen drei Staaten verschieden. Schon in dieser Feststellung bewahrheitet sich auch die Aussage von *Rebhahn*<sup>908</sup>, dass selbst zwischen Deutschland und Österreich vieles ähnlich, letztlich aber alles verschieden ist.

In Deutschland wird die Verdachtskündigung seit über 50 Jahren in ständiger Rechtsprechung des BAG mit der Begründung anerkannt, dass ein grundlegender Vertrauensverlust die Basis der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zerstören kann. Dieser Vertrauensverlust kann auch durch einen Verdacht begründet werden. Allerdings genügen hier nicht bloße oder vage Verdachtsmomente, sondern der Verdacht muss durch objektive Tatsachen nachgewiesen werden. Die Nachweispflicht im Rahmen der den Arbeitgeber treffenden Darlegungs- und Beweislast bezieht sich aber nicht auf den Nachweis der Tat, sondern auf den Nachweis der Umstände, die letztlich zu dem Verdacht führten, damit den Vertrauensverlust begründen und letztlich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Die Position des BAG wird bis auf wenige Ausnahmen von der ganz überwiegenden Mehrheit im Schrifttum getragen. Die Kritiker übersehen zum einen, dass allein die objektiven – nicht die subjektiven – Tatsachen den Vertrauensverlust begründen müssen, und zum anderen, dass die Verdachtskündigung kein vierter, gesetzlich unzulässiger Kündigungsgrund ist, sondern sich der Vertrauensverlust durch Auslegung des § 626 Abs 1 BGB als wichtiger Grund konkretisieren lässt.

Die Schweiz stellt an den wichtigen Grund gesetzlich geringere Anforderungen, als der deutsche Gesetzgeber, weil in der Schweiz Umstände statt Tatsachen, vorhanden, nicht aber bewiesen sein müssen. Die schweizerische Rechtsprechung ist uneinheitlich und ähnlich gespalten, die wie Auffassungen im Schrifttum, wobei die jüngeren Literaturmeinungen überwiegend zur Zulässigkeit der Verdachtskündigung neigen. Eine klare Positionierung des Schweizerischen Bundesgerichts zur Zu- oder Unzulässigkeit der Verdachtskündigung fehlt indes, wobei die hier aufgestellte These den Versuch unternommen hat, eine Tendenz dieser Rechtsprechung aufzuspüren.

---

<sup>908</sup> *Rebhahn*, Ziele und Probleme der Arbeitsrechtsvergleichung in Europa, ZEuP 2002, 436 [439].

Der österreichische Gesetzgeber stellt die härtesten Anforderungen an den wichtigen Grund, weil er die Vertrauensunwürdigkeit bei Angestellten in gleicher Weise an ein Verschulden knüpft, wie das Vorliegen strafbarer Handlungen, denen sich ein Arbeiter schuldig machen kann. Der OGH lehnt zu Recht den bloßen Verdacht als Entlassungsgrund ab. In der österreichischen, arbeitsrechtlichen Literatur finden sich kaum Ausführungen zur Verdachtskündigung – oder, um in der österreichischen Terminologie zu verbleiben – zur Verdachtsentlassung. In einigen Monographien finden sich vereinzelt Auffassungen, die Verdachtsentlassung zuzulassen.

Im Rechtsvergleich wurde neben der vergleichenden Darstellung versucht, einen Lösungsansatz der Verdachtsentlassung in Österreich zu kreieren, in dem ein über die gesetzlichen Entlassungstatbestände weiterer verschuldensunabhängiger begründet wurde. Vor allem aber ließ sich im Rechtsvergleich gerade aufgrund der Unterschiedlichkeit der Rechtslage in Österreich zu der in Deutschland und der Schweiz herausarbeiten, dass der Kern der Frage der Zu- oder Unzulässigkeit der Verdachtskündigung in der Frage der Beweiswürdigung zu sehen ist. Die arbeitsrechtliche Praxis lehrt, dass nicht jeder Fall von zutage gebrachtem Arbeitnehmerfehlverhalten auf hundertprozentigen Beweisen ruht. Vielfach fehlen Zeugen oder verwertbare Aufzeichnungen, die den Arbeitnehmer zweifelsfrei als Täter identifizieren. In all den Fällen, in denen dieser Beweis nicht gelingt, zugunsten des Verdächtigten zu votieren, erscheint mE genauso wenig sachgerecht, wie grundsätzlich gegen ihn zu urteilen. Tatrichterlicher Feststellung bedürfen daher in solchen Fällen die für und gegen den Verdächtigten sprechenden Indizien. Wenn hierzu vereinzelt Literaturstimmen die Aussetzung des Arbeitsgerichtsverfahrens und den Abschluss eines Strafverfahrens fordern erscheint dies mE weder der Prozessökonomie förderlich, noch gegenüber der Arbeitsgerichtsbarkeit sachlich begründet. Es erschließt sich keinesfalls per se, was ein Strafrichter aufzuklären in der Lage ist, der Arbeitsrichter hingegen nicht. Es gilt also arbeitsrechtlich den Spagat zwischen grundsätzlicher Vorverurteilung und grundsätzlicher Amnestie in Fällen nicht bewiesener Verdachtssituationen zu schließen – und dieser Aufgabe erscheint mE die Arbeitsgerichtsbarkeit mit den ihr zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten durchaus gewachsen, ohne auf die Feststellung der Strafgerichtsinstanzen zugreifen zu müssen. Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat und kann die Bewertung vorgetragener Beweise in gleicher Weise würdigen, wie die Strafgerichtsbarkeit. Auch im Strafrecht liegen oftmals nur Indizien vor, aufgrund derer eine Entscheidung getroffen werden muss. Sprechen die Indizien für eine Täterschaft des

