

IT-Arbeitsrecht

Kramer

2. Auflage 2019
ISBN 978-3-406-73472-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

mit Kommentaren wie „So ist Arbeit schön.“ und „Kuschelstunde – ich freue mich.“ versehen. Der Name des Säuglings wurde in keinem Posting genannt. Die Personalleiterin weist C darauf hin, dass sie gegen die ihr obliegende Schweigepflicht verstoßen habe und fordert sie zur Stellungnahme auf. Unmittelbar nach Erhalt des Anhörungsschreibens entfernt C alle Fotografien mit N von ihrem Facebook-Auftritt, dessen Namen sie in „Alli Gehtnurmichwasan“ ändert. Als Stellungnahme teilt sie der Personalleiterin dies und die Auffassung mit, es sei ihre Privatsache, was sie auf Facebook posten würde.

Das Beispiel ist einem Fall des LAG Berlin-Brandenburg⁵³⁹ nachgebildet. Das Gericht ging von einer Pflichtwidrigkeit der Postings, allerdings nicht von einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung des Babys aus, weil der Patient auf den Fotos nicht herabgewürdigt worden und er aufgrund seines sehr jungen Alters – mangels ausgeprägter Gesichtszüge – nicht individualisierbar gewesen sei. Da C zudem die Patientenfotos unmittelbar nach der ersten Ansprache des Arbeitgebers vom Facebook-Profil entfernte, sei davon auszugehen, dass sie nach Erteilung einer Abmahnung zukünftig ihre Schweigepflicht beachten und nicht erneut Patientenbilder veröffentlichen werde. Eine Abmahnung der C sei danach berechtigt, eine Kündigung nicht. 359

cc) Ordentliche Kündigung

Bei der Wiederholung eines in der nahen Vergangenheit bereits einschlägig abgemahnten pflichtwidrigen Postings kommt eine ordentliche Kündigung in Betracht. Handelt der Arbeitnehmer dabei einer Vorgabe des Arbeitgebers (zB in Social Guidelines oder einer IT-Richtlinie) **zuwider**, verstärkt dieses Verhalten die Schwere der Pflichtverletzung und erhöht für den Arbeitnehmer das Wirksamkeitsrisiko der Kündigung.⁵⁴⁰ Social Media Guidelines⁵⁴¹ stellen wegen ihrer Abstraktheit und der damit fehlenden konkreten warnenden Ansprache des Arbeitnehmers keine „vorweggenommene“ Abmahnung dar.⁵⁴² Wurde ein privates Posting vom Arbeitgeber mit betrieblichen IT-Mitteln zugelassen, kann eine Pflichtverletzung dann vorliegen, wenn es mit einem Inhalt erfolgt, von dem der Arbeitnehmer nicht (mehr) annehmen konnte, es sei noch von der Zustimmung des Arbeitgebers gedeckt.⁵⁴³ Dies ist beispielsweise bei **beleidigenden** Posts der Fall. Im Rahmen der Prüfung einer Kündigungsmöglichkeit kommt es entscheidend auf das Ergebnis der vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung an. Dabei sind insbesondere die hierarchische Stellung und das frühere Verhalten des Arbeitnehmers, eine etwaige unklare Regelungssituation bzgl. des Postings im Betrieb, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Aussichten des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt und die Folgen des pflichtwidrigen Posts zu berücksichtigen. Darüber hinaus sind noch folgende spezielle **Posting-Gesichtspunkte** in die Abwägung einzubeziehen:⁵⁴⁴ 360

- Wie groß ist der Kreis der Personen, die das Posting zur Kenntnis nehmen können?
- Wie schwerwiegend ist der Inhalt des Postings? Ist es strafbar?
- Liegen in mehrfacher Hinsicht⁵⁴⁵ postingbezogene Pflichtverletzungen vor?
- Handelt es sich um ein (unüberlegtes) Spontan-Posting „im Affekt“ oder um einen wohlüberlegten Post?

⁵³⁹ LAG Berlin-Brandenburg 11. 4. 2014 – 17 Sa 2200/13, NZA-RR 2014, 468.

⁵⁴⁰ Ebenso: *Burr* S. 210.

⁵⁴¹ Siehe → Rn. 891.

⁵⁴² *Burr* S. 209.

⁵⁴³ BAG 16. 7. 2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 entsprechend zur erlaubten privaten PC/Notebook-nutzung; BAG 7. 7. 2005 – 2 AZR 581/04, NZA 2006, 98 entsprechend zur privaten Internetnutzung; *Kramer* NZA 2004, 457.

⁵⁴⁴ Vgl. auch *Fuhlrott/Oltmanns* NZA 2016, 785; *Burr* S. 222 ff.

