Moot-Court-Wettbewerb 2009/2010
des Bundesarbeitsgerichts

Lösungshinweise

1. Fallvariante

I. Formalien

Die dreiwöchige Klagefrist (§ 4 KSchG, hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung iVm. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG) ist eingehalten und deshalb nicht zu problematisieren.

Auch die Formalien der Kündigung sind eingehalten und deshalb nicht zu problematisieren. Sie erfolgte schriftlich (§ 623 BGB) durch den Geschäftsführer als vertretungsberechtigtes Organ der als GmbH organisierten Arbeitgeberin (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbH-Gesetz). Sogar die Kündigungsgründe sind genannt, obwohl das nicht verlangt ist (§ 626 Abs. 2 Satz 3 BGB). Die Belehrungspflicht nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III ist eingehalten.

II. Außerordentliche Kündigung

1. Unterscheidung Tatkündigung/Verdachtskündigung

Herauszuarbeiten ist der vom BAG entwickelte Unterschied zwischen einer Kündigung wegen eines erwiesenen zur Kündigung berechtigenden Sachverhaltes – Tatkündigung - und einer Kündigung gerade wegen des Verdachts eines strafbaren oder vertragswidrigen Verhaltens und des wegen dieses Verdachts zerstörten Vertrauensverhältnisses – Verdachtskündigung-.
vgl. z.B. BAG 13.3.2008 – 2 AZR 961/06 –

Die Unterscheidung ist nicht nur materiellrechtlich, sondern auch hinsichtlich der Betriebsratsanhörung von Bedeutung. Auch insoweit liegen unterschiedliche Kündigungsgründe vor.
BAG 23.4.2008 – 2 ABR 71/07 -

2. Ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG?

a) Grundsätzliche Unterscheidungen

Zu unterscheiden ist die Frage, ob – was Gültigkeitsvoraussetzung für die Kündigung ist (vgl. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG) – das Verfahren der Anhörung des Betriebsrats ordnungsgemäß war von der Frage, ob der Betriebsrat mit dem jeweiligen Grund Tat- oder Verdachtskündigung befasst war und deshalb hinsichtlich des jeweiligen Grundes die Voraussetzungen dafür vorlagen, sich auf den Kündigungsgrund zu berufen und ihn in das Verfahren einzuführen.
vgl. BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07 -

b) Ordnungsgemäße Anhörung nach § 102 BetrVG

Von Klägerseite ist hier nicht zu problematisieren, von Beklagtenseite sind die maßgeblichen Punkte allenfalls zu streifen:

aa) Anhörungsverfahren des Arbeitgebers

Die Anhörung ist hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung ersichtlich vollständig, auch hinsichtlich der Sozialdaten, und richtig. Soweit teilweise Wissen des Betriebsrats zugrunde gelegt wird – örtliche Verhältnisse und, wenngleich nicht ausdrücklich, Preis der Ware im Einzelhandel – so ist dies ohne weiteres zulässig: Was der Betriebsrat weiß muss nicht wiederholt werden.
BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07 –

bb) Verfahren des Betriebsrates

Das Verfahren der Beschlussfassung durch den Betriebsrat ist ersichtlich in Ordnung, so dass es auf die Frage ob und inwieweit sich mögliche Fehler im Bereich des Betriebsrats auf die Wirksamkeit der Kündigung überhaupt auswirken könnten nicht ankommt. Dieser Aspekt ist nicht zu problematisieren.

cc) Ausspruch der Kündigung

Insoweit ist nichts zu problematisieren: Die Beklagte hat hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung nicht nur die Stellungnahme des Betriebsrats abgewartet, sondern auch die Drei-Tage-Frist nach § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG eingehalten.

3. Zur Prüfung der Voraussetzungen einer Tatkündigung

a) Zulässige Einbringung des Kündigungsgrundes "Tatkündigung"/Anhörungserfordernis?