Verdächtigten, wären diese dann für eine strafrechtliche Verurteilung ausreichend, wenn aus ihnen die Gewissheit des Gerichts von der Schuld des Angeklagten folgen würde. Gleicher Weg – und so wird er mE in Österreich gegangen – wäre bei der Verdachtskündigung gangbar, nämlich aufgrund der den Parteien vorgetragenen und bewiesenen Umstände als Gericht zu entscheiden, ob die Indizien für oder gegen den Verdächtigten sprechen. Im letzteren Falle würde diese gerichtliche Überzeugung zur Wirksamkeit der Kündigung führen. Bei einer solchen Betrachtung wäre dann aber eher von einer Indizien- als von einer Verdachtskündigung zu sprechen, wobei vielleicht auch die Wortwahl „Verdacht“ mitursächlich an der Diskussion um deren Zu- oder Unzulässigkeit ist, weil Verdacht begrifflich Zweifel an der Pflichtverletzung beinhalten, denn dadurch unterscheidet sich der Verdacht von der Gewissheit.

Soweit die Kritiker der Verdachtskündigung einen jeden Zweifel ausräumenden Beweis der Pflichtverletzung verlangen, mag die Feststellung, dass es keinen jeden Zweifel ausräumenden Beweis gibt, ernüchternd sein. Diesen gibt es aber im Strafrecht nicht. Entscheidend ist aber, dass die Würdigung eines Sachverhaltes gleichfalls wie die Beweiswürdigung auf der richterlichen Überzeugung basiert – und diese ist nicht unfehlbar. Genügen aber Indizien für eine strafrechtliche Verurteilung, sollte dies auch für die Verdachtskündigung dergestalt gelten, dass die Arbeitsgerichte mit der grundsätzlich gleichen Fehlbarkeit wie die Strafgerichte, diese Indizien zu werten haben. Aufgrund der arbeitsgerichtlichen Überzeugung ist zu entscheiden, ob die vorgetragenen und bewiesenen Verdachtsmomente für oder gegen den Verdächtigten sprechen. Damit ist nicht gemeint, dass die Arbeitsgerichte über strafrechtliche Schuldvorwürfe entscheiden sollen, sondern dass den Arbeitsgerichten zugestanden werden muss einen Sachverhalt aufgrund von Indizien entscheiden zu können. Hierzu gehört aber auch die Frage der Wertung grundsätzlich verbleibender Zweifel, wobei es nicht auf eine mehrheitliche Wahrscheinlichkeit der Begehung einer Pflichtverletzung ankommen darf, sondern lediglich auf die gerichtliche Überzeugung. Bei dieser darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die tatinstanzliche Judikatur bei der Bewertung des tatsächlich vorgetragenen Sachverhaltes einschließlich der bewiesenen und auch unbewiesenen Umstände nur der subjektiven Überzeugung des Gerichts bedienen kann, die schon aufgrund menschlicher Fehlbarkeit nur gerichtliche Überzeugung sein kann, nicht hingegen ein über jeden Zweifel erhabenes Abbild einer Tatrekonstruktion oder gar objektive Überzeugung. Die damit zwangsläufig verbundene Schwierigkeit tatrichterlicher

Sachverhaltsfeststellung liegt darin, ex-post über einen Sachverhalt entscheiden zu müssen, ohne zum einen bei der behaupteten Tatbegehung dabei gewesen zu sein, noch zum anderen hundertprozentig ausschließen zu können, welcher Zeuge wahrheitsgemäß ausgesagt hat. Dies unterscheidet das wahre, objektive Wissen des Täters, was nicht unbedingt seinen Äußerungen entsprechen muss, von der subjektiven Überzeugung eines Gerichts. Und wenn im Ergebnis die vorgetragenen Indizien nicht genügen, um das erkennende Gericht zu überzeugen, dann ist die Verdachtsentlassung im Ergebnis nicht begründet.

