



Mario Wertz (Autor)

# Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskaptals“



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/7178>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,  
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: [info@cuvillier.de](mailto:info@cuvillier.de), Website: <https://cuvillier.de>



# A. Einleitung

## I. Einführung und Ziel der Untersuchung

„Die ewige Vertrauensfrage“<sup>1</sup> – „Diebstahl bleibt Diebstahl“<sup>2</sup> – „Abmahnungen werden zunehmen“<sup>3</sup> – was haben diese Schlagzeilen gemeinsam? Allesamt sind es die Titel von Beiträgen verschiedener Autoren, die sich mit dem sog. „Emmely“-Urteil<sup>4</sup> des BAG und insbesondere dessen Folgen auseinandersetzen. Bereits diesen Schlagzeilen lässt sich die große mediale Aufmerksamkeit entnehmen, die dieser Entscheidung zuteil wurde und die wohl kaum zuvor ein anderes Urteil des BAG erfahren hatte<sup>5</sup>. Es ging um die Kündigungsschutzklage einer als „Emmely“ bekannt gewordenen 49-jährigen Kassiererin einer Supermarktkette, der nach 31 Jahren Betriebszugehörigkeit fristlos gekündigt worden war. Sie hatte zwei Pfandbons im Wert von insgesamt 1,30 €, die im Supermarkt gefunden worden waren und die ihr der Marktleiter zur Aufbewahrung gegeben hatte, bei ihrem eigenen Einkauf als Ersatz für die Bezahlung abgegeben und verrechnen lassen<sup>6</sup>.

Mit dieser Entscheidung hat das BAG einige Grundsätze seiner Rechtsprechung zu den sog. Bagatellkündigungen bestätigt<sup>7</sup>. Demnach hält das BAG daran fest, dass Vermögens- und Eigentumsdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers auch im sog. Bagatellbereich grundsätzlich für eine Kündigung aus wichtigem Grund geeignet seien<sup>8</sup>. Dabei komme es nach dem BAG stets auf die Umstände des Einzelfalles an. Ferner müsse der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angewandt werden. Schließlich gebe es keine absoluten Kündigungsgründe. Vielmehr müsse stets konkret die Prüfung vorgenommen

---

<sup>1</sup> Fischer, SZ vom 21.6.2010, <http://www.sueddeutsche.de/karriere/emmely-und-die-folgen-die-ewige-vertrauensfrage-1.962778>.

<sup>2</sup> Bauer, SZ vom 22.6.2010, <http://www.sueddeutsche.de/karriere/2.220/emmely-und-die-folgen-diebstahl-bleibt-diebstahl-1.963129>.

<sup>3</sup> Voß, Wirtschaftswoche vom 11.06.2010, <http://www.wiwo.de/erfolg/emmely-urteil-abmahnungen-werden-zunehmen/5652594.html>.

<sup>4</sup> BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227.

<sup>5</sup> Preis, Anm. zu BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB; Stoffels, NJW 2011, 118.

<sup>6</sup> Vgl. Grimm/Windeln, ArbRB 2009, 374, 376; Eckert, BC 2010, 26, 27.

<sup>7</sup> Conze, öAT 2010, 153, sieht in der „Emmely“-Entscheidung ein deutliches Abrücken des BAG von seiner bisherigen Kündigungsrechtsprechung betreffend Bagatelldelikte; a. A. Brötzmann, LZ 2012, 22.

<sup>8</sup> BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227.



werden, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt sei, dass der Arbeitnehmer sich zukünftig – ggf. nach Ausspruch einer Abmahnung – wieder vertragsgetreu verhalten werde<sup>9</sup>. Für diese vorzunehmende Interessenabwägung und Zumutbarkeitsbeurteilung könne es von erheblicher Bedeutung sein, ob der betroffene Arbeitnehmer bereits seit geraumer Zeit bei diesem Arbeitgeber beschäftigt war, ohne dass es dabei zu ähnlichen oder vergleichbaren Pflichtverletzungen gekommen war<sup>10</sup>.

Diesen Aspekt wertete das BAG im Rahmen der „Emmely“-Entscheidung nun auf<sup>11</sup>, indem es erstmals präzierte, dass bei der Interessenabwägung die Ansparung von sog. „Vertrauenskapital“<sup>12</sup> bei langjährigen Beschäftigten zu berücksichtigen sei. Denn nach Auffassung des BAG werde eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört<sup>13</sup>. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden habe, desto eher könne die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt werde<sup>14</sup>. Dabei komme es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an, sondern maßgeblich sei die Sicht eines objektiven Betrachters<sup>15</sup>. Angesichts dessen versagte das BAG der Kündigung von „Emmely“ die Wirksamkeit<sup>16</sup>.

Bei den diversen medienwirksamen Bagatellkündigungen jüngerer Vergangenheit – der Verzehr bzw. die Mitnahme von Maultaschen<sup>17</sup>, von Brotaufstrich<sup>18</sup>, die Mitnahme eines Kinderreisebetts<sup>19</sup> sowie die unberechtigte Einlösung einer Essensmarke<sup>20</sup> seien

<sup>9</sup> BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 34 ff.

<sup>10</sup> BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47; BAG v. 13.12.1984 – 2 AZR 454/83, AP BGB § 626 Nr. 81 = NZA 1985, 1853.

<sup>11</sup> Stoffels, NJW 2011, 118, 121; Fischer, jurisPR-ArbR 48/2010 Anm. 1 spricht von „neuen Akzentsetzungen und Orientierungen“.

<sup>12</sup> Pressemitteilung Nr. 42/10 des BAG vom 10.6.2010; Kleinebrink, BB 2011, 2617.

<sup>13</sup> BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, AP BGB § 626 Nr. 229 = NZA 2010, 1227, Rn. 47.

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> Ebd.

<sup>16</sup> Stoffels, NJW 2011, 118.

<sup>17</sup> ArbG Lörrach v. 16.10.2009 – 4 Ca 248/09, BeckRS 2009, 73041, Rechtsstreit verglichen in der Berufungsinstanz LAG Baden-Württemberg am 30.3.2010 (9 Sa 75/09).

<sup>18</sup> LAG Hamm v. 18.9.2009 – 13 Sa 640/09, BB 2009, 2141.

<sup>19</sup> LAG Baden-Württemberg v. 10.2.2010 – 13 Sa 59/09, BeckRS 2010, 66411.

<sup>20</sup> ArbG Reutlingen v. 11.5.2010 – 2 Ca 601/09, AE 2011, 29.



hier neben „Emmely“ als weitere Schlagworte zu entsprechenden Kündigungsfällen genannt – wurde vor besagter Entscheidung des BAG von Seiten der Arbeitgeber durchweg die Ansicht vertreten, auch das Begehen eines geringfügigen Vermögensdelikts sei eine derart gravierende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, dass man das Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Redlichkeit des Arbeitnehmers vollständig verloren habe und eine weitere Zusammenarbeit daher nicht mehr zumutbar sei („*wer mich einmal bestohlen hat, dem kann ich auch in Zukunft nicht mehr vertrauen, dass er ehrlich ist*“<sup>21</sup>). Nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG muss die Beurteilung künftig der Prüfung standhalten, ob die Länge der beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers und das damit erarbeitete Guthaben an Vertrauen auf objektiverer Basis nicht zu einer anderen Bewertung des Sachverhalts führt.

Diese Folge aus dem „Emmely“-Urteil ist naheliegend und unmittelbar. Bezug nehmend auf die eingangs genannten Schlagzeilen stellt sich aber auch die Frage nach den weitergehenden Auswirkungen der Entscheidung. Insbesondere ist zu klären, inwieweit ein über Jahre aufgebautes „Vertrauenkapital“, unabhängig von Bagatellfällen, bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Kündigungen, die eine Störung im Vertrauensbereich zwischen den Arbeitsvertragsparteien zum Gegenstand haben, im Rahmen der Interessenabwägung künftig zu berücksichtigen ist. Dabei fällt das Augenmerk zwangsläufig schnell auch auf die sog. Verdachtskündigungen.

Von einer Verdachtskündigung spricht man, wenn eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zwar nicht nachweisbar ist, aber der dringende Tatverdacht einer solchen besteht und dem Arbeitgeber deshalb die weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar ist<sup>22</sup>. Die Verdachtskündigung beruht nämlich auf der im Gesetz nicht unmittelbar angelegten Vorstellung, dass bereits auf Grund von Verdachtsmomenten das für ein intaktes Arbeitsverhältnis unabdingbare Vertrauen des Arbeitgebers in die Zuverlässigkeit und Loyalität des Arbeitnehmers so sehr zerstört sein kann, dass die Basis für eine weitere vertragsgemäße Zusammenarbeit entfallen ist<sup>23</sup>. Dies kann insbesondere dann

---

<sup>21</sup> Eckert, BC 2010, 26.

<sup>22</sup> BAG v. 12.3.2009 – 2 ABR 24/08, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 59 = NZA-RR 2010, 180, 183; ErfK/Müller-Glöße, § 626 BGB, Rn. 174; KR/Fischermeier, § 626 BGB, Rn. 210.

<sup>23</sup> Belling, FS Kissel, S. 11 ff; Berkowsky, NZA-RR 2001, 449, 453.



der Fall sein, wenn der betroffene Arbeitnehmer dringend verdächtigt ist, Gesundheit, Eigentum, Besitz oder Vermögen des Arbeitgebers, von mit diesem in Geschäftsbeziehung stehenden Dritten (Kunden, Geschäftspartner, u. ä.) oder von Arbeitskollegen, aufs Spiel gesetzt oder geschädigt zu haben<sup>24</sup>. Bei der Verdachtskündigung ist es also allein der Verdacht, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses führt<sup>25</sup>. Grundlage für die Trennung ist auch hier die gravierende Störung oder gar der komplette Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer.

Im Fall „Emmely“ ist zwar die Kündigung ausdrücklich auf den Verdacht gestützt worden, die Arbeitnehmerin habe pflichtwidrig von Kunden zurückgelassene Pfandbons eingelöst, und dieser dringende Verdacht habe das Vertrauen des Arbeitgebers in die Arbeitnehmerin zerstört<sup>26</sup>. Doch da das LAG Berlin-Brandenburg bei seiner Beurteilung im Rahmen der Berufungsentscheidung von einer erwiesenen Tat ausgegangen war<sup>27</sup>, musste sich das BAG „lediglich“ mit der Frage auseinandersetzen, ob es diesen „Austausch“ der Kündigungsgründe billigt. Mit den besonderen Problemen der Verdachtskündigung musste sich das BAG nicht auseinandersetzen<sup>28</sup>. Dabei war im Zuge der öffentlichen Diskussion um „Emmely“ die Zulässigkeit von Verdachtskündigungen (wieder einmal) generell in Frage gestellt worden, untermauert gar von einem von der Bundestagsfraktion DIE LINKE geforderten gesetzlichen Verbot der Verdachtskündigung<sup>29</sup>.

Gleichwohl dürfte in Fällen, bei denen sich der Verdacht auf die Begehung eines geringwertigen Vermögensdelikts bezieht, die eben zitierte Entscheidung des BAG problemlos heranzuziehen sein, so dass im Rahmen der Interessenabwägung ein beanstandungsfreies langjähriges Arbeitsverhältnis für die Frage, ob das Vertrauensver-

---

<sup>24</sup> Berkowsky, NZA-RR 2001, 449, 453.

<sup>25</sup> BAG v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 42 = NZA-RR 2008, 344.

<sup>26</sup> Vgl. Keiser, JR 2010, 55.

<sup>27</sup> LAG Berlin-Brandenburg v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08, NZA-RR 2009, 188.

<sup>28</sup> Stoffels, NJW 2011, 118, 123.

<sup>29</sup> Vgl. BT-Drucksache 17/649, Antrag der Fraktion DIE LINKE, Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzungen bei Bagatelldelikten.



hältnis derart zerstört ist, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar ist, an Bedeutung gewinnen wird<sup>30</sup>. Fraglich ist jedoch, ob generell bei Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verdachtskündigungen eine lange, beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit im Rahmen der Interessenabwägung eine „neue“ zentrale Rolle spielt. Nämlich in der Weise, dass in diesen Fällen unter Anlegung des Maßstabs eines objektiven Betrachters die Prüfung zu erfolgen hat, ob das erworbene und aufgebaute Guthaben an Vertrauen einem durch den Verdacht einer Pflichtverletzung oder gar einer strafbaren Handlung begründeten kompletten Verbrauch bzw. dem Wegfall von Vertrauen entgegensteht.

Die Frage der Anwendbarkeit der Vertrauensabwägung seiner „Emmely“-Entscheidung auf Verdachtskündigungen generell hat das BAG bislang offen gelassen. Insoweit bleibt zu klären, inwieweit die Grundsätze des „Emmely“-Urteils auf die besondere Konstellation der Verdachtskündigung zu übertragen sind. Insbesondere muss hier das mögliche Spannungsverhältnis zwischen dem Wegfall des Vertrauens bzw. dem „Misstrauen“<sup>31</sup> auf der einen Seite und ggf. entstandenem „Vertrauenkapital“ auf der anderen Seite vor dem Hintergrund der Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens untersucht werden. Denn für die Praxis ist die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses für die Beurteilung, ob künftig bei bloßem Verdacht einer Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer eine Kündigung ausgesprochen werden kann, von entscheidender Bedeutung.

Damit einhergehen zahlreiche ungeklärte Fragen in Bezug auf das „Vertrauenkapital“:

- Wie ist die Sicht eines „objektiven Betrachters“ für die Beurteilung des „Vertrauenkapitals“ zu definieren<sup>32</sup>?
- Welche konkreten Voraussetzungen bzw. Anforderungen sind an die Annahme eines Aufbaus von „Vertrauenkapital“ zu stellen, sprich wann gelten Arbeitnehmer als „langjährig beschäftigt“ und was ist unter „beanstandungsfrei“ zu verstehen<sup>33</sup>?

<sup>30</sup> Vgl. Stoffels, NJW 2011, 118, 123.

<sup>31</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393, 394.

<sup>32</sup> Vgl. Tiedemann, ArbRB 2011, 93, 94.

<sup>33</sup> Vgl. Ebd.



- Kann ein Arbeitnehmer, der beispielsweise laufend Verbesserungsvorschläge einbringt oder sich ständig den betrieblichen Belangen fügsam unterwirft (Urlaubsplanung, Mehrarbeit etc.), schneller „Vertrauenkapital“ erwerben als ein Arbeitnehmer, der diesbezüglich unauffällig ist, sich aber gleichermaßen nichts zu Schulden kommen lässt?
- Kann ein Arbeitnehmer also aktiv den Aufbau seines „Vertrauenkapitals“ vorantreiben?
- Gleichermaßen muss aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmersicht gefragt werden, was dem Aufbau eines „Vertrauenkapitals“ entgegenstehen oder ihn sogar verhindern kann bzw. wie der Abbau von „Vertrauenkapital“ vor sich gehen kann<sup>34</sup>?

Weiter besteht für die Praxis zwingend Klärungsbedarf, ob Arbeitnehmer nach der „Emmely“-Entscheidung weiterhin die Entfernung einer sachlich zutreffenden Abmahnung aus der Personalakte allein wegen inzwischen verstrichener Zeit verlangen können<sup>35</sup> oder ob nicht vielmehr künftig bei formell rechtmäßiger und sachlich richtiger Abmahnung kein Entfernungsanspruch mehr bestehen kann<sup>36</sup>?

Wie erwähnt, musste das BAG im Fall „Emmely“ nicht zu den Besonderheiten der Verdachtskündigung Stellung nehmen. So fehlt es nach wie vor an einer dogmatischen Einordnung der Verdachtskündigung in das System der Kündigungsgründe durch das BAG. In einer jüngeren Entscheidung<sup>37</sup> hat das BAG aber mit der beiläufigen Aussage, wonach es sich bei einer Verdachtskündigung weder um einen verhaltens- noch um einen personenbedingten Kündigungsgrund handle, diese Frage indirekt wieder aufgerufen, eine weitere Einordnung aber nicht vorgenommen.

---

<sup>34</sup> Vgl. Kleinebrink, BB 2011, 2617.

<sup>35</sup> Vgl. Fuhlrott, ArbRAktuell 2010, 541; Ritter DB 2011, 175.

<sup>36</sup> Vgl. Novara/Knierim, NJW 2011, 1175.

<sup>37</sup> BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 = NZA 2014, 243, Rn. 34.

Im Verlauf seiner Rechtsprechung hat das BAG zwar die Voraussetzungen an die Wirksamkeit von Verdachtskündigungen immer wieder präzisiert<sup>38</sup>, doch sind einige Fragen noch nicht höchstrichterlich geklärt. Insbesondere ist für die Praxis nicht zufriedenstellend klargestellt, wie weit die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers geht, welche konkreten Anforderungen an eine Anhörung des Arbeitnehmers zu stellen sind, in welchen Fällen auf eine Anhörung verzichtet bzw. wie reagiert werden kann, wenn es zu Verzögerungen bei der Arbeitnehmeranhörung kommt<sup>39</sup>. Muss der Arbeitgeber beispielsweise dem Arbeitnehmer den Inhalt des bevorstehenden Anhörungsgesprächs im Vorhinein zwingend mitteilen? Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts bei der Anhörung<sup>40</sup>? Besteht eine diesbezügliche Hinweispflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer?

Die Klärung der Frage, inwieweit Arbeitgeber künftig bei der Entscheidung, ob sie einem Arbeitnehmer wegen des Verdachts einer Pflichtverletzung kündigen, mittels einer „objektivierten“ Sicht zu prüfen haben, ob nicht eine beanstandungsfreie langjährige Betriebszugehörigkeit bei der Interessenabwägung ausschlaggebend für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist, wäre für die Praxis äußerst hilfreich. Denn die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen zeigen, dass zwischen dem Kernelement der Verdachtskündigung, dem Vertrauenswegfall in die ungestörte weitere Zusammenarbeit auf Grund des Verdachts einer Pflichtverletzung, und der möglicherweise aus dem „Emmely“-Urteil abgeleiteten Anforderung an eine zu beachtende Vertrauensabwägung ein Spannungsverhältnis besteht, das zu Rechtsunsicherheit führen kann.

Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung die Voraussetzungen der Verdachtskündigung im Laufe der Jahre zwar weiterentwickelt hat, dennoch zahlreichen Fragen hier aber - wie gesehen - noch unbeantwortet sind, soll diese Arbeit dazu beitragen, durch die Einordnungen und Folgerungen mehr Klarheit in das „verminte“ Feld der

---

<sup>38</sup> S. zuletzt BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 49 (mit Anm. Walker) = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231; BAG v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = NZA 2009, 1136; BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG § 1 Nr. 90 = NZA 2009, 604; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 43 = NZA 2008, 809.

<sup>39</sup> Vgl. Mennemeyer/Dreymüller, NZA 2005, 382; Langner/Witt, DStR 2008, 825.

<sup>40</sup> LAG Hessen v. 1.8.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781; Lange/Vogel, DB 2010, 1066.





Verdachtskündigung zu bringen und somit gerade für den Praktiker eine Hilfestellung für mehr Rechtssicherheit bieten.

## II. Gang der Untersuchung

In Teil B. setzt sich die Arbeit, ausgehend von der Frage, ob und inwieweit dem Arbeitsverhältnis ein Vertrauensverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien zugrunde liegt, mit der Problematik auseinander, ob bei Zerstörung des Vertrauensverhältnisses grundsätzlich gekündigt werden kann und welche Rolle hierbei insbesondere die Rechtsfigur der Verdachtskündigung spielt.

Nach einer Skizzierung der historischen Entwicklung des Instituts der Verdachtskündigung durch die Rechtsprechung wird untersucht, wie es um ihre Zulässigkeit steht, ob und inwieweit die von den Kritikern gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung vorgebrachten Argumente zutreffend sind und die Verdachtskündigung tatsächlich vor dem „Aus“<sup>41</sup> steht. Darauf aufbauend wird die Rechtsnatur der Verdachtskündigung beleuchtet und zunächst die Verdachtskündigung von der sog. Tat Kündigung abgegrenzt, ehe eine Klärung des Verhältnisses zwischen außerordentlicher und ordentlicher Verdachtskündigung vorgenommen wird.

In Teil C. beschäftigt sich die Arbeit mit den Anforderungen an eine wirksame Verdachtskündigung. Dabei liegt der Fokus auf den zahlreichen Fragestellungen zum Vorliegen eines dringenden Tatverdachts einer schweren Pflichtverletzung und des sich daraus ergebenden Vertrauensverlusts sowie zur Erfüllung der den Arbeitgeber treffenden Aufklärungspflicht und der dazu erforderlichen Anhörung des Arbeitnehmers. Bei der Sachverhaltsaufklärung wird das Augenmerk insbesondere auf die datenschutz- und verfassungsrechtlichen Grenzen wie der Wahrung des Persönlichkeitsrechts, des Fernmeldegeheimnisses sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>42</sup> gelegt. Es wird untersucht, ob und inwieweit ein Überschreiten dieser Grenzen zu einem

---

<sup>41</sup> Vgl. Lunk, NJW 2010, 2753.

<sup>42</sup> Vgl. Eylert, NZA-RR 2014, 393, 400.



Beweisverwertungsverbot mit der möglichen Konsequenz der Unwirksamkeit der Kündigung führen kann.

Im Rahmen der Darstellung der Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Durchführung einer Arbeitnehmeranhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung wird erörtert, welche formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Einladung zu und an die Durchführung einer solchen Anhörung zu stellen sind. Insbesondere geht es hier um die Frage, ob der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts oder einer sonstigen Vertrauensperson hat und ob es eine diesbezügliche Hinweispflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer gibt. Ausführlich wird auf mögliche Reaktionen des Arbeitnehmers in Bezug auf die Anhörung und mögliche Verzögerungen bei der Durchführung der Anhörung eingegangen, besonders wegen der bei einer außerordentlichen Verdachtskündigung zu beachtenden zweiwöchigen Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB. Abschließend werden die Besonderheiten der Anhörung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung ebenso wie andere Rahmenbedingungen des Instituts beleuchtet (Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit der Kündigung etc.).

In Teil D. wird abschließend untersucht, inwieweit sich nach der „Emmely“-Entscheidung des BAG der für die Verdachtskündigung bislang allein maßgebliche Vertrauenswegfall nun einer Interessenabwägung und einer „objektivierenden“ Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Grund eines vom Arbeitnehmer über Jahre hinweg erworbenen „Vertrauenskapitals“ unterziehen muss. Hierbei werden zunächst die allgemeinen Anforderungen an die umfassende Interessenabwägung erörtert. Anschließend wird ausgehend von der „Emmely“-Entscheidung beleuchtet, was unter dem Begriff „Vertrauenskapital“ zu verstehen ist, wie ein solches aufgebaut bzw. wie sein Entstehen möglicherweise verhindert werden kann. Des Weiteren wird untersucht, ob der Arbeitnehmer zukünftig noch einen zeitbedingten Anspruch auf Entfernung einer formell rechtmäßigen und sachlich richtigen Abmahnung aus der Personalakte hat. Anschließend werden die Auswirkungen der Entscheidung auf die Verdachtskündigung beleuchtet, wobei hier insbesondere erörtert wird, wie das Spannungsfeld „Vertrauenswegfall“ vs. „Vertrauenskapital“



aufgeweicht werden kann. Hierbei wird auch die Daseinsberechtigung einer „Verdachtsabmahnung“<sup>43</sup> untersucht.

---

<sup>43</sup> Vgl. Ritter, NZA 2012, 19.



## B. Entwicklung und Einordnung der Verdachtskündigung

Im deutschen Arbeitsrecht unterliegt die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers zahlreichen Einschränkungen<sup>44</sup>. Diese ergeben sich in erster Linie aus den zu Gunsten des Arbeitnehmers einseitig zwingend ausgestalteten gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen, insbesondere im KSchG, MuSchG, BBiG, BBEG, SGB IX, sowie den Befristungsvorschriften des TzBfG<sup>45</sup>.

Das KSchG soll den Arbeitnehmer vor sozial nicht gerechtfertigten Kündigungen schützen. Findet es im jeweiligen Arbeitsverhältnis Anwendung, trägt der Arbeitgeber insofern gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, welche die ordentliche Kündigung des Arbeitgebers bedingen und sozial rechtfertigen<sup>46</sup>. Bei der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB fehlt es zwar an einer dementsprechenden gesetzlichen Regelung, doch auch hier obliegt dem Arbeitgeber, sofern er der Kündigende ist, grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für alle Elemente des wichtigen Grundes<sup>47</sup>.

Soweit der Arbeitgeber die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses damit begründet, der Arbeitnehmer habe eine schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung begangen, hat er also den Vollbeweis für eben jene Tat des Arbeitnehmers zu erbringen. Ob ihm dies im Streitfall im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens in allen Facetten zur vollen Überzeugung des Arbeitsgerichts gelingen wird, ist regelmäßig nicht vorhersehbar<sup>48</sup>. Dieses Prozessrisiko lässt sich aus Sicht des Arbeitgebers entscheidend vermindern, wenn die ordentliche bzw. außerordentliche Kündigung als sog. Verdachtskündigung ausgesprochen wird<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Vgl. Lembke, RdA 2013, 82.

<sup>45</sup> NomosKo ArbR/Boecken, § 105 GewO, Rn. 15.

<sup>46</sup> Lembke, RdA 2013, 82.

<sup>47</sup> HaKo/Gieseler, BGB § 626, Rn. 160.

<sup>48</sup> Lembke, RdA 2013, 82.

<sup>49</sup> Stoffels, S. 37, 39.