Der Einbringung des Kündigungsgrundes "Tat" im Hinblick auf die Entwendung steht nicht die mangelnde Befassung des Betriebsrats entgegen. Unerheblich ist an dieser Stelle inwieweit die Beklagte den Betriebsrat überhaupt oder sogar nur aufgrund eines Verdachts anhören wollte. Selbst wenn man letzteres annähme, wäre die Betriebsratsanhörung auch wegen der Tatkündigung ausreichend.
BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07 –

Dass mit der Begründung im Kündigungsschreiben eine Kündigung ausgeschlossen werden sollte, wenn nicht nur der Verdacht besteht, sondern die Tat sogar erwiesen ist, ist ausgeschlossen und sollte gar nicht erst in das Verfahren eingeführt werden.
BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07 –

Eine Anhörung des Arbeitnehmers ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die Tatkündigung.
BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07 –

b) Sonstige Voraussetzungen

aa) Könnte der Tatvorwurf die Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB tragen?

(1) Die Regelung lautet:

"Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann."

Das bedeutet: Die erforderliche Überprüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund darstellt, vollzieht sich zweistufig: Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter

Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht.
st. Rspr., etwa BAG 7. 7. 2005 - 2 AZR 581/04 - BAGE 115, 195 mwN.

Zu prüfen ist schließlich, ob der Kündigung nicht eine Abmahnung vorausgehen muss. Das folgt aus dem Prognoseprinzip – ohne Abmahnung keine negative Prognose und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Abmahnung als milderes Mittel (vgl. § 314 Abs. 2 BGB).
BAG 26.6.2008 – 2 AZR 190/07 -

(2) Grund an sich

Ist nach der Rechtsprechung des BAG gegeben:

So heißt es im *Urteil vom 12.8.1999 – 2 AZR 923/98* –, das die Unterschlagung von Waren im Wert von 19,95 DM, also jetzt 10,20 Euro, betrifft, wie folgt:

> *"Im Ansatz zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, Eigentums- oder Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers seien grundsätzlich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu stützen. Das heißt: solche Delikte stellen an sich einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Das gilt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ("Art und Menge sowie Geringwertigkeit der Gegenstände", "nicht ausreichend schwerwiegende kriminelle Energie bzw. Schwere der strafbaren Handlung", "wertmäßig geringer zu bewertender Schinken", "qualitativ anderes Gewicht") auch für den Diebstahl oder die Unterschlagung von Sachen mit nur geringem Wert (Senatsurteile vom 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/83 - AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, zu II 1 der Gründe (Verzehr eines Stücks Bienenstich); vom 20. September 1984 - 2 AZR 633/82 - AP Nr. 80 zu § 626 BGB, zu I 3 der Gründe (Entwendung dreier Kiwi-Früchte in einem anderen Warenhaus des Arbeitgebers); vom 13. Dezember 1984 - 2 AZR 454/83 - AP Nr. 81 zu § 626 BGB, zu III 2 der Gründe (Diebstahl einer umstrittenen Menge Dieselkraftstoffs); vom 3. April 1986 - 2 AZR 324/85 - AP Nr. 18 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, zu I 1 der Gründe (zum Verdacht der Entwendung eines Lippenstifts); vom 16. Oktober 1986 - 2 AZR 695/85 - RzK I 6 d Nr. 5, zu I 2 der Gründe (Entwendung zweier Päckchen Tabak); vom 2. April 1987 - 2 AZR 204/86 - RzK I 6 d Nr. 7, zu II 2 der Gründe (Mitnahme eines Liters Sahne im Wert von 4,80 DM); Senatsbeschluß vom 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - AP Nr. 42 zu § 15*

KSchG 1969, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B II 2 a der Gründe (Verkauf von Metallschrott)).