Aufgrund der Vielzahl der sich bietenden Verdachtssituationen lässt sich allerdings kein bezifferbarer Verdacht angeben, der genügt, um eine Verdachtsentlassung zu rechtfertigen. Der Verdacht muss derart erhärtet sein, dass auch ohne den letzten Beweis das Vertrauen des Arbeitgebers in den Verdächtigten derart zerstört ist, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheint. Entscheidend ist hierfür letztlich die Überzeugung des Gerichts. Dies schafft zwar eine verbleibende Rechtsunsicherheit für die Praxis, bietet damit aber zugleich die Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit.

Zurückkommend auf die drei Ausgangsfälle lässt sich mE in allen dreien der Verdacht begründen.

Im Käsefall entsprechen die Indizien deutlich denen eines Diebstahls bzw hier einer Untreue. Für eine Tatkundigung fehlt allerdings die Feststellung des wahren subjektiven Willens des Mitarbeiters, denn wenn er weiterhin seine Unschuld beteuert, wird sich kaum zweifelsfrei aufklären lassen, ob dies die Wahrheit ist oder er aus Furcht vor den Folgen der Kündigung die Unwahrheit sagt. In einer Situation, wie in diesem Fall ist die Vertrauensbasis derart zerstört, dass mE dem Arbeitgeber eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zuzumuten ist.

Ähnlich stellt es sich im Schwarzverkauf-Fall dar. Die Tatsache, dass ein Koch in Kenntnis des betrieblichen Verbots offensichtlich Würstchen in seiner Tasche bei sich führt, kann einem außenstehenden Dritten mE durchaus zu verstehen geben, dass hierin der Versuch des Schwarzverkaufs zu sehen ist. Objektiv erwiesen ist dies zwar nicht, denn die Würstchen hätten auch für den vom Koch behaupteten Zweck bestimmt sein können. Diese

Verdachtssituation lässt aber das erforderliche Vertrauen in Wegfall kommen, wodurch sich mE die Entlassung rechtfertigt.

Auch in der Bienenstichentscheidung sprechen die Indizien gegen die Verdächtige. Unaufklärbar bleibt, ob sie tatsächlich die Absicht hatte, das Stück Kuchen zu bezahlen oder ob sie dieses Motiv nur vorgeschoben hat, als sie beim Verzehr ertappt wurde. Dieser Verlust an Vertrauen an geglaubter Loyalität zum Arbeitgeber macht mE allerdings eine Weiterbeschäftigung unzumutbar.

Gemein ist allen drei Fällen, dass sich die Verdächtigten jeweils durch ihr eigenes Verhalten selbst in Verdacht gebracht haben und sich ihr wahres Motiv auf frischer Tat betroffen nicht mehr mit objektiver Sicherheit aufklären lässt. So hat in solchen Fällen das Gericht nur zwischen den beiden Varianten zu entscheiden, ob es diese Verdachtslagen für ausreichend erachtet, um einen unwiederbringlichen Vertrauensverlust anzunehmen oder nicht. Die dritte Variante, dass sich eventuell im Nachhinein die Unschuld des Verdächtigten herausstellen könnte, ist in diesen drei Fällen mE nicht anzunehmen.

Die Untersuchung zur Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung ergab zunächst, dass trotz des nur in Österreich gewährten Verfassungsrangs der EMRK insgesamt die Unschuldsvermutung in allen drei hier verglichenen Staaten Verfassungsrang genießt. Eine unmittelbare Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung auf die Verdachtskündigung war abzulehnen, da die Unschuldsvermutung eine ausschließlich auf das Strafverfahren anwendbare Garantie ist. Im Rahmen mittelbarer Drittwirkung wurde festgestellt, dass die Verdachtskündigung nicht an der Unschuldsvermutung scheitert, weil die Verdachtskündigung keinen Schuldvorwurf enthält, an den sie eine Strafe oder Sanktion knüpft.

Im Ergebnis ist die Verdachtskündigung in Deutschland mE zu Recht zulässig. In der Schweiz ließe sie sich durch Auslegung des wichtigen Grundes begründen. In Österreich ließe sie sich mE unter dem hier ausgeführten Lösungsansatz begründen. Eine Unvereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung ist mE nicht gegeben. *Ulrich Orth*

## Literaturverzeichnis\*

- Aigner, Tatjana                      Antworten auf Arbeitnehmerfehlverhalten, Frankfurt am Main (2002) zugl Diss Univ Salzburg [A]
- Adomeit, Klaus                      Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Düsseldorf (1962) [D]
- Appel, Clemens /  
Gerken, Doris                      Pro und Contra Verdachtskündigung, ArbuR 1995, 201 [D]
- Ascheid, Reiner /  
Preis, Ulrich /  
Schmidt, Ingrid                      Kündigungsrecht<sup>3</sup>, München (2007) [D]
- Band, Petra                          Die verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitnehmers – Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland, Frankreich und England (2005) Diss Univ Wien [A]
- Bayreuther, Frank                      Videüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, 1038 [D]
- Belling, Detlev                      Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223 [D]
- Berkowsky, Wilfried                      Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung (1986) [D]
- Berkowsky, Wilfried                      Die personenbedingte Kündigung – Teil 2, NZA-RR 2001, 449 [D]
- Bernat, Erwin /  
Böhler, Elisabeth /  
Weilinger, Arthur                      Festschrift für Heinz Krejci, Wien (2001) [A]  
zitiert: *Bearbeiter*, Titel, in Festschrift für Krejci (2001)
- Biaggini, Giovanni                      Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich (2007) [CH]
- Breitenmoser, Stephan /  
Riemer, Boris / Seitz, Claudia                      Praxis des Europarechts - Grundrechtsschutz, Basel (2006) [CH]
- Brühwiler, Jürg                      Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag<sup>2</sup>, Bern (1996) [CH]
- Brunner, Christine /  
Bühler, Jean Michel /  
Waeber, Jean-Bernard /  
Bruchez, Christian                      Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht<sup>3</sup>, Basel (2005) [CH]

