

Dadurch, dass der EuGH keinen Unterschied macht zwischen den einzelnen Formen der Arbeit, ist erkennbar, dass die Mehrarbeit künftig wie reguläre Arbeits-

zeit zu vergüten ist. Diese bisher offene Frage hat der EuGH nun im Zusammenhang mit dem Entschädigungsanspruch geklärt. ■

Die Verdachtskündigung im öffentlichen Dienst

RA, FAArbR Dr. Klaus Pawlak und RA, FAArbR Michael Geißler, beide Ruge · Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Die Verdachtskündigung stellt gegenüber der Tatkündigung einen eigenständigen Kündigungsgrund dar und kommt auch im öffentlichen Dienst in Betracht, wenn der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw vertragswidrigen Verhaltens das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Die strengen Anforderungen der Rechtsprechung an die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung stellen Arbeitgeber in der Praxis immer wieder vor Probleme. Dieser Beitrag will mögliche Fehler vermeiden helfen.

I. Wichtiger Grund und Dringlichkeit des Verdachts

Aufgrund objektiver Tatsachen muss ein Sachverhalt vorliegen, der eine **schwere Pflichtverletzung** oder eine **Straftat** indiziert und bei dessen Vorliegen ein wichtiger Kündigungsgrund dergestalt besteht, dass jeder verständige und gerecht abwägende Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlasst würde (BAG, NZA 2008, 636). Zu prüfen ist an dieser Stelle also, ob die Tat – wäre sie bewiesen – eine entsprechende Tatkündigung rechtfertigen würde. Dabei wird es sich häufig um eine **außerordentliche Kündigung** handeln. In Betracht kommt aber ebenso eine ordentliche Kündigung, die gerade als **hilfsweise Kündigung** sinnvoll sein kann.

Der entsprechende **Verdacht** muss **dringend** sein. Bei kritischer Prüfung muss eine auf Indizien gestützte große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass eine Straftat bzw erhebliche Pflichtverletzung gerade von diesem Arbeitnehmer begangen wurde. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen dagegen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus. Die Verdachtsmomente müssen **schwerwiegend** sein und andere Personen dürfen als Täter nicht in Betracht kommen (BAG 29.11.2007 – 2 AZR 724/06; APS/Dörner, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 626 BGB Rn. 357).

Der Arbeitgeber kann sich bei der Frage, ob ein dringender Tatverdacht vorliegt, zwar grundsätzlich am **Ergebnis** eines öffentlichen **Ermittlungs- und Strafverfahrens** orientieren. Allerdings rechtfertigt die Erhebung einer Anklage allein eine Verdachtskündigung noch nicht. Andererseits muss der Arbeitgeber den Ausgang eines Strafverfahrens aber keinesfalls abwarten. Die Erhebung der öffentlichen Klage kann eine den Verdacht intensivierende Wirkung haben (BAG, NZA-RR 2008,

630) und damit Anknüpfungspunkt für den Ausspruch einer Kündigung sein.

Arbeitsgerichte sind dabei **nicht** an die Feststellungen der Staatsanwaltschaft bzw der Strafgerichte **gebunden**. Maßgeblich ist allein, ob objektiv ausreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Gekündigte mit großer Wahrscheinlichkeit der Täter ist (BAG, NZA 1992, 1121). Die Ergebnisse eines Strafverfahrens können jedoch nach allgemeinen Beweislastregeln im arbeitsgerichtlichen Verfahren verwertet werden. In der Praxis ist zu beobachten, dass die Arbeitsgerichte die strafgerichtlichen Feststellungen häufig übernehmen.

II. Anhörung des Arbeitnehmers zum Vorwurf

Der Arbeitgeber ist dazu verpflichtet, den verdächtigen Arbeitnehmer zu den Verdachtsmomenten anzuhören. Der **Umfang** der Anhörung richtet sich nach dem Einzelfall. Sie muss jedenfalls nicht den Anforderungen genügen, die an eine Anhörung des Personalrates nach § 79 III BPersVG gestellt werden. Die Anhörung muss sich aber auf einen greifbaren Sachverhalt beziehen. Der **Arbeitnehmer** muss die Möglichkeit haben, bestimmte Tatsachen zu bestreiten oder solche Tatsachen zu benennen, die den **Verdacht entkräften** (BAG, NZA 2008, 809). Vor diesem Hintergrund darf der Arbeitnehmer in einem Einladungsschreiben zur Anhörung nicht bewusst in die Irre geführt werden. Er muss zumindest erkennen können, dass es sich nicht nur um ein normales Arbeits- oder Personalgespräch handelt, sondern dass gegen ihn schwerwiegende Vorwürfe erhoben werden (LAG Berlin-Brandenburg 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10).