⁵⁴⁵ Multipler Verstoß: Verletzung einer Bestimmung der Social Media Guidelines, beleidigender Inhalt und Verletzung der Arbeitspflicht.

361 Beispiel

Der 52 Jahre alte und seit 31,5 Jahren bei der Z GmbH beschäftigte L ist bei Facebook angemeldet und hat dort 70 „Freunde“, von denen 37 ebenfalls bei der Z GmbH beschäftigt sind. Zu diesen Facebook-Freunden gehört auch A, der Personalleiter der Z GmbH ist. Auf der Pinnwand seines Facebook-Profiles veröffentlicht L außerhalb seiner Arbeitszeit folgendes Posting: „Habe mich über diesen scheiss A geärgert, hat mir zwei Abmahnungen gegeben innerhalb von drei Monaten wegen Rauigkeit. Diesen kleinen Scheisshaufen mache ich kaputt. Werde mich beschweren über diesen Wixxer. Bin 2 Jahre in der Abteilung und so ein faules Schwein der noch nie gearbeitet hat in seinem Scheissleben.“ Die Pinnwand des L kann von allen „Freunden“ sowie den „Freunden“ seiner „Freunde“ eingesehen werden. Nachdem der Personalleiter bei L über dieses Posting eine (den Post bestätigende) Stellungnahme eingeholt hat, kündigt A das Arbeitsverhältnis mit L ordentlich. Die anschließende Kündigungsschutzklage des L hat keinen Erfolg.⁵⁴⁶

dd) Außerordentliche Kündigung

362 Handelt es sich nach den vorstehenden Ausführungen bei dem Posting um eine **besonders schwerwiegende** Pflichtverletzung, kann er einen wichtigen Grund für eine außerordentliche, fristlose Kündigung darstellen. Voraussetzung ist, dass dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalles und bei Abwägung der Interessen beider Arbeitsvertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB). Solche Umstände werden im „Normalfall“ eines Postings nicht ohne weiteres gegeben sein. Regelmäßig werden nur eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung als Reaktionsmöglichkeiten in Betracht kommen. Für eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung muss ein derart gravierender Pflichtenverstoß vorliegen, dass die Vertragswidrigkeit des Posts für den Arbeitnehmer so **offenkundig** und für ihn ausgeschlossen war, dass der Arbeitgeber die Pflichtverletzung hinnehmen würde. Bei groben, ehrverletzenden Beleidigungen des Arbeitgebers und weltweit abrufbaren unwahren geschäftsschädigenden Äußerungen könnte dies angenommen werden. Auch eine **Mehrzahl** von gleichzeitig durch den Post begangenen Pflichtverletzungen kann zur unwiederbringlichen Zerstörung der Vertrauensgrundlage und damit zu einem fristlosen Kündigungsgrund führen. Letztendlich ist stets eine wertende Betrachtungsweise im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung ausschlaggebend.

363 Beispiel

Der 43 Jahre alte und seit 16 Jahren als Hausmeister bei der Stadt B beschäftigte H nahm auf seinem allgemein zugänglichen Facebook-Profil, in dem auch die Stadt B als Arbeitgeber des H genannt wird, folgendes Posting vor: „So langsam reicht es mit den nicht Deutschen. Wir müssen uns wehren. Sie kommen rein bekommen soziale Zuschläge und so was und für das deutsche Volk kommt nichts an. Ich maloche jeden Tag bis zur Rente und was bekomme ich fast nicht. Die kommen und bekommen Geld und das finde ich scheiße. Alle die mit so welchen Leuten zusammen sind sprich Ausländer sollten zusammen geschlagen werden und die Kinder die da raus endstehen sollten erschlagen werden. Wehr eine Deutsche Frau hat und die mit ein Ausländer zusammen ist sollte geächtet werden und an den Pranger gebracht werden.“ Weiterhin wies der Facebook-Account folgende weitere Äußerungen auf: „Mein Hass könnt ihr haben oder eins auf den Kopf mit den guten alten Eisenstangen bis zur Grenze“; „Das Deutschland von heute muss sich für nichts mehr ent-

⁵⁴⁶ Nachgebildet dem Fall ArbG Hagen 16.5.2012 – 3 Ca 2597/11, BeckRS 2012, 71401, bei dem das Gericht im Rahmen der Interessenabwägung entscheidend auf das Lebensalter, eine angenommene nicht leichte Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt und die lange Betriebszugehörigkeit abgestellt und eine ordentliche Kündigung für angemessen hielt. Eine dort streitige fristlose Kündigung wurde für unwirksam angesehen.