\* die den Werken zugrunde liegende Rechtsordnung ist in eckigen Klammern angegeben.

- Busch, Mathias Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht, MDR 1995, 217 [D]
- Däubler, Wolfgang Das soziale Ideal des BAG<sup>2</sup>, Hamburg (1975) [D]
- Däubler, Wolfgang Das neue Bundesdatenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht, NZA 2001, 874 [D]
- Decurtins, Carlo Die fristlose Entlassung, Bern (1981) [CH]
- Deinert, Olaf Die Verdachtskündigung – Neues zu einem alten Thema, AuR 2005, 285 [D]
- Demko, Daniela Zur Unschuldsvermutung nach Art 6 Abs 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verbundener Rechtsfolgen, HRRS 2007, 286 [CH]
- Deutscher Anwaltsverein (Herausgeber) Festschrift zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft im Arbeitsrecht im DAV, Bonn (2006) [D]  
zitiert: *Bearbeiter*, Titel in Festschrift DAV (2006)
- Dornbusch, Gregor / Fischermeier, Ernst / Löwisch, Manfred Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, München (2008) [D]
- Dörner, Klemens Die Verdachtskündigung, AR-Blattei<sup>111</sup>, Heidelberg (2003) 1010.9.1 [D]
- Dörner, Klemens Abschied von der Verdachtskündigung, NZA 1993, 873 [D]
- Dörner, Klemens Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, 865 [D]
- Dörner, Klemens Die Verdachtskündigung – Bestandsaufnahme und Kritik eines überkommenen Rechtsinstitutes, AiB 1993, 147 [D]
- Dörner, Klemens / Luczak, Stefan / Wildschütz, Martin Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht<sup>6</sup>, München (2007) [D]
- Ebeling, Stephan Die Kündigung wegen Verdachts, Baden-Baden (2006) zugl Diss Univ Bonn [D]
- Egli, Daniel Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern (2000) zugl Diss Univ Bern [CH]
- Ehlers, Dirk Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten<sup>2</sup>, Berlin (2005)

Eichinger, Julia	Arbeitnehmerbedingte Kündigungsgründe, RdA 1997, 96 [A]
Eichinger, Julia	Entlassung wegen Straftaten, RdW 1997, 211 [A]
Enderlein, Wolfgang	Das erschütterte Arbeitgebervertrauen im Recht der verhaltensbedingten Tat- und Verdachtskündigung, RdA 2000, 325 [D]
Eschke, Chrsitina	Die Geltung der Unschuldsvermutung im Zivil- und Zivilverfahrensrecht, Hamburg (2003) zugl Diss Univ Hamburg [D]
Esser, Robert / Harich, Björn / Lohse, Frank / Sinn, Arndt	Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, Berlin (2004) zitiert: <i>Bearbeiter</i> , Titel in Esser/Harich/Lohse/Sinn, Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung (2004)
Etzel, Gerhard (Gesamtredaktion)	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutz <sup>8</sup> , München (2007) [D] zitiert: <i>Bearbeiter</i> in KR-Gemeinschaftskommentar <sup>8</sup> (2007)
Eylert, Mario / Friedrichs, Anne	Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung, DB 2007, 2203 [D]
Fiebig, Stefan / Gallner, Inken / Nägele, Stefan	Kündigungsschutzgesetz Handkommentar <sup>3</sup> , Baden-Baden (2007) [D] zitiert: <i>Bearbeiter</i> in HaKo, Kündigungsschutzgesetz <sup>3</sup> (2007)
Fischer, Thomas	Strafgesetzbuch <sup>55</sup> , München (2008) [D]
Fischer, Ulrich	Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Verdachtskündigung, BB 2003, 522 [D]
Fitting, Karl	Betriebsverfassungsgesetz <sup>23</sup> , München (2006) [D]
Floretta, Hans / Strasser, Rudolf	Handkommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, Wien (1975) [A]
Frowein, Jochen Abraham	Völkerrecht - Menschenrechte - Verfassungsfragen Deutschland und Europas, Heidelberg (2004)
Frowein, Jochen Abraham Peukert, Wolfgang	EMRK Kommentar <sup>2</sup> , Kehl (1996)
Gaul, Dieter	Missbrauch einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, NZA 1993, 865 [D]