Die Anhörung bedarf zwar keiner bestimmten **Form**. Allerdings ist es regelmäßig empfehlenswert, ein persönliches Anhörungsgespräch durchzuführen und dessen Verlauf zu protokollieren. Sollte dies aufgrund von Krankheit oder Urlaubsabwesenheit des Arbeitnehmers nicht möglich sein, kann der Arbeitnehmer auch schriftlich angehört werden. Hierbei ist der zugrunde liegende Sachverhalt so detailliert wie möglich darzustellen.

Bei einer mündlichen Anhörung sollte dem Arbeitnehmer – sofern er dies ausdrücklich verlangt – die **Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts** gestattet werden (BAG, NZA 2008, 809). Der Arbeitgeber dürfte aber nicht verpflichtet sein, den Arbeitnehmer von sich aus darauf hinzuweisen, dass ihm dieses Recht zusteht.

III. Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist

Gerade beim Verdacht schwerer Pflichtverletzung oder Straftaten wird regelmäßig eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. Gemäß § 626 II BGB kann die **fristlose Kündigung** aus wichtigem Grund nur **innerhalb von zwei Wochen** erfolgen. Die Frist beginnt dabei mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis erlangt, die ihm eine Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht.

1. Maßgeblicher Personenkreis

Entscheidend kommt es auf die Kenntnis derjenigen Person an, der selbst das Recht zum Ausspruch zur Kündigung zusteht. **Kündigungsberechtigt** sind vor allem die Mitglieder der Organe von juristischen Personen und Körperschaften. Neben diesen gehören zu den Kündigungsberechtigten auch diejenigen Mitarbeiter, denen der Arbeitgeber das Recht zur Kündigung übertragen hat. Im öffentlichen Dienst können folgende Personen und Gremien – ohne Anspruch auf Vollständigkeit oder Allgemeingültigkeit – kündigungsberechtigt sein:

- für die Dienststelle der jeweilige **Dienststellenleiter** bzw bei dessen Verhinderung der ständige Vertreter (§ 7 BPersVG);
- **Personalleiter**, die zum Ausspruch von Kündigungen berechtigt sind;
- bei einer juristischen Person des Privatrechts (zB Verein, GmbH, AG) **Mitglieder des Vorstands** oder **Geschäftsführer**;
- bei einer Gemeinde das nach der Gemeindeordnung zuständige Organ, also in der Regel der **Stadt- oder Gemeinderat** bzw ein für Personalangelegenheiten eingerichteter Ausschuss.

2. Hemmung der Frist

Die Zwei-Wochen-Frist beginnt erst, wenn der Kündigungsberechtigte **Kenntnis von allen relevanten Umständen** hat, die für und gegen die Kündigung sprechen.

Fristhemmend wirkt insoweit die **Anhörung** des verdächtigen Arbeitnehmers. Dies trifft nach – bestrittener – Auffassung des BAG allerdings nur dann zu, wenn die Anhörung innerhalb einer Woche nach Kenntnis des Arbeitgebers vom möglicherweise kündigungsrelevanten Vorfall durchgeführt wird. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur möglich, wenn dies aus sachlich erheblichen, verständigen Gründen erforderlich ist, etwa wenn der Arbeitgeber nicht in der Lage ist, den Sachverhalt trotz ausreichender eigener Bemühungen innerhalb einer Woche so gründlich aufzuarbeiten, dass eine **substantiierte Anhörung** durchgeführt werden kann (BAG, NZA 1994, 409; aA ErfK/Müller-Glöge, 11. Aufl. 2011, § 626 BGB Rn. 178). Im Zweifel kann ein Arbeitnehmer aber durchaus auch mehrfach während laufender Ermittlungen angehört werden.