schuldigen.“ „Deutschland Unser Land Unsere Sitten Unsere Kultur Unsere Heimat Unsere Bräuche Unsere Gesetze Wem das nicht passt, dem wünschen wir eine gute Rückreise in seine Heimat!“; „erhebt euch wir lassen uns zu viel gefallen deutsche schlägt zurück geht auf die Straße holt euch das pack“; „Der Erstschlag Wirt kommen deutsche wehrt euch.“ Die Stadt B kündigt das Arbeitsverhältnis mit H unter Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist nach erfolgter Personalratsbeteiligung außerordentlich fristlos. Die von H erhobene Kündigungsschutzklage wird abgewiesen.⁵⁴⁷

Beispiel

364

Veröffentlicht ein Arbeitnehmer auf einer rechtsradikalen Facebook-Seite unter seinem Namen und in der Uniform seines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers ein Foto mit der Sprechblase „Achmed, ich bin schwanger“, so kann dies eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.⁵⁴⁸

e) Verwertung von Postings im Prozess

Für den hinsichtlich der Umstände der Pflichtverletzung und die Urheberschaft des Arbeitnehmers für den Post darlegungs- und beweislbelasteten Arbeitgeber ergibt sich im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens von vornherein kein Beweisverwertungsproblem, wenn das Posting in einem allgemein zugänglichen Medium (zB in einem Blog auf einer weltweit abrufbaren Webseite oder im öffentlichen Facebook-Bereich) erfolgte.⁵⁴⁹ Denn zu der Öffentlichkeit des jeweiligen sozialen Netzwerks gehört auch der Arbeitgeber, der eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit hat. Anders kann die Frage eines Verwertungsverbots dann zu beantworten sein, wenn sich der Arbeitgeber unter Vorspiegelung einer falschen Identität virtuellen Zugang zu einem geschlossenen Bereich eines Netzwerks verschafft hat, auf diesem Wege das Posting zur Kenntnis genommen und es für die zu erwartende gerichtliche Auseinandersetzung per Screenshot „gesichert“ hat. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann bei einem solchen Sachverhalt eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen verfassungsrechtlich geschützten Güter und Interessen zum Überwiegen der schutzbedürftigen arbeitnehmerseitigen Belange in Ausnahmefällen zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann.⁵⁵⁰ Eine gefestigte Grundlage besteht bisher – mangels gesetzlicher Regelungen und belastbarer Rechtsprechung – noch nicht. Insoweit gelten die Ausführungen unter → Rn. 498 in diesem Zusammenhang entsprechend.

365

Zur Vermeidung von etwaigen Beweisbarkeits- und Beweisverwertungsproblemen vor Gericht⁵⁵¹ empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, in jedem Fall den Arbeitnehmer vor einer personellen Maßnahme im Rahmen einer Anhörung unter Vorlage des entsprechenden Screenshots zur Stellungnahme aufzufordern und diese sodann schriftlich zu dokumentieren. Bestätigt er das Posting, stellt im Prozess dieses Eingeständnis das Beweismittel für das bestrittene Posting dar. Denn eine „Fernwirkung von (etwaigen) Beweisverwertungsverboten“ – wie im amerikanischen Rechtssystem („fruit-of-the-poisonous-tree“-Doktrin⁵⁵²) – existiert im deutschen Prozessrecht nicht.⁵⁵³ Führt der Arbeitgeber eine Anhörung nicht durch, setzt er sich den beschriebenen Prozessrisiken aus, die wiederum der Arbeitnehmer zur Stärkung seiner Prozesssituation ausnutzen kann.

366

⁵⁴⁷ Nachgebildet dem Fall ArbG Gelsenkirchen 24. 11. 2015 – 5 Ca 1444/15, BeckRS 2016, 67556.

⁵⁴⁸ SächsLAG 27. 2. 2018 – 1 Sa 515/17, NZA-RR 2018, 244.

⁵⁴⁹ Ebenso: *Bauer/Günther* NZA 2013, 67.

⁵⁵⁰ Thüsing/Wurth/Vossen X. 4.b) Rn. 54; *Bauer/Günther* NZA 2013, 67; Besgen/Prinz/Herfs-Röttgen § 10 Rn. 70; *Kort* NZA 2012, 1321; *Göpfert/Wilke* ArbRAktuell 2011, 159.

⁵⁵¹ Zur entsprechenden Darlegungs- und Beweislastproblematik des Arbeitgebers bei der privaten Internetnutzung am Arbeitsplatz vgl. *Kramer* NZA 2007, 1338.

⁵⁵² *Justice* Frankfurter in *Nardone v. United States*, U.S. Supreme Court 308 U.S. 338 (1939).

⁵⁵³ BGH 1.3.2006 – XII ZR 210/04, NJW 2006, 1658; *Bauer/Günther* NZA 2013, 67; *Kort* NZA 2012, 1321.