Humbert, Denis G. / Volken, Alfons	Fristlose Entlassung, AJP 2004, 564 [CH]
Hümmerich, Klaus / Boecken, Winfried / Düwell, Josef	Anwaltskommtar Arbeitsrecht Band 1, Bonn (2008) [D]
Hümmerich, Klaus	Alea iacta est – Aufhebungsvertrag kein Haustürgeschäft NZA 2004, 808 [D]
Insam, Alexander	Eingriffe Dritter in das Arbeitsverhältnis – Mobbing, Druckkündigung und Headhunting, Berlin (2004) zugl Diss Univ Heidelberg [D]
Isensee, Josef Kirchhof, Paul	Handbuch des Staatsrechts Band VII, Heidelberg (1992) [D]
Jabornegg, Peter / Resch, Reinhard / Strasser, Rudolf	Arbeitsrecht <sup>2</sup> , Wien (2005) [A]
Joachim, Hans G.	Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, 33 [D]
Keiler, Stephan / Grumböck, Christoph	EuGH-Judikatur aktuell, Wien (2006)
Kraft, Alfons / Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas / Weber, Christoph Franzen, Martin	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommtar, Band II <sup>8</sup> , Neuwied (2005) [D] zitiert: <i>Bearbeiter</i> in Kraft/Wiese, GK-BetrVG, Band II <sup>8</sup> (2005)
Kuderna, Friedrich	Entlassungsrecht <sup>2</sup> , Wien (1994) [A]
Kühl, Kristian	Rückschlag für die Unschuldsvermutung aus Straßburg, NJW 1988, 3233
Lindmayr, Manfred	Die Entlassung, Wien (2002) [A]
Löschnigg, Günther	Arbeitsrecht <sup>10</sup> , Wien (2003) [A]
Lücke, Oliver	Unter Verdacht – Verdachtskündigung, BB 1997, 1843 [D]
Luckey, Andreas	Suspendierung und Schmerzensgeldanspruch des Arbeitnehmers, NZA 1992, 873 [D]

Mangoldt v., Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian	Kommentar zum Grundgesetz, Band 1 <sup>5</sup> , München (2005) [D]
Marhold, Franz / Burgstaller, Gerald / Preyer, Helmut	Kommentar zum Angestelltengesetz <sup>8</sup> , Wien (2005) [A]
Marhold, Franz, / Friedrich, Michael	Österreichisches Arbeitsrecht, Wien (2006) [A]
Martinek, Oswin / Schwarz, Margarete / Schwarz, Walter	Angestelltengesetz <sup>7</sup> , Wien (1991) [A]
Maschmann, Frank	Zuverlässigkeitstest durch Verführung illoyaler Mitarbeiter, NZA 2002, 13 [D]
Mayer-Maly, Theo	Entscheidungsglosse zu OGH 10.05.1989, 9 Ob A 75/89, DRdA 1991, 126 [A]
Mayrhofer, Karl	Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis 2006/2007, Wien (2006) [A]
Mazal, Wolfgang / Risak, Martin	Das Arbeitsrecht Band I - Loseblattsammlung, Wien [A]
Mazal, Wolfgang / Risak, Martin	Das Arbeitsrecht Band II - Loseblattsammlung, Wien [A]
Meyer-Goßner, Lutz	Strafprozessordnung <sup>50</sup> , München (2007) [D]
Meyer-Ladewig, Jens	Europäische Menschenrechtskonvention <sup>2</sup> , Baden-Baden (2006)
Milthaler, Alida	Das Fragerecht des Arbeitgebers nach den Vorstrafen des Bewerbers, Frankfurt am Main (2005) zugl Diss Univ Göttingen [D]
Moritz, Klaus	Grenzen der Verdachtskündigung, NJW 1978, 402 [D]
Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht <sup>8</sup> , München (2008) [D] zitiert: <i>Bearbeiter</i> in Erfurter Kommentar <sup>8</sup> (2008)
Münch v., Ingo / Kunig, Philip	Grundgesetz-Kommentar, Band 1 <sup>5</sup> , München (2000) [D]

- Musielak, Hans-Joachim Zivilprozessordnung<sup>5</sup>, München (2007) [D]
- Naujok, Volker Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldvermutung, ArbuR 1998, 398 [D]
- Neumayr, Matthias / Reissner, Gert-Peter Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Wien (2006) [A]
- Nicolai, Andrea / Noack, Stefanie Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2000, 87 [D]
- Oppermann, Walther Anmerkung zu RG 20.11.1936, II 110/36 in JW 1937, 1148 [D]
- Otto, Alexander Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Berlin (2000) zugl Diss Univ Potsdam [D]
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch<sup>67</sup>, München (2008) [D]  
zitiert: *Bearbeiter* in Palandt, BGB-Kommentar<sup>67</sup> (2008)
- Pärli, Kurt Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005, 225 [CH]
- Peters, Anne Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München (2003)
- Petrovic, Gabriela Die Vertrauensunwürdigkeit als Entlassungsgrund nach § 27 Abs 1 letzter Satz AngG, ZAS 1983, 49 [A]
- Pfandlsteiner, Gabriele Die Verdachtskündigung (1987) Dipl Arb Univ Innsbruck [A]
- Pfeil, Walter J. Entscheidungsglosse zu OGH 31.08.1994, 8 Ob A 268/94, DRdA 1995/19, 251 [A]
- Pflüger, Daniel Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers im kündigungsrechtlichen Bestandschutz, Hamburg (2004) zugl Diss Univ Münster [D]
- Portmann, Wolfgang Individualarbeitsrecht, Zürich (2000) [CH]
- Portmann, Wolfgang / Stöckli, Jean-Fritz Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>2</sup>, Zürich (2007) [CH]
- Preis, Ulrich Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht<sup>2</sup>, Köln (2003) [D]

- Prütting, Hanns Die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA 1999, 107 [D]
- Rapp, Fritz Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, 169 [CH]
- Rauch, Thomas Arbeitsrecht für Arbeitgeber<sup>5</sup>, Wien (2006) [A]
- Rebhahn, Robert Ziele und Probleme der Rechtsvergleichung in Europa, ZEuP 2002, 436 [A]
- Rebhahn, Robert Abfindung statt Kündigungsschutz – Rechtsvergleich und Rechtsmodelle, RdA 2002, 272 [A]
- Rebhahn, Robert Vertrauensschutz in gesetzlich determinierten Dienstverhältnissen, DRdA 2002, 202 [A]
- Rebmann, Kurt /  
Säcker, Franz Jürgen /  
Rixecker, Roland Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II<sup>4</sup>, München (2005) [D]  
zitiert: *Bearbeiter* in MüKo, Schuldrecht BT II<sup>4</sup> (2005)
- Rehbinder, Manfred Schweizerisches Arbeitsrecht<sup>15</sup>, Bern (2002) [CH]
- Rehbinder, Manfred Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, 2. Teilband, Bern (1992) [CH]
- Richardi, Reinhard Betriebsverfassungsgesetz<sup>11</sup>, München (2008) [D]
- Richardi, Reinhard /  
Wlotzke, Otfried Münchener Handbuch Arbeitsrecht Band 1 Individualarbeitsrecht I<sup>2</sup>, München (2000) [D]  
zitiert: *Bearbeiter* in MünchArbR Band 1<sup>2</sup> (2000)
- Richardi, Reinhard /  
Wlotzke, Otfried Münchener Handbuch Arbeitsrecht Band 2 Individualarbeitsrecht II<sup>2</sup>, München (2000) [D]  
zitiert: *Bearbeiter* in MünchArbR Band 2<sup>2</sup> (2000)
- Risak, Martin Rangelei am Arbeitsplatz, DRdA 2003, 557 [A]
- Rosenberg, Leo /  
Schwab, Karl Heinz /  
Gottwald, Peter Zivilprozessrecht<sup>16</sup>, München (2004) [D]
- Rummel, Peter Kommentar zum ABGB Band 1<sup>3</sup>, Wien (2000) [A]
- Säcker, Franz Jürgen /  
Rixecker, Roland Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil<sup>5</sup>, München (2006) [D]  
zitiert: *Bearbeiter* in MüKo, Band 1 AT<sup>5</sup> (2006)

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland	Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil <sup>5</sup> , München (2007) [D] zitiert: <i>Bearbeiter</i> in MüKo, Band 2, Schuldrecht AT <sup>5</sup> (2007)
Sasse, Stefan / Freihube, Dirk	Die Anhörung bei der Verdachtskündigung, ArbRB 2006, 15 [D]
Schaub, Günter	Arbeitsrechtshandbuch <sup>12</sup> , München (2007) [D]
Schlegel, Tino	Das BAG und die Verdachtskündigung, Frankfurt am Main (2008) zugl Diss Univ Halle-Wittenberg [D]
Schmidt, Eberhard	Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege <sup>3</sup> , Göttingen (1995) [D]
Schrammel, Walter	Arbeitsrecht 2 <sup>5</sup> , Wien (2004) [A]
Schrank, Franz / Mazal, Wolfgang	Arbeitsrecht <sup>3</sup> , Wien (2006) [A]
Schumacher, Hubertus	Enthebung verdächtigter Vorstandsmitglieder, ecolex 1992, 774 [CH]
Schütte, Reinhard	Die Verdachtskündigung, NZA Beilage 2/1991, 17 [D]
Stahelin, Adrian / Vischer, Frank	Züricher Kommentar, Band V/2c, Kommentar zu den Art 319 bis 362 OR <sup>3</sup> , Zürich (1996) [CH]
Stahlhacke, Eugen / Preis, Ulrich / Vossen, Reinhard	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis <sup>9</sup> (2005) [D]
Stein, Günter	Verdachtskündigung, Arbeitsrecht Premium 49/07, 5 [D]
Stein, Günter	Jeder fünfte Mitarbeiter bestiehlt Sie, Arbeitsrecht Premium 47/08, 7 [D]
Streiff, Ullin / Kaenel v., Adrian	Arbeitsvertrag <sup>6</sup> , Zürich (2006) [CH]
Thüsing, Gregor / Laux, Helga / Lembke, Marc	Kündigungsschutzgesetz, Freiburg (2007) [D]