Fristhemmend wirkt darüber hinaus die **Entscheidung, Ermittlungen** der Staatsanwaltschaft oder der Gerichte für Strafsachen **abzuwarten**. Auch die Ergebnisse intern durchgeführter Ermittlungen, etwa durch Wirtschaftsprüfer, oder eigene Ermittlungen können abgewartet werden. Allerdings müssen diese zügig durchgeführt werden. Zudem sollte das eigene Vorgehen möglichst vollständig dokumentiert werden, damit in einem späteren Prozess vorgetragen werden kann, welche Ermittlungsschritte zu welchem Zeitpunkt vorgenommen wurden und zu welchen Ergebnissen führten.

Im Übrigen besteht im öffentlichen Dienst gemäß § 14 EGGVG in Verbindung mit Nr. 16 der Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra) eine Verpflichtung der **Strafverfolgungsorgane** zur **Unterrichtung des Arbeitgebers** über Strafverfahren wegen Verbrechen oder über Vergehen, bei denen der Tatvorwurf auf eine Verletzung von dienstlichen Pflichten schließen lässt oder der geeignet ist, Zweifel an Eignung oder Zuverlässigkeit des Beschäftigten hervorzurufen. Diese Unterrichtung hat unter anderem den Zweck, die Entscheidung über den Ausspruch von Kündigungen zu ermöglichen. Damit stellt der Zugang einer solchen Mitteilung einen möglichen Zeitpunkt des Beginns der Zwei-Wochen-Frist dar.

3. Überwachung der Frist

Insbesondere in größeren Unternehmen und Dienststellen mit einer Vielzahl arbeitsrechtlicher Vorgänge muss unbedingt dafür Sorge getroffen werden, dass die Wahrung der Zwei-Wochen-Frist eingehalten wird. Da unter Umständen auch das abschließende Ergebnis eines Strafverfahrens abgewartet werden kann, steht mitunter eine Hemmung der Zwei-Wochen-Frist im Raum. Gerade in diesem Fall empfiehlt es sich, eine Person zu bestimmen, die den weiteren Gang der Ermittlungen für das Entscheidungsgremium verfolgt, sodass das Gremium auf einer ggf neuen Tatsachenbasis darüber entscheiden kann, ob neue Informationen eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Soll es zum Ausspruch einer Verdachtskündigung kommen, sollte der betroffene Arbeitnehmer zuvor zu den neuen Erkenntnissen angehört werden. Im Falle einer Tat Kündigung besteht dieses Erfordernis nicht. Allerdings wird in der Regel der Ausspruch einer hilfsweisen Verdachtskündigung ratsam sein.

IV. Beteiligung von Personalrat und Integrationsamt

Vor jeder außerordentlichen Kündigung ist der Personalrat gemäß § 79 III BPersVG anzuhören. Hat der Personalrat gegen die Kündigung **Bedenken**, so hat er diese dem Dienststellenleiter unter Angabe der Gründe spätestens **innerhalb von drei Tagen schriftlich** mitzuteilen. Unbedingt zu beachten ist, dass das Beteiligungsverfahren keinen Einfluss auf den Lauf der Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB hat. Die Anhörung des Personalrats wirkt also **nicht fristhemmend**. Zudem ist zu beachten, dass die unterschiedlichen Landespersonalvertretungsgesetze unterschiedliche Anforderungen an die Perso-

nalratsbeteiligung stellen. So ist in vielen Fällen auch die Zustimmung des Personalrats zum Ausspruch einer (insbesondere ordentlichen) Kündigung erforderlich, zB nach § 87 I Nr. 14 HmbPersVG.

Bei der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen muss der Arbeitgeber gemäß §§ 91, 85 SGB IX zudem die **Zustimmung des Integrationsamts** zur Kündigung einholen. Dem Arbeitgeber steht für den entsprechenden Antrag gemäß § 91 II SGB IX lediglich eine **Frist von zwei Wochen** zur Verfügung. Das Integrationsamt muss innerhalb von zwei Wochen nach dem Antrag eine Entscheidung treffen; andernfalls gilt die Zustimmung gemäß § 91 III 2 SGB IX als erteilt. Da es dem Arbeitgeber in der Vielzahl der Fälle unmöglich wäre, die Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB einzuhalten und zugleich das Integrationsamt zu beteiligen, bestimmt § 91 V SGB IX, dass die außerordentliche Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 II BGB erfolgen kann, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird – also ohne schuldhaftes Zögern innerhalb weniger Tage.