10. Vorgehen bei IT-Tat- und Verdachtskündigung

a) Einleitung

367 Hauptpflichten und Nebenpflichten, insbesondere die Pflicht des Arbeitnehmers auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB), können im Zuge einer Nutzung von Betriebsmitteln, bspw. von betrieblich zur Verfügung gestellten PCs, Laptops oder Smartphones – schuldhaft – verletzt werden. Der Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern solche Betriebsmittel zur Verfügung stellt und ihnen deren Nutzung ermöglicht – uU auch zu einer moderaten privaten Nutzung – vertraut dabei darauf, dass die **Arbeitnehmer ihren vertraglichen Pflichten nachkommen**, denn aufgrund der institutionalisierten Arbeitsteilung lassen sich Arbeitsbeziehungen nicht ohne ein Mindestmaß an Vertrauen dauerhaft organisieren.⁵⁵⁴ Vertrauen kommt gerade im Arbeitsverhältnis eine zentrale Rolle zu.⁵⁵⁵ Dies gilt vor allem für Arbeitsverhältnisse, in denen der Arbeitnehmer – unbeaufsichtigt und unkontrolliert – mit **sensiblen Daten** und erheblichen Vermögenswerten des Arbeitgebers umgeht. Leider zeugt die Praxis von vielen Unregelmäßigkeiten. Betriebsmittel werden nicht nur gestohlen oder unterschlagen, sondern können auf vielfältige Weise „missbraucht“ werden,⁵⁵⁶ bspw. wenn sie während der Arbeitszeit – intensiv – privat genutzt werden, ihre Nutzung durch illegale Downloads urheber-⁵⁵⁷ und strafrechtliche Folgen haben (siehe bspw. § 303a StGB – Datenmissbrauch) oder **betriebsinterne Sicherheitssysteme** umgangen werden, um nur einige Beispiele anzusprechen. Häufig steht in der Praxis ein Nutzungs- und Datenmissbrauch vor allem im Zusammenhang mit betrieblichen Zeiterfassungssystemen.

b) Grundlagen von Tat- und Verdachtskündigung

368 Wird Vertrauen gebrochen und werden vertragliche Pflichten verletzt, wird der Arbeitgeber überlegen, wie hierauf zu reagieren ist, insbesondere wie zukünftige Pflichtverletzungen vermieden werden können. Kommt er zu der Auffassung, organisatorische Änderungen und Abmahnungen können das Problem für die Zukunft nicht dauerhaft lösen, wird er eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht ziehen. Als Gestaltungsmittel bieten sich eine Tat- oder **Verdachtskündigung** an.

369 Ist eine erhebliche schuldhaftige Vertragspflichtverletzung feststellbar und können alle relevanten Tatsachen beweissicher ermittelt werden, wird der Arbeitgeber eine Kündigung des Arbeitnehmers wegen schuldhafter Vertragspflichtverletzung aussprechen (**sog. Tat Kündigung**). Die Rechtfertigung einer „Tatkündigung“ hängt allein davon ab, ob im Kündigungszeitpunkt objektiv Tatsachen vorlagen, die die Annahme rechtfertigen, dem kündigenden Arbeitgeber sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – im Fall der außerordentlichen Kündigung noch nicht einmal bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – dauerhaft unzumutbar geworden.⁵⁵⁸ Allerdings wird er in der Praxis oft vor der Frage stehen, ob er die – vor allem notwendige schuldhaftige – Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers wirklich hinreichend darlegen und ggf. nachweisen kann, weil die der **Pflichtverletzung zugrundeliegenden Tatsachen und Umstände** oft jenseits seiner Wahrnehmungsmöglichkeiten, also im „Verborgenen“, liegen. Sog. Tatkündigungen scheinen in der Wahrnehmung der Praxis deshalb mit großen Unsicherheiten verbunden zu sein,⁵⁵⁹ auch weil der Tathergang oder die schwerwiegende Pflichtverletzung dann doch nicht so eindeutig und die Arbeitsgerichte oft nur schwer von einer schuld-

⁵⁵⁴ Frey/von Rosenstiel/Hoyos/Clases/Wöhner S. 397 ff.

⁵⁵⁵ Seifert/Pawlowsky MittAB 1998, 599 (603) mwH; Eylert NZA-RR 2014, 393 (393f.).

⁵⁵⁶ Vgl. die Ausführungen → Rn. 137.

⁵⁵⁷ Bspw. BAG 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161.

⁵⁵⁸ Bspw. BAG 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161 Rn. 38.

⁵⁵⁹ So der Befund von Lembke RdA 2013, 82.

haften Vertragspflichtverletzung überzeugt sind. Gleichwohl hat sich aufgrund der äußeren Ereignisse und Umstände ein Misstrauen beim Arbeitgeber aufgebaut, das zwangsläufig – über kurz oder lang – die Arbeitsbeziehung belastet und zu deren Ende führt. Denn Misstrauen zerstört das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen. In der Praxis wird im Ausspruch einer – ordentlichen oder außerordentlichen – sog. Verdachtskündigung ein probates Mittel gesehen, um diesem Vertrauensverlust Rechnung zu tragen. Der Grund für die Entwicklung der **Verdachtskündigung** liegt in der „Zerstörung der persönlichen Vertrauensgrundlage der Vertragsparteien.“⁵⁶⁰ Dabei reicht allein ein „Misstrauen“ nicht aus, um ein Arbeitsverhältnis wirksam beenden zu können. Es müssen vielmehr Tatsachen vorliegen, die die nötige Qualität für einen dringenden Verdacht einer **Straftat** oder einer **schwerwiegenden Pflichtverletzung** haben.⁵⁶¹ Dabei ist für die kündigungrechtliche Beurteilung der schweren Pflichtverletzung, auf die sich der „Verdacht“ bezieht, die strafrechtliche Beurteilung nicht maßgebend, entscheidend ist vielmehr die Qualität der arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung;⁵⁶² so liegt bspw. in einem strafrechtlich relevanten Hausfriedensbruch noch nicht zwingend eine schwere Verletzung einer arbeitsvertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht. Dementsprechend kann aber der Verdacht einer nicht strafbaren, aber gleichwohl erheblichen vertraglichen Pflichtverletzung, bspw. einer Verletzung des Konkurrenzverbots, auch eine Verdachtskündigung rechtfertigen.

Die Verdachtskündigung ist – wie so manches im Arbeitsrecht – nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Sie ist von der Rechtsprechung über einen längeren Zeitraum entwickelt worden⁵⁶³ und ist heute ein allgemein anerkanntes, vom Bundesverfassungsgericht gebilligtes⁵⁶⁴ Gestaltungsmittel.⁵⁶⁵ 370

aa) Die Verdachtskündigung

Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren oder schwerwiegenden vertragswidrigen Verhaltens habe das für die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** erforderliche Vertrauen zerstört.⁵⁶⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Verdacht eines Vertrauensbruchs, einer **strafbaren Handlung** oder einer anderen **schwerwiegenden Vertragsverletzung** eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB – und eben auch eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG⁵⁶⁷ – rechtfertigen, wenn objektive tatsächliche Anhaltspunkte den dringenden Verdacht begründen und es gerade die Verdachtsmomente sind, die das schutzwürdige 371

⁵⁶⁰ BAG 13. 3. 2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809 Rn. 18.

⁵⁶¹ BAG 6. 9. 2007 – 2 AZR 264/06, NZA 2008, 636 Rn. 31.

⁵⁶² ErfK/Niemann BGB § 626 Rn. 173.

⁵⁶³ Zur historischen Entwicklung vgl. Eylert NZA-RR 2014, 393 (395 ff.).

⁵⁶⁴ BVerfG 4. 11. 2008 – 1 BvR 2587/06, NJW 2009, 562 = NZA 2009, 53; BVerfG 15. 12. 2008 – 1 BvR 347/08, BVerfGK 14, 50; zur verfassungsrechtlichen Kritik und ihrer Widerlegung: BAG 14. 9. 1994 – 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269.

⁵⁶⁵ Vgl. bspw.: BAG 21. 11. 2013 – 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243; BAG 23. 5. 2013 – 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416; BAG 25. 10. 2012 – 2 AZR 700/11, NZA 2013, 371.

⁵⁶⁶ BAG 12. 3. 2009 – 2 ABR 24/08, NZA-RR 2010, 180 (183); ErfK/Müller-Glöge BGB § 626 Rn. 174; KR-KSchG/Fischermeier BGB § 626 Rn. 225; zur Kritik an der Konstruktion einer Verdachtskündigung: Dörner NZA 1993, 873 (875); APS/Dörner-Vossen BGB § 626 Rn. 375; Moritz NJW 1978, 402 (405); insgesamt ablehnend: Schütte NZA-Beil. 1991, 21 ff.; zur überzeugenden Zurückweisung der Kritik: BAG 10. 6. 2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 (1229); BAG 24. 5. 2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (138); BAG 21. 6. 2012 – 2 AZR 694/11, NZA 2013, 199 (200).

⁵⁶⁷ BAG 3. 7. 2003 – 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 (310); 27. 11. 2008 – 2 AZR 98/07, NZA 2009, 604 Rn. 22; 21. 11. 2013 – 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243 Rn. 32; 18. 6. 2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 Rn. 19; 31. 1. 2019 – 2 AZR 426/18 Rn. 21 – personenbedingter Grund – Eignungsmangel; ErfK/Niemann BGB § 626 Rn. 173 mdH, dass die Anforderungen an den „dringenden Verdacht“ insoweit nicht geringer sind.

Vertrauen des Arbeitgebers in die Rechtschaffenheit des Arbeitnehmers zerstören und ihm deshalb die weitere **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar** machen.⁵⁶⁸

bb) Zum Verhältnis von Verdachts- und Tatkündigung

- 372 Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss der Arbeitgeber zumindest hilfsweise seine Kündigung auf einen (entsprechenden) Verdacht stützen.⁵⁶⁹ Verdachts- und Tatkündigung sind – unterschiedliche – eigenständige Kündigungsgründe,⁵⁷⁰ auch wenn sie nicht beziehungslos nebeneinander stehen. Wegen ihrer **unterschiedlichen Prüfungsvoraussetzungen** sind sie gegeneinander abzugrenzen.⁵⁷¹
- 373 Im Kündigungsschutzprozess kann der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres von einem zum anderen Kündigungsgrund wechseln. Ein Wechsel von einer Verdachts- zu einer Tatkündigung ist allerdings grundsätzlich möglich. Wird eine Kündigung zunächst nur auf einen Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens gestützt, steht jedoch nach der tatrichterlichen Würdigung das Vorliegen einer **schwerwiegenden Pflichtwidrigkeit** fest (bspw. nach einer Beweisaufnahme), ist das Arbeitsgericht nicht gehindert, die nachgewiesene Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund anzuerkennen.⁵⁷² Maßgebend ist allein der objektive Sachverhalt, wie er sich für die Gerichte für Arbeitssachen nach dem Parteivorbringen und den gerichtlichen Feststellungen ergibt.⁵⁷³ Die für das Gericht feststehende Gewissheit belegt die Begründetheit des Verdachts. Der Verdacht hat sich als Kündigungsgrund in seiner schärfsten Form erwiesen.⁵⁷⁴ Der Arbeitgeber muss sich hierauf noch nicht einmal berufen.⁵⁷⁵
- 374 Ein Umschwenken von einer Tat- zu einer Verdachtskündigung ist weitaus problematischer. Es ist zwar möglich, scheidet meistens aber aus praktischen Gründen aus. Denn der „Verdacht“ ist im Tatvorwurf nicht zwangsläufig enthalten.⁵⁷⁶ Eine – erfolglose – Tatkündigung kann nicht ohne Weiteres als Verdachtskündigung aufrechterhalten werden, wenn sich während des Verfahrens lediglich Umstände ergeben haben, die nur einen Verdacht rechtfertigen.⁵⁷⁷ Der Verdacht kann als Kündigungsgrund deshalb nur unter engen Voraussetzungen nachgeschoben werden.⁵⁷⁸
- 375 In der Praxis wird deshalb ein Arbeitgeber seine Kündigung **kumulativ** auf eine „erwiesene“ **Pflichtverletzung** und den „**dringenden Verdacht**“ eines entsprechenden Fehlverhaltens stützen. Allerdings ist dann der Betriebsrat zu beiden Aspekten zu beteili-

⁵⁶⁸ Vgl. MhdB ArbR/*Rachor* § 126 Rn. 1; SPV Kündigung/*Preis* Rn. 703; bspw. BAG 12.3.2009 – 2 ABR 24/08, NZA RR 2010, 180 (183).

⁵⁶⁹ BAG 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362 Rn. 64 mwH; BAG 26.3.1992 – 2 AZR 519/91 und BAG 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 23 und 27; KR-KSchG/*Fischermeier* BGB § 626 Rn. 230.

⁵⁷⁰ BAG 26.3.1992 – 2 AZR 519/91, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 23; BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 Rn. 55; BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/10, NZA 2010, 1227 Rn. 23; BAG 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NZA 2011, 738 Rn. 26; BAG 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, BAGE 146, 303 Rn. 39; BAG 14.6.2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 Rn. 20; KR-KSchG/*Fischermeier* BGB § 626 Rn. 230; ErfK/*Niemann* BGB § 626 Rn. 175; MhdB ArbR/*Rachor* § 126 Rn. 4 u. 16.

⁵⁷¹ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 (310); BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 Rn. 55; BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/10, NZA 2010, 1227 Rn. 23.

⁵⁷² BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 Rn. 55; so auch BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

⁵⁷³ MhdB ArbR/*Rachor* § 126 Rn. 17.

⁵⁷⁴ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 (310); BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 Rn. 55; sa ErfK/*Niemann* BGB § 626 Rn. 180; *Walker* NZA 2009, 921 (924).

⁵⁷⁵ BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/10, NZA 2010, 1227 Rn. 23; BAG 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798 Rn. 26.

⁵⁷⁶ BAG 13.9.1995 – 2 AZR, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25; HWK/*Sandmann* BGB § 626 Rn. 282.

⁵⁷⁷ StRspr seit BAG 3.4.1986 – 2 AZR 324/85, NZA 1986, 677.

⁵⁷⁸ Zumeist wird es aber an der notwendigen Anhörung des Arbeitnehmers (und auch der Beteiligung des Betriebsrats) fehlen. Siehe: KR-KSchG/*Fischermeier* BGB § 626 Rn. 231.

gen. Beruft sich der Arbeitgeber erstmals während des Kündigungsschutzprozesses auf den Verdacht als Kündigungsgrund, schiebt er damit einen neuen, weiteren Grund nach, zu dem der Betriebsrat – erneut – anzuhören ist.⁵⁷⁹

c) Die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung

Üblicherweise wird die Verdachtskündigung als außerordentliche, fristlose Kündigung 376 ausgesprochen. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.⁵⁸⁰ Dabei kann auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung einen wichtigen Grund bilden. Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn starke, auf objektive Tatsachen gründende Verdachtsmomente vorliegen, die geeignet sind, das für die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen** zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Dabei muss der Verdacht auf konkrete – vom Kündigenden darzulegende und ggf. zu beweisende – Tatsachen gestützt sein. Er muss ferner dringend sein. Es muss eine **große Wahrscheinlichkeit** bestehen, dass er zutrifft, dh, dass der Arbeitnehmer die Straftat oder schwere Pflichtverletzung **begangen hat**.⁵⁸¹ Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag. Es reicht aber ein hinreichender Grad von Gewissheit aus, dass die schwere Pflichtverletzung vom Arbeitnehmer höchstwahrscheinlich begangen wurde. Es müssen nicht jegliche alternative Erklärungen ausgeschlossen werden können.⁵⁸² Allerdings reichen hingegen bloße, auf mehr oder weniger **haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen** zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus.⁵⁸³

Allerdings muss der Besonderheit der Verdachtskündigung, nämlich dass für ihre Begründetheit ein voller Nachweis der Pflichtverletzung nicht verlangt wird, Rechnung getragen werden.⁵⁸⁴ Deshalb bindet die Rechtsprechung mit dem Hinweis, „ein Unschuldiger (könne) getroffen werden“, die Verdachtskündigung an „**strenge Voraussetzungen**“,⁵⁸⁵ die über die bei einer verhaltensbedingten Kündigung oder einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund im Allgemeinen hinausgehen. Der Ausgangspunkt erscheint zutreffend: ein endgültiger Vertrauensverlust kann nicht schon ohne Weiteres bei kleinsten Verwerfungen, Merkwürdigkeiten oder Unaufklärbarkeiten eintreten. Auch kann nicht auf einen „besonders empfindlichen oder sensiblen“ Arbeitgeber abgestellt werden. Maßstab ist vielmehr der durchschnittliche Arbeitgeber, der ggf. auch selbst Vorkehrungen zur Vermeidung von Missbrauch zu treffen hat. 377

⁵⁷⁹ ErfK/Niemann BGB § 626 Rn. 181 mwH; MHdB ArbR/Rachor § 126 Rn. 18; siehe auch die Ausführungen → Rn. 414.

⁵⁸⁰ Zur ordentlichen Kündigung und deren Prüfungsmaßstab: BAG 18.6.2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 Rn. 20ff.

⁵⁸¹ BAG 25.10.2012 – 2 AZR 700/11, NZA 2013, 371 Rn. 14; 2.3.2017 – 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 Rn. 21.

⁵⁸² BAG 25.4.2018 – 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 Rn. 24.

⁵⁸³ BAG 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 Rn. 17; BAG 23.5.2013 – 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416 Rn. 20; BAG 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143 Rn. 14; BAG 18.6.2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287 Rn. 21; 17.3.2016 – 2 AZR 110/15 Rn. 39; 2.3.2017 – 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 Rn. 22; KR-KSchG/Fischermeier BGB § 626 Rn. 227; MHdB ArbR/Rachor § 126 Rn. 3ff.

⁵⁸⁴ BAG 23.10.2014 – 2 AZR 644/13, BAGE 149, 367 Rn. 21.

⁵⁸⁵ MHdB ArbR/Rachor § 126 Rn. 3.