Tobler, Rolf A. / Favre, Christian / Munoz, Charles / Gullo Ehm, Daniela	Arbeitsrecht, Lausanne (2006) [CH]
Tomandl, Theodor	Zur Verdachtsentlassung, ZAS 1966, 139 [A]
Tomandl, Theodor	Beendigung des Arbeitsvertrages, Wien (1986) [A]
Tomandl, Theodor	Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, Wien (1975) [A]
Tschöpe, Ulrich	Verhaltensbedingte Kündigung – Eine systematische Darstellung im Lichte der BAG-Rechtsprechung, BB 2002, 778 [D]
Viebahn, Emanuel	Wer einmal lügt dem glaubt man nicht (2005) Sem Arb Univ Berlin [D]
Vischer, Frank	Der Arbeitsvertrag <sup>2</sup> , Basel (1994) [CH]
Vischer, Frank	Der Arbeitsvertrag <sup>3</sup> , Basel (2005) [CH]
Vitali, Marco	Die Verdachtskündigung im System von Art 337 ff OR ArbR 2000, 97 [CH]
Wallmeyer, Josef	Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, Stuttgart (1962)
Wedde, Peter	Verdachtskündigung – Videoüberwachung – Beweiswertung – Mitbestimmung, ArbuR 2005, 457 [D]
Wieland, Peter	Das faire Verfahren nach Art 6 EMRK, Köln (2005) zitiert: <i>Bearbeiter</i> , Titel in Wieland, Das faire Verfahren nach Art 6 EMRK (2005)
Wilhelm, Jens Philipp	Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Grundlagen staatlichen Strafens, <a href="http://www.jwilhelm.de/das-2000.pdf">www.jwilhelm.de/das-2000.pdf</a>
Zöller, Richard	Zivilprozessordnung <sup>26</sup> , Köln (2007) [D]
Zweigert, Konrad / Kötz, Hein	Einführung in die Rechtsvergleichung <sup>3</sup> , Tübingen (1996)

Zusammenfassung:

Die Verdachtskündigung kommt in Betracht, wenn dringende und schwerwiegende Verdachtsmomente einer Pflichtverletzung gegen den Arbeitnehmer bestehen. Diese Verdachtsmomente müssen auf objektiven Tatsachen beruhen und das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstören.

Die Arbeit untersucht die Zulässigkeit der Verdachtskündigung in den Staaten Deutschland, Schweiz und Österreich und stellt zunächst aus jedem dieser drei Staaten einen jeweils national höchstrichterlich entschiedenen Ausgangsfall vor, die bei entscheidenden Fragestellungen immer wieder aufgegriffen werden. Die Arbeit unterteilt sich sodann in drei Länderberichte, in denen die Verdachtskündigung und die Voraussetzungen an den wichtigen Grund abstrakt und im Spiegel der Literatur und Judikatur dargestellt werden. Daran schließt sich ein Rechtsvergleich an, in dem die Unterschiede und Gemeinsamkeiten aufgezeigt und hinterfragt werden. Im Rechtsvergleich werden zugleich verschiedene Thesen aufgestellt. Zum einen wird die Tendenz einer Positionierung des Schweizerischen Bundesgerichts untersucht und zum anderen der Versuch unternommen, die Verdachtskündigung in der Schweiz dogmatisch zu begründen. Die Arbeit setzt sich dezidiert mit den von vereinzelt Kritikern im deutschen Recht vorgetragenen dogmatischen und verfassungsrechtlichen Bedenken auseinander. Es zeigt sich, dass die Beweiswürdigung bei der Verdachtskündigung von besonderer Bedeutung ist, weil gerade der letzte Beweis der Tatbegehung nicht erbracht werden kann. Zur Rechtslage in Österreich, das als einziges der hier verglichenen Länder Verschulden am Entlassungsgrund fordert, wird untersucht, inwieweit ein Verschulden des Verdächtigten an der Verdachtssituation ausreichend ist. Soweit ein solches Verschulden am Verdacht nicht genügen würde, um einen wichtigen Grund zu begründen, würde die Verdachtskündigung in Österreich am Erfordernis eines verschuldensabhängigen Entlassungstatbestands scheitern. Davon ausgehend unternimmt die Arbeit dann den Versuch, einen Lösungsansatz für die Rechtslage in Österreich zu entwickeln, in dem ein neuer verschuldensunabhängiger Entlassungsgrund bei Angestellten entwickelt wird. Abschließend untersucht die Arbeit die Frage der Vereinbarkeit der Verdachtskündigung mit der Unschuldsvermutung der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Eine unmittelbare Geltung der Unschuldsvermutung auf arbeitsrechtliche Fragestellungen wird untersucht und verneint. Allerdings ist eine mittelbare Drittwirkung der Unschuldsvermutung zu bejahen. Ein Verstoß der Verdachtskündigung gegen die Unschuldsvermutung wird abgelehnt, weil die Verdachtskündigung keinen Schuldvorwurf impliziert und keinen strafenden Sanktionscharakter aufweist.