Dem Arbeitgeber steht es frei, den Personalrat vor, während oder nach Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes zu beteiligen.

Praxistipp: Die Beteiligung von Personalrat und Integrationsamt unter Berücksichtigung aller gesetzlichen Ausschlussfristen könnte nach alledem folgendermaßen durchgeführt werden: Nachdem der Kündigungsberechtigte Kenntnis von den entsprechenden Verdachtsmomenten erhalten hat, muss zunächst – spätestens innerhalb einer Woche – der betreffende Arbeitnehmer angehört werden. Im nächsten Schritt wird innerhalb von zwei Wochen, gerechnet ab Kenntniserlangung, das Integrationsamt eingeschaltet (§ 91 II SGB IX). Unverzüglich nach Bekanntgabe der Zustimmungserteilung wird der Personalrat zur außerordentlichen (Verdachts-) Kündigung angehört (§ 79 III BPersVG). Unverzüglich nach Eingang von dessen Stellungnahme bzw nach Ablauf der entsprechenden Äußerungsfrist von drei Tagen wird sodann die außerordentliche Kündigung ausgesprochen (§ 626 II BGB). Für das gesamte Verfahren ist somit regelmäßig ein Zeitraum von ca vier Wochen einzuplanen (vgl. *Trenk-Hinterberger* in: Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Auflage 2010, § 91 SGB IX Rn. 44).

V. „Emmely“ – das Verhältnis von Verdachtskündigung und Tat Kündigung

Das in vielerlei Hinsicht bemerkenswerte Urteil des Bundesarbeitsgerichts im Fall „Emmely“ (BAG, NZA 2010, 1227) enthält auch eine prozessual bedeutsame

Aussage. Nach Ansicht des 2. Senats steht es der Annahme einer Tat Kündigung durch das erkennende Gericht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber zuvor den Betriebsrat (bzw Personalrat) ausschließlich zu einer außerordentlichen Verdachtskündigung angehört hat. Zwar stelle der Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (so). Beide Gründe stünden jedoch nicht beziehungslos nebeneinander.

Praxistipp: Selbst wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmervertretung lediglich zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung angehört hat, schließt dies die gerichtliche Anerkennung einer nachgewiesenen Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund jedenfalls dann nicht aus, wenn der Arbeitnehmervertretung alle Tatsachen mitgeteilt worden sind, die – ggf auch im Rahmen des Nachschiebens von Kündigungsgründen – nicht nur den Verdacht, sondern den Tatvorwurf selbst begründen. Dies gilt allerdings nicht im umgekehrten Fall, in dem nur zu einer Tat Kündigung angehört worden ist.

VI. Fazit und Praxistipps

Angesichts der von der Rechtsprechung aufgestellten hohen Anforderungen an die Wirksamkeit der Verdachtskündigung sollten in jedem Fall folgende Praxistipps Beachtung finden:

- Es empfiehlt sich, stets eine **Tat Kündigung** und **hilfsweise** zugleich eine **Verdachtskündigung** auszusprechen, um das Risiko auszuschließen, dass bestimmte Umstände nicht bewiesen werden können;
- Die **Arbeitnehmervertretung** ist ebenfalls stets zu einer Tat- und hilfsweise zu einer Verdachtskündigung **anzuhören**;
- Falls eine Verdachtskündigung, die vor Abschluss eines Strafverfahrens ausgesprochen wurde, gerichtlich für unwirksam erklärt wird, kann es sinnvoll sein, innerhalb von zwei Wochen **nach Abschluss eines Strafverfahrens** noch eine **Tat Kündigung** auszusprechen, sofern eine Verurteilung durch die Strafgerichte tatsächlich erfolgt; die entsprechende außerordentliche Tat Kündigung ist dann nicht gemäß § 626 II BGB ausgeschlossen, da an die Kenntnis von der Verurteilung anzuknüpfen ist und somit ein neuer Kündigungssachverhalt vorliegt (BAG, NZA 1992, 1121).

In jedem Fall ist darauf zu achten, die besonders kurzen Fristen zur Anhörung des Arbeitnehmers, zur Beteiligung von Personalrat und Integrationsamt sowie zur eigentlichen Erklärung der außerordentlichen Verdachtskündigung im Auge zu behalten. ■