Die entgegenstehende Ansicht, wonach der Diebstahl oder die Unterschlagung geringwertiger Sachen bereits nicht die Schwelle des wichtigen Grundes erreicht (ArbG Reutlingen Urteil vom 4. Juni 1996 - 1 Ca 73/96 - RzK I 6 d Nr. 12 (Diebstahl von zwei Bechern Joghurt); Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Rz 1137; HK-KSchG/Dorndorf, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 834; MünchKomm-Schwerdtner, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 126 bis 129) teilt der Senat nicht. Das von Schwerdtner (aaO, Rz 129; dazu auch Gerhards, BB 1996, 794, 796) angesprochene Ungleichgewicht zwischen der Störung der Hauptleistungspflicht durch Arbeitsverweigerung, die beharrlich sein muß, um einen wichtigen Grund bilden zu können, und der Verletzung der Nebenpflicht, Eigentum und Vermögen des Arbeitgebers zu wahren, besteht in Wirklichkeit nicht. Während sich ein Arbeitnehmer auch irrtümlich für berechtigt halten kann, die Arbeit zu verweigern, und gerade aus diesem Grunde das Moment des bewußten und nachhaltigen Handelns hinzutreten muß, setzen die Tatbestände des Diebstahls und der Unterschlagung Rechtswidrigkeit sowie Vorsatz voraus und sind strafbewehrt. Dem Arbeitnehmer muß die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens folglich bewußt sein. Aufgrund der durch den Arbeitsvertrag begründeten Nebenpflicht zur Loyalität hat er auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Diese Verpflichtung beinhaltet zugleich das Verbot, den Arbeitgeber rechtswidrig und vorsätzlich durch eine Straftat zu schädigen (Oetker, Anm. zum Senatsurteil vom 20. September 1984 - 2 AZR 633/82 - SAE 1985, 171, 175). Der Arbeitnehmer bricht durch die Eigentumsverletzung unabhängig vom Wert des Schadens in erheblicher Weise das Vertrauen des Arbeitgebers (Tschöpe, NZA 1985, 588, 589). Weiter widerspricht es der der Rechtssicherheit dienenden systematischen Zweiteilung des § 626 Abs. 1 BGB in den wichtigen Grund an sich und die nachfolgende Zumutbarkeitsprüfung unter Interessenabwägung, wenn rechtswidrigen und vorsätzlichen Verletzungen des Eigentums oder Vermögens des Arbeitgebers von vornherein die Eignung für eine außerordentliche Kündigung abgesprochen wird, weil die Schädigung des Arbeitgebers geringfügig ist. Um Geringfügigkeit zu bejahen, ist eine Wertung erforderlich, was dafür spricht, die Schadenshöhe der Zumutbarkeitsprüfung im Rahmen der Interessenabwägung zuzuordnen. Der Umfang des dem Arbeitgeber zugefügten Schadens kann vor allem im Hinblick auf die Stellung des Arbeitnehmers, die Art des entwendeten Guts und die besonderen Verhältnisse des Betriebs unterschiedliches Gewicht für die Beurteilung der Zumutbarkeit des Pflichtverstoßes aufweisen. Objektive Kriterien für eine allein am Wert des entwendeten Gegenstandes ausgerichtete Abgrenzung in ein

für eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich geeignetes und ein nicht geeignetes Verhalten lassen sich nicht aufstellen (zu allem Senatsurteil vom 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/83 -, aaO, zu II 1 b der Gründe). Die weitaus überwiegende Literaturmeinung teilt die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, daß grundsätzlich auch der Diebstahl oder die Unterschlagung geringwertiger Sachen als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung in Betracht kommen (vgl. etwa Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 3. Aufl., § 21 Rz 122 bis 125; Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 12. Aufl., § 1 Rz 353; Knorr/Bichlmeier/Kremhelmer, Handbuch des Kündigungsrechts, 4. Aufl., Abschnitt 6 Rz 72 f.; Löwisch, KSchG, 7. Aufl., § 1 Rz 148 f.; KR-Fischermeier, 5. Aufl., § 626 BGB Rz 445; unklar Stahlhacke/Preis/ Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 7. Aufl., Rz 563 f.)."

Schon der fragwürdige Umgang mit Eigentum des Arbeitgebers stellt auch nach der aktuellen Rechtsprechung einen solchen Grund dar.
vgl. BAG 27.4.2006 – 2 AZR 415/05 –

Allerdings wird in der Literatur gefordert, dann, wenn die Geringwertigkeitsgrenze nach § 248a StGB von -nach überwiegender Praxis der Strafgerichte 50,00 Euro- nicht überschritten ist, "regelmäßig" die Unwirksamkeit von Kündigungen anzunehmen.
Klueß NZA 2009, 337 ff.
zur Gegenauffassung z.B. Walker NZA 2009, 921, 924 f.

Die Vorschrift lautet:

"§ 248a Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen
Der Diebstahl und die Unterschlagung geringwertiger Sachen werden in den Fällen der §§ 242 und 246 nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält."

Die Argumente sind insoweit

- für Kläger und Bagatellgrenze:
Darin liegt eine – nach den Nachweisen bei *Klueß* in der Disziplinarrechtssprechung weitgehend im Ergebnis zugrunde gelegte – gesetzliche Wertung, die auch im Arbeitsverhältnis durchschlagen sollte.

- für Beklagte und gegen Bagatellgrenze:
    - § 248a StGB stellt nur eine Strafantragsregelung dar. Der Strafantrag hängt aber gerade vom Geschädigten – hier Arbeitgeber – ab.
    - Eine feste Bagatellgrenze würde als Diebstahlserlaubnis im Arbeitsverhältnis wirken.
    - Beamtenrecht ist wegen seines anderen Rechtscharakters nicht übertragbar.

Einzelfallbezogen wäre hier zudem zu problematisieren, ob wegen des hohen Einzelhandelsverkaufspreises überhaupt ein Bagatellfall vorliegt.

(3) Abmahnungserfordernis

Eine Abmahnung ist grundsätzlich erforderlich, auch im "Vertrauensbereich", aber nicht wenn der Arbeitnehmer davon ausgehen musste, sein Verhalten sei vertragswidrig und werde den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden.
BAG 12.8.1999 – 2 AZR 923/98 –

Dass danach hier eine Abmahnung entbehrlich ist, kann kaum bezweifelt werden. Die Klägerseite sollte diesen Punkt nicht ansprechen, die Beklagtenseite nur kurz.

(4) Interessenabwägung

Abzustellen ist darauf, ob eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist. Das sind hier drei Monate zum Monatsende - § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB.
Grundsätzlich sind alle Umstände einzubeziehen, insbesondere:

- Dauer der beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit (besondere Bedeutung)
- Wiederholungsgefahr
- besondere Verwerflichkeit
- ggf. auch Unterhaltspflichten

BAG 27.4.2006 – 2 AZR 415/05 –

- Lebensalter

BAG 26.3.2009 – 2 AZR 953/07 –

Jedoch kann es selbst bei langer Betriebszugehörigkeit durchschlagen, wenn dem Arbeitnehmer Sachen der fraglichen Art anvertraut sind und es durch die Tat zu einem irreparablen Vertrauensverlust gekommen ist
BAG 12.8.1999 – 2 AZR 923/98 –

Hier wäre zu argumentieren:

- für Kläger:
    - Lebensalter über 53 Jahre, also hohes Arbeitsmarktrisiko
    - immerhin nicht ganz kurze Betriebszugehörigkeit
- für Beklagte:
    - Kläger ist für ordnungsgemäßen Umgang mit abgefüllten Spirituosen verantwortlich (Kernbereich des Arbeitsverhältnisses)
    - Vertrauensverlust

bb) Kann tatsächlich von einem Diebstahl des Klägers ausgegangen werden ?

(1) Verwertungsverbot der bei der Taschenkontrolle erworbenen Kenntnisse

Davon dass die Voraussetzungen der Taschenkontrolle mitbestimmungspflichtig sind, geht die Rechtsprechung aus.
BAG 12.8.1999 – 2 AZR 923/98 –

Dieses Mitbestimmungsrecht wurde durch die Arbeitsordnung, die aufgrund Unterzeichnung durch die Betriebsparteien als Betriebsvereinbarung zu werten ist (§ 77 Abs. 2 BetrVG), gewahrt. Verstößt jedoch die Taschenkontrolle gegen diese BV verhält sich der Arbeitgeber betriebsverfassungswidrig, weil er verpflichtet ist, Betriebsvereinbarungen durchzuführen (§ 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG), worauf der Betriebsrat Anspruch hat – Durchführungsanspruch.
BAG 29.4.2004 – 1 ABR 30/02 –

Die Torkontrolle widerspricht dem Wortlaut der Betriebsvereinbarung, allenfalls könnte von Beklagtenseite eine einschränkende Auslegung für den Fall, dass – wie hier – ein Betriebsratsmitglied betroffen sein könnte, angeführt werden. Dagegen wäre klägerseitig anzuführen, dass dieser Fall ohne weiteres hätte ausdrücklich geregelt werden können.

Fraglich ist, ob diese Verletzung dazu führt, dass die Informationen nicht verwertbar sind. Das BAG prüft und verneint dies unter dem Gesichtspunkt von Beweisverwertungsverboten

und lässt Ausnahmen nur zu wenn unabhängig von den Verstößen gegen das Betriebsverfassungsrecht schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorliegen. Ein Verwertungsverbot komme nur in Betracht, wenn ein perpetuierter Verstoß gegen die Rechtsposition der anderen Prozesspartei vorliege.
BAG 13.12.2007 – 2 AZR 537/06 –

Dagegen wäre klägerseitig einzuwenden:

- Das Verwertungsverbot dient nicht, zumindest nicht in erster Linie, dem Schutz der anderen Prozesspartei, sondern dem Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Position des Betriebsrats, der einen Anspruch auf Einhaltung von Betriebsvereinbarungen hat und diesen hier gegenüber dem Arbeitgeber auch geltend gemacht hat.
  darauf stellt teilweise ab: BAG 27.3.2003 – 2 AZR 51/02 –
  Der Verstoß wird durch die Verwertung im Prozess praktisch perpetuiert.
  Kittner/Zwanziger-Zwanziger, Handbuch Arbeitsrecht, § 147 Rn. 46

- Im Übrigen wäre auch zu erwägen, ob eine durch betriebsverfassungswidriges Verhalten des Arbeitgebers ermöglichte Kündigung nicht materiell rechtswidrig ist, weil er sich in Ausnutzung der rechtswidrig erlangten Informationen durch die Kündigung rechtswidrig verhält.

(2) Steht Tat fest?

Hier geht es um einen Indizienbeweis: Aus den aufgeklärten Umständen, die für sich nicht unmittelbar rechtserheblich sind, soll auf die rechtserhebliche Tatsache – hier Entwendung der Flasche Goldwasser - geschlossen werden. Nur wenn ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit besteht, kann der Schluss gezogen werden.
BAG 19.2.1997 – 5 AZR 747/93 –

Dagegen kommt ersichtlich ein Anscheinsbeweis – Schluss vom entwendeten Gut in der Tasche auf den Eigentümer der Tasche als Entwender – mit der Folge dass es nunmehr der anderen Seite obläge, die Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufes zu beweisen, nicht in Betracht. Die würde einen typischen Geschehensablauf voraussetzen, der hier in dieser Allgemeinheit aber nicht angenommen werden kann.
zur Struktur des Anscheinsbeweises: BGH 30.9.1993 – IX ZR 73/93 –

Es kommt deshalb konkret auf die Wertung der Indizien an. Lässt sich nicht aufklären, ob Flaschmann die Ware tatsächlich entwendet hat, geht dies zu Lasten der Beklagten, die die Beweislast trägt.
BAG 28.8.2008 – 2 AZR 15/07 –

Es wäre zu argumentieren:
Beklagte:

- Die Ware wurde in seiner Tasche gefunden.
- Er hätte beim Transportieren das Gewicht merken müssen.
- Es ist unwahrscheinlich, dass Arbeitskollegen eine derartige Gemeinheit – Ware in die Tasche tun - gegenüber jemand anderem begehen.

Kläger:

- Nach der Arbeit fällt nicht unbedingt auf, wenn eine unförmige Tasche etwas schwerer ist.
- Seine Tasche stand offen rum.
- Es gab Konflikte am Arbeitsplatz, so dass möglicherweise ein Motiv bestand, ihm zu schaden.
- Es war keine zufällige Taschenkontrolle, sondern eine solche "auf Ansage", was dafür spricht, dass jemand Flaschmann etwas unterschieben wollte.
- Sonst wurde bei anderen Arbeitnehmern nichts gefunden, so dass keine Hinweise darauf bestehen, "die" würden wirklich Ware entwenden.

Zugunsten keiner Seite spricht die Übersichtlichkeit der Abfüllabteilung: Sowohl Flaschmann als auch ein anderer Arbeitnehmer mussten sich vor Beobachtung fürchten, falls sie die Flasche Goldwasser in den Sozialraum bringen wollten.

cc) Rechtzeitiger Kündigungsausspruch nach § 626 Abs. 2 BGB ?

Die Bestimmung lautet ua.:

"Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. …"

Hier gelten folgende Grundsätze:
BAG 2.2.2006 – 2 AZR 57/05 –

"Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB … beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht (Senat 5. Dezember 2002 - *2 AZR 478/01* - AP BGB § 123 Nr. 63 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 1). *Auch grob fahrlässige Unkenntnis ist insoweit ohne Bedeutung* (Senat 29. Juli 1993 - *2 AZR 90/93* - AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 31 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 4; KR-Fischermeier 7. Aufl. § 626 BGB Rn. 319 mwN). *Zu den maßgeblichen Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Ohne die umfassende Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Kündigungssachverhalt kann sein Kündigungsrecht nicht verwirken* (Senat 5. Dezember 2002 - *2 AZR 478/01* - aaO). *Der Kündigungsberechtigte, der Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Denn es genügt nicht allein die Kenntnis des konkreten, die Kündigung auslösenden Anlasses, dh. des "Vorfalls", der einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen soll. Bei einer vom Arbeitgeber erklärten außerordentlichen Kündigung gehören auch solche Aspekte zum Kündigungssachverhalt, die für den Arbeitnehmer und gegen die Kündigung sprechen. Deshalb kann der Kündigungssachverhalt regelmäßig nicht ohne eine Anhörung des Arbeitnehmers hinreichend vollständig erfasst werden* (BAG *17. März 2005 - 2 AZR 245/04* - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 9). *Außerdem gehört es zu den maßgeblichen Umständen, die vom Kündigungsberechtigten zu ergründen und festzustellen sind, mögliche Beweismittel für die ermittelte Pflichtverletzung zu beschaffen und zu sichern* (Senat 17. März 2005 - *2 AZR 245/04* - aaO) *.*

…

Allerdings hat der Senat in der Entscheidung vom 6. Juli 1972 (*- 2 AZR 386/71 - BAGE 24, 341*) *ausgeführt, die Anhörung des Arbeitnehmers müsse regelmäßig innerhalb von einer Woche stattfinden.*

…"

Das heißt hier: Panther hatte Kenntnis von dem Vorfall am Donnerstag, den 9. Juli. Flaschmanns Anhörung war am Donnerstag, den 16. Juli also eine Woche später und damit innerhalb der möglicherweise anzunehmenden Regelfrist geplant. Unterstellt man, dass durch die Ablehnung der Anhörung in Begleitung eines Anwalts am Montag, den 13. Juli die ordnungsgemäßen Ermittlungen aufhörten, wäre die 14-Tage-Frist von diesem Tag an zu berechnen gewesen, sie liefe also am Montag, den 27. Juli ab (§§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB). Ausgesprochen wurde die Kündigung schon am 24. Juli 2009, dem Tag des Zugangs.

Diese Fragen sollten von Beklagtenseite allenfalls gestreift, von Klägerseite nicht angesprochen werden.

4. Zur Prüfung der Voraussetzung einer Verdachtskündigung

a) Grundsätzliche Zulässigkeit

Das BAG hält die Verdachtskündigung traditionell für zulässig.
BAG 14.9.1994 – 2 AZR 164/94 –
Es führt dazu aus:

> *"b) Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung gegenüber dem verdächtigten Arbeitnehmer sein kann. Nach der ständigen Senatsrechtsprechung liegt eine Verdachtskündigung dann vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAGE 16, 72 = AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; Senatsurteile vom 3. April 1986 - 2 AZR 324/85 - AP Nr. 18, aaO und vom 26. März 1992 - 2 AZR 519/91 - AP Nr. 23, aaO, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in dem Tatvorwurf nicht enthalten ist. Bei der Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluß maßgebend, daß der Arbeitnehmer nach der Überzeugung des Arbeitgebers die strafbare Handlung tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber aus diesem Grund die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist (Senatsurteil vom 26. März 1992, aaO, zu B II 1 der Gründe).*
>
> *c) An dem Rechtsinstitut der Verdachtskündigung ist entgegen den teilweise in der Literatur (vgl. zuletzt Schütte, NZA Beil. 2/1991, S. 17 ff.; Dörner, NZA 1992, 865; ders., NZA 1993, 873) erhobenen Bedenken, auf die sich die Revision stützt, festzuhalten. Jedes Arbeitsverhältnis setzt als personenbezogenes Dauerschuldverhältnis ein gewisses gegenseitiges Vertrauen der Vertragspartner*

voraus. Dann kann aber auch der Verlust dieses Vertrauens einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen (vgl. Senatsurteil vom 5. Mai 1994 - 2 AZR 799/93 - n. v.; Belling, Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, 1994, S. 11 ff.).

Dem steht die in Art. 6 Abs. 2 MRK verankerte Unschuldsvermutung nicht entgegen; diese bindet unmittelbar nur den Richter, der über die Begründetheit der Anklage zu entscheiden hat (so zutreffend Belling, aaO, S. 25, m.w.N.). Würde man mit der Anwendung des Art. 6 Abs. 2 MRK im Privatrecht ernst machen, so bliebe zudem bis zu einer strafrechtlichen Verurteilung überhaupt keine Kündigungsmöglichkeit, und der Arbeitgeber könnte auf den begründeten Verdacht einer strafbaren Handlung nur mit einer sicherlich zulässigen Suspendierung des Arbeitnehmers reagieren, was dem Arbeitnehmer im Ergebnis eine bezahlte Freistellung bis zum Abschluß des Strafverfahrens verschaffen würde. Selbst wenn aus der Sicht des Arbeitgebers die Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer "erdrückend" sind, bleibt es ihm unbenommen, lediglich eine Verdachtskündigung auszusprechen, etwa weil er den Arbeitnehmer schonen oder vor Abschluß des Strafverfahrens nicht einer Straftat bezichtigen möchte. Auch die Gegner des Rechtsinstituts der Verdachtskündigung vertreten in letzterem Fall nicht ernsthaft die Ansicht, der Klage des Arbeitnehmers auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung sei stattzugeben, wenn im Prozeß die Begehung der Straftat nachgewiesen ist, der Arbeitgeber die Kündigung aber nur auf den Verdacht einer Straftat gestützt hatte (vgl. BAG, aaO, m.w.N.).

Auch der Hinweis der Revision auf Art. 12 und 20 GG verfängt nicht. Bei der Verdachtskündigung sind Kündigungsgrund objektive Tatsachen, die für den Verlust des zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendigen Vertrauens ursächlich sind. Daß nicht die Gewißheit, sondern der Verdacht einer Pflichtverletzung ein Element in der entsprechenden Kausalkette darstellt, ist keine Besonderheit, die die Verdachtskündigung aus dem Anwendungsbereich des § 626 Abs. 1 BGB herausfallen läßt. Die Anerkennung der Möglichkeit einer Verdachtskündigung stellt also keine Rechtsfortbildung dar, deren Zulässigkeitsvoraussetzungen erst geklärt werden müßten, vielmehr hält sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Verdachtskündigung im Rahmen der gewöhnlichen Gesetzesauslegung.

Zutreffend ist, daß bei der Auslegung von § 626 Abs. 1 BGB auch Grundrechtspositionen Berücksichtigung finden müssen (vgl. KR-Wolf, 3. Aufl., Grunds. Rz 42 a). Für den betroffenen Arbeitnehmer streitet hier Art. 12 Abs. 1 GG als das auch die Beibehaltung des gewählten Arbeitsplatzes umfassende Freiheitsrecht (vgl. BVerfGE 84, 133; KR-Wolf, aaO, Rz 42 b). So würde etwa eine

Auslegung von § 626 Abs. 1 BGB dahingehend, daß bereits der rein subjektive Verlust des Vertrauens eines Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund anzuerkennen ist, der Grundrechtsposition des Arbeitnehmers nicht hinreichend Rechnung tragen. Andererseits fällt aber auch die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers einschließlich der Entscheidung darüber, welche Arbeitnehmer er wie lange beschäftigt, unter den Schutz der Grundrechte (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG; vgl. KR-Wolf, aaO; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Stand: September 1991, Art. 12 Rz 50). Es ist zunächst Aufgabe des Gesetzgebers und dort, wo der Gesetzgeber - wie in § 626 Abs. 1 BGB - im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit Generalklauseln verwendet, Sache der Rechtsprechung, den konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung zu tragen. Hiervon ausgehend ist daran festzuhalten, daß § 626 Abs. 1 BGB bereits im Fall des Verdachts einer Straftat eine außerordentliche Kündigung zuläßt, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, wenn die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (vgl. BAGE 49, 39 = AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972 und Senatsurteil vom 26. März 1992 - 2 AZR 519/91 - AP Nr. 23 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung, m.w.N.)."

Die Verdachtskündigung ist aber bis heute nicht unumstritten.
ablehnend in neuerer Zeit: Deinert AuR 2005, 285 ff.

Im Hinblick darauf, dass die Frage in der Rechtsprechung geklärt ist, wäre es verfehlt, wenn die Klägerseite darauf den Schwerpunkt legen würde, aber ebenso falsch, wenn sie es gar nicht ansprechen würde. Auf Beklagtenseite ist das Thema im Schriftsatz zu streifen und in der Verhandlung in dem Umfange verstärkt darauf einzugehen, wie die Klägerseite es einführt.

Argumentativ geht es auf Klägerseite um die Unschuldsvermutung und auf Beklagtenseite um Vertrauen als Voraussetzung für ein Arbeitsverhältnis.

c) Unzulässiges Einbringen der Verdachtskündigung?

aa) Nicht mangels Berufen auf Verdacht

Die Kündigung ist ausdrücklich wegen des Verdachts ausgesprochen worden, so dass in diesem Punkt kein Problem liegt. Er ist nicht zu problematisieren.

bb) Mangels Befassung des Betriebsrats?

Zu den Voraussetzungen einer Befassung des Betriebsrates mit dem Kündigungsgrund "Verdachtskündigung" und den Rechtsfolgen entsprechender Unterlassung hat das BAG ausgeführt:
vgl. BAG 23.4.2008 – 2 ABR 71/07 –

"Will der Arbeitgeber seine Kündigung in erster Linie auf den dringenden Verdacht einer erheblichen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung stützen, muss er dies dem Betriebsrat mitteilen und die Umstände angeben, aus denen sich der konkrete Verdacht ergeben soll. Informiert er den Betriebsrat nur über eine aus seiner Sicht nach erfolgte Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers, kann er sich im späteren Kündigungsschutzprozess zur Begründung der Kündigung nicht mehr auf den Verdacht stützen, wenn die Verdachtsmomente bei Ausspruch der Kündigung bekannt waren. Insoweit liegt ein unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen vor (vgl. KR-Etzel § 102 BetrVG Rn. 64b; Senat 29. Juni 1989 - *2 AZR 456/88* - RzK III 2 b Nr. 10; 3. April 1986 - *2 AZR 324/85* - EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 63; LAG Köln 31. Oktober 1997 - 11 (8) Sa 665/97 - LAGE *BGB § 626* Verdacht strafbarer Handlung Nr. 7) *. Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der im Tatvorwurf nicht enthalten ist* (vgl. *BAG 10. September 1982 - 7 AZR 201/80* -; 3. April 1986 - *2 AZR 324/85* -). *Die Mitteilung, einem Arbeitnehmer solle wegen Verdachts einer Handlung gekündigt werden, gibt dem Betriebsrat einen weit stärkeren Anlass für ein umfassendes Tätigwerden im Anhörungs- bzw. im Zustimmungsersetzungsverfahren als eine Beteiligung wegen einer als erwiesen behaupteten Handlung oder Pflichtverletzung. Der Betriebsrat kann sich in diesen Fällen veranlasst sehen, von einer eigenen Stellungnahme abzusehen und die Klärung des Tatvorwurfs dem Kündigungsschutzverfahren zu überlassen. Gibt der Arbeitgeber dagegen selbst zu erkennen, er hege lediglich einen Verdacht gegen den Arbeitnehmer, so erhebt der Betriebsrat erfahrungsgemäß eher nachdrückliