Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands
in Köln am 04.05.2015

Zur Ortstagung lud der Deutsche Arbeitsgerichtsverband am 04.05.2015 ins Haus des Arbeitgeberverbands der Metall- und Elektroindustrie in Köln ein. Hauptgeschäftsführer des Verbandes *Wolfgang Reß* begrüßte als Gastgeber rund 130 Teilnehmer, die Referentin des Abends, Richterin am Bundesarbeitsgericht *Stephanie Rachor, sowie* den Ehrenpräsidenten des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Professor *Dr. Dres. h.c. Peter Hanau* und den ehemaligen Leiter der Kölner Ortstagungen, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Köln a.D. *Dr. Heinz-Jürgen Kalb*. Anschließend übernahm Präsident des Landesarbeitsgerichts Köln *Dr. Jürgen vom Stein* als Tagungsleiter die Moderation, dankte dem Arbeitgeberverband der Metall- und Elektroindustrie für die Zurverfügungstellung der Räumlichkeiten, stellte sodann den Teilnehmern die Referentin anhand ihrer Vita näher vor und führte in das Thema der Veranstaltung ein.

Für das sehr praxisrelevante Thema „Die Verdachtskündigung – Aktuelle Entwicklungen im Kündigungsschutzrecht“ erwies sich Richterin am Bundesarbeitsgericht *Rachor* als Mitglied des Kündigungsschutzsenats als hervorragende Referentin. Anhand aktueller Entscheidungen – insbesondere des 2. Senats –skizzierte *Rachor* prägnant und gut verständlich die Rechtsprechungslinien des Bundesarbeitsgerichts zur Verdachtskündigung, insbesondere in Bezug auf die materiellen Voraussetzungen, die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB und prozessuale Probleme.

Hinsichtlich der *materiell-rechtlichen Voraussetzungen* erläuterte *Rachor* zunächst die Entscheidung vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 –, wonach eine Verdachtskündigung auch als ordentliche Kündigung sozial nur gerechtfertigt sei, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Die herausragende Bedeutung einer ordnungsgemäßen Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verdachtskündigung und als Ausdruck des Ultima-Ratio-Gedankens betonte *Rachor* bei der Darstellung der Entscheidung vom 24.05.2012 – 2 AZR 206/11 –, in der das Bundesarbeitsgericht betonte hatte, dass sich der Umfang der Anhörung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls richte.

Den Problemkreis „Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB“ beleuchtete *Rachor* zunächst unter Hinweis auf die Entscheidung vom 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12 –, in der das Bundesarbeitsgericht u.a. klarstellte, dass der mit der beabsichtigten Anhörung verbundene Fristaufschub nicht nachträglich entfalle, wenn der Arbeitgeber das ergebnislose Verstreichen der Frist zur Stellungnahme für den Arbeitnehmer zum Anlass nimmt, nunmehr auf dessen Anhörung zu verzichten. Geht es um ein strafbares Verhalten des Arbeitnehmers, dürfe der Arbeitgeber den Fort- und Ausgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens abwarten und abhängig davon in

dessen Verlauf zu einem nicht willkürlich gewählten Zeitpunkt kündigen (Urteil vom 22.11.2012 – 2 AZR 732/11); die Erhebung der öffentlichen Klage oder eine spätere Verurteilung seien Umstände, die den Verdacht oder die Überzeugung des Arbeitgebers verstärken könnten, so dass die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst mit deren Kenntnis zu laufen beginne.

Im Hinblick auf aktuelle Entscheidungen zur *Darlegungslast* bei der Verdachtskündigung verwies *Rachor* zunächst auf das Urteil vom 24.10.2012 – 2 AZR 700/11 –, wonach der wegen eines dringenden Tatverdachts kündigende Arbeitgeber Tatsachen darzulegen habe, die unmittelbar als solche den Schluss zulassen, der Arbeitnehmer sei eines bestimmten, die Kündigung rechtfertigenden Verhaltens dringend verdächtig. Zu diesem Zweck sei es ihm zwar unbenommen, sich Ermittlungsergebnisse der Strafverfolgungsbehörden zu Eigen zu machen und sie im Arbeitsgerichtsprozess – zumindest durch Bezugnahme – als eigene Behauptungen vorzutragen. Es genüge aber nicht, anstelle von unmittelbar verdachtsbegründenden Tatsachen lediglich den Umstand vorzutragen, auch die Strafverfolgungsbehörden gingen von einem Tatverdacht aus. Die bereits zitierte Entscheidung vom 24.05.2012 – 2 AZR 206/11 – befasste sich auch mit Fragen der Darlegungslast des wegen des Verdachts der Bestechlichkeit und der versuchten Erpressung außerordentlich gekündigten Arbeitnehmers und stellte klar, dass unsubstantiiertes Bestreiten ausreichend vorgetragener Verdachtsmomente nicht geeignet sei, den gegen den Arbeitnehmer bestehenden Verdacht zu entkräften. In der ebenfalls schon genannten Entscheidung vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 – habe das Bundesarbeitsgericht sich auch mit dem Verhältnis von Verdachts- und Tatkündigung befasst: Die Gerichte für Arbeitssachen seien auch dann nicht gehindert, die Wirksamkeit einer Kündigung unter dem Gesichtspunkt einer nachgewiesenen Tat zu überprüfen, wenn sich der Arbeitgeber für deren Begründung lediglich auf den Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens berufen habe; der Umstand, dass der Betriebsrat nur zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung gehört wurde, stehe einer Wirksamkeit der Kündigung wegen eines nachgewiesenen Pflichtenverstoßes nicht notwendig entgegen.