- 378 (1) Anforderungen an den dringenden Verdacht.** Nach der stRSpr muss der Verdacht objektiv durch – konkrete – Tatsachen begründet sein oder sich aus den Umständen ergeben, die einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können.⁵⁸⁶ In der praktischen Anwendung bereiten die Feststellung und die Darlegung der erforderlichen **Indiztatsachen und Einzelfallumstände** häufig erhebliche Schwierigkeiten.
- 379** Der Verdacht muss vor allem **dringend** sein. Es muss eine – auf Beweiszeichen (Indizien) gestützte – große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, der Gekündigte habe eine schwerwiegende arbeitsvertragliche Pflichtverletzung (oder Straftat) zu verantworten.⁵⁸⁷
- 380** Da der bloße Verdacht einer Pflichtverletzung keine weiterreichenden kündigungsrechtlichen Wirkungen haben kann als der tatsächliche Pflichtenverstoß, muss er sich auf eine **Straftat** oder eine sonstige **schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung** beziehen. Dabei kommt es für die arbeitsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend darauf an, ob das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten wirklich einen Straftatbestand erfüllt;⁵⁸⁸ die strafrechtliche Bewertung ist insoweit nicht maßgebend. Ausreichend ist, dass der Verdacht sich auf ein **Verhalten des Arbeitnehmers** bezieht, das als Grund zur außerordentlichen Kündigung ausreichen würde, wenn der verdächtige Arbeitnehmer die arbeitsvertragliche Pflicht tatsächlich schuldhaft verletzt hätte. Nicht ausreichend ist, wenn der Arbeitnehmer selbst bei nachgewiesener Tat nicht hätte entlassen werden können. Die **Pflichtverletzung des Arbeitnehmers** muss deshalb ein solches Gewicht haben, dass sie bei Vorliegen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnte.⁵⁸⁹ Was ausreichend ist, hängt ganz entscheidend von der Pflichtenstruktur des konkreten Arbeitsverhältnisses ab. Gehört es bspw. zu den vertraglich geschuldeten Pflichten des Arbeitnehmers für Datensicherheit zu sorgen, wiegt eine missbräuchliche Nutzung von personenbezogenen Daten ungleich schwerer als bspw. bei einem „einfachen Sachbearbeiter“. Ein Verhalten des Arbeitnehmers, das schon als erwiesenes eine außerordentliche Kündigung nicht zu stützen vermag, kann erst recht nicht eine Kündigung wegen des bloßen Verdachts begründen.⁵⁹⁰
- 381** Der dringende Verdacht, der Arbeitnehmer habe die Straftat oder die schwerwiegende Pflichtverletzung begangen, muss nach Durchführung aller notwendigen Aufklärungsmaßnahmen bestehen. Es muss also eine große (hohe) – zumindest überwiegende – Wahrscheinlichkeit bestehen, dass er zutrifft.⁵⁹¹ Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen hingegen zur **Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts** nicht aus.⁵⁹² Indizien können zwar geeignet sein, Misstrauen in den verdächtigten Arbeitnehmer zu begründen. Oft haben sie aber nicht die für einen dringenden Tatverdacht nötige Qualität.⁵⁹³
- 382** Ein dringender Verdacht ist ferner noch nicht allein deshalb zu verneinen, weil eine Täterschaft oder Tatbeteiligung anderer nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden kann.⁵⁹⁴ Denn es genügt eine große (hohe) Wahrscheinlichkeit der „Täterschaft“, die sich bspw. aus einer **Gesamtschau verschiedener Indizien** gewinnen lässt und nach

⁵⁸⁶ BAG 14. 9. 1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24.

⁵⁸⁷ BAG 18. 11. 1999 – 2 AZR 743/98, BAGE 93, 1; BAG 12. 8. 1999 – 2 AZR 923/98, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlungen Nr. 28; BAG 29. 11. 2007 – 2 AZR 724/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40 Rn. 30; BAG 21. 2. 2012 – 2 AZR 694/11, NZA 2013, 199 (200); BAG 25. 10. 2012 – 2 AZR 700/11, NZA 2013, 371 Rn. 15.

⁵⁸⁸ BAG 21. 6. 2012 – 2 AZR 694/11, NZA 2013, 199 (200).

⁵⁸⁹ BAG 10. 12. 2009 – 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698 (701).

⁵⁹⁰ BAG 6. 9. 2012 – 2 AZR 270/11, NZA 2013, 1087 (1090) Rn. 50.

⁵⁹¹ BAG 25. 11. 2010 – 2 AZR 801/09, NZA-RR 2012, 268 Rn. 16.

⁵⁹² BAG 29. 11. 2007 – 2 AZR 724/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 40; BAG 10. 2. 2005 – 2 AZR 189/04, NZA 2005, 1056 Rn. 34; 24. 5. 2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137 (138); 2. 3. 2017 – 2 AZR 698/15 Rn. 22, NZA 2018, 1051; KR-KSchG/Fischermeier BGB § 626 Rn. 227.

⁵⁹³ BAG 6. 9. 2007 – 2 AZR 264/06, NZA 2008, 636 Rn. 31.

⁵⁹⁴ LAG Berlin-Brandenburg 8. 2. 2012 – 24 Sa 1800/11 Rn. 39.