Im Ergebnis gelangt die Arbeit zu der Auffassung, dass die Verdachtskündigung – oder besser gesagt Verdachtsentlassung – in allen drei hier verglichenen Staaten dogmatisch begründbar wäre und ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung nicht erkannt werden kann.

Abstract:

The suspicion-termination is to consider, if urgent and serious suspicious factors of an obligation injury exist against the employee. These suspicious factors must be based on objective facts and must destroy the confidence which is necessary for the continuation of the employer-employee relationship.

The thesis examines the admissibility of the suspicion-termination in the states of Germany, Switzerland and Austria. At first there are three cases presented – one of each of the three states – which are decided by the respective supreme court. These cases are taken up again and again in crucial questions. The thesis is first divided into three reports on the situation in the countries. In these reports the suspicion-termination and the preconditions to an important reason are represented abstractly and against the literature and jurisdiction background. A legal comparison follows in which the differences and thing in common are pointed out and analysed. In the legal comparison different theses are set up. On the one hand the tendency of a positioning of the Swiss Federal Court is examined. On the other hand the attempt is undertaken to justify the suspicion-termination in Switzerland. The thesis argues decidedly with the statutorily and constitutional doubts spoken by isolated critics in the German labour law. It is shown that the appreciation of the proofs is of special importance for the suspicion-termination, because the last proof of the act committing cannot be furnished. In view of the legal situation in Austria, which demands a fault of the ground for dismissal as only of the countries compared here, it was examined if a fault of the suspected situation is sufficient. As far as such a fault would not be sufficient in order

to justify an important reason, in Austria the suspicion-termination would fail. Outgoing of it the thesis undertakes the attempt to develop a new ground for dismissal in Austria only for employees not for workers, for being at fault in is not necessary. Finally the thesis examines the question of the compatibility of the suspicion-termination with the presumption of innocence of the European Convention on Human Rights.

A direct validity of the presumption of innocence on questions pertaining to labour law was examined and answered in the negative. However an indirect third effect of the presumption of innocence was to be affirmed. It was rejected that the suspicion-termination is in contravention of the presumption of innocence, because the suspicion-termination implies neither a guilty reproach nor a punishing sanction character.

In the result the thesis arrives to the opinion that the suspicion-termination – or better said suspicion-dismissal – would be allowable in all the three states compared here and is not in contravention of the presumption of innocence.

# Tabellarischer Lebenslauf

<b>Vorname, Name:</b>	Wolfhard-Ulrich Orth	
<b>Geburtsdatum:</b>	18.05.1967	
<b>Familienstand:</b>	verheiratet – eine Tochter	
<b>Schulabschluss:</b>	1988	Allgemeine Hochschulreife Wirtschaftsgymnasium Ettlingen
<b>Zivildienst:</b>	1988 – 1990	St. Vincentius Krankenhaus Karlsruhe
<b>Hochschulausbildung:</b>	1990 – 1991	Studium der Betriebswirtschaft an der Universität Mannheim (Vordiplomprüfung in Wirtschaftsmathematik)
	1991 – 1996	Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg (1991 parallel als Doppelstudium)
<b>Studienschwerpunkt:</b>	Arbeitsrecht (= Individual-, Kollektivarbeitsrecht)	
<b>Hochschulabschluss:</b>	1996	Erste juristische Staatsprüfung, Heidelberg
<b>Weiterentwicklung:</b>	1996 – 1999	Rechtsreferendar beim Oberlandesgericht Karlsruhe
<b>Abschluss:</b>	1999	Zweite juristische Staatsprüfung, Karlsruhe
<b>Auslandserfahrung:</b>	10/97 – 01/98	Auslandshandelskammer Singapur
<b>Beruflicher Werdegang:</b>	10/99 – 12/03	Juristischer Mitarbeiter bei der DaimlerChrysler AG
	01/04 – 03/08	Justitiar bei der DaimlerChrysler AG (verantwortlich für den Fachbereich Arbeits- und Sozialrecht, Werk Rastatt)
	04/08 – 12/08	Lead-Field Auditor, Konzernrevision, Daimler AG
	seit 12/08	Leiter Arbeitsrecht und Arbeitspolitik Daimler AG, Werkaufbau Kecskemét, Ungarn