In einem weiteren Schwerpunkt ihres Vortrags befasste sich *Rachor* mit der Möglichkeit der *Berücksichtigung neuer Tatsachen* nach Ausspruch der Kündigung. So sei es möglich, auch später bekannt gewordenen Umstände zu berücksichtigen – zumindest wenn sie bei Kündigungszugang objektiv bereits vorgelegen hätten –, die den ursprünglichen Verdacht abschwächten oder verstärkten; daneben könnten selbst solche Tatsachen in den Prozess eingeführt werden, die den Verdacht eines eigenständigen – neuen – Kündigungsvorwurfs begründen würden. Voraussetzung sei, dass der neue Kündigungsgrund bei Ausspruch der Kündigung schon gegeben und dem Arbeitgeber nur noch nicht bekannt gewesen sei (Urteil vom 25.05.2013 – 2 AZR 102/12). Problematisch sei die Frage der Behandlung objektiv erst nachträglich eingetretener Umstände. Ungeachtet des Umstandes, dass es für die Beurteilung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ankomme, sei es nach Auffassung des 2. Senats möglich, nachträglich eingetretene Umstände zu berücksichtigen,

wenn diese Umstände die Vorgänge, die zur Kündigung geführt hätten, in einem neuen Licht erscheinen ließen (Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 644/13).

Einen weiteren Schwerpunkt des Vortrags bildete der Themenbereich *Datenschutz und Verwertungsverbote*. Zur Frage, ob es sich bei der Anhörung des Arbeitnehmers um eine nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG unzulässige Datenerhebung handele, wenn tatsächliche Anhaltspunkte, die den Verdacht begründeten, nicht dokumentiert worden seien, habe sich der 6. Senat in seiner bis dato nicht veröffentlichten Entscheidung vom 12.02.2015 – 6 AZR 845/13 – ebenfalls geäußert; zumindest habe er kein Verwertungsverbot angenommen. Mit der prozessualen Verwertung von Videoaufzeichnungen habe sich das Urteil vom 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 – ebenfalls befasst. Im konkreten Fall habe sich ein Verwertungsverbot aus einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin ergeben, der nicht durch überwiegende Beweisinteressen der Beklagten gerechtfertigt gewesen sei; auch bei der Verwertung von sog. „Zufallsfunden" müsse das Beweisinteresse des Arbeitgebers höher zu gewichten sein als das Interesse des Arbeitnehmers an der Achtung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, um eine Verwertung rechtfertigen zu können. In der Entscheidung vom 20.06.2013 – 2 AZR 546/12 – habe das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, dass der prozessualen Verwertung von Beweismitteln, die der Arbeitgeber aus einer in Abwesenheit und ohne Einwilligung des Arbeitnehmers durchgeführten Kontrolle von dessen Schrank erlangt habe, schon die Heimlichkeit der Durchsuchung entgegenstehen könne. Darin liege regelmäßig ein schwerer Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers.

Im Anschluss an den mit Applaus bedachten Vortrag eröffnete *vom Stein* den Diskussionsteil der Veranstaltung. Auf Nachfrage hob *Rachor* hervor, dass es im Rahmen der Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB vornehmlich darum gehe, unbilliges Zuwarten des Arbeitgebers bei der Sachverhaltsermittlung auszuschließen; dies sei in der Praxis jedoch selten erforderlich. Sodann wurde die Frage aufgeworfen, weshalb das Erfordernis der Anhörung nicht auf die Tatkündigung erstreckt werde; letztlich hänge es nur vom Wagemut bzw. der Vorsicht des Arbeitgebers ab, ob die durch ihn angestellten Nachforschungen zum Ausspruch einer Tat- oder nur einer Verdachtskündigung veranlassen würden. *Rachor* wies darauf hin, dass das richterrechtlich geschaffene Erfordernis der Anhörung Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Korrekturmechanismus bei dem im Falle der Verdachtskündigung ungleich schwereren Eingriff in die Arbeitnehmerposition erforderlich und diese Grundlage bei der Tatkündigung nicht gegeben sei. Schließlich sorgte die Frage der Berücksichtigung von Sachverhalten nach Ausspruch der Kündigung für weiteren Gesprächsstoff, insbesondere auch im Hinblick auf die dann zweifelhaft werdende Abgrenzung zum Wiedereinstellungsanspruch.

Im Anschluss an die interessante Diskussion, bei der viele Aspekte des Themas vertieft werden konnten, dankte *vom Stein* den Diskussionsteilnehmern und insbesondere der Referentin und bat alle Anwesenden, sich den Termin der nächsten Ortsta-

gung am 23.11 2015 vorzumerken, bei der Prof. Waltermann (Universität Bonn) – dann in den Räumlichkeiten des DGB in Köln - vortragen wird.

Zum Ausklang des „offiziellen Teils“ der Veranstaltung nahmen viele Teilnehmer die Gelegenheit wahr, den Gedankenaustausch in geselliger Runde bei einem (und auch einem zweiten) Glas Kölsch zu vertiefen.

Dr. Sebastian Neumann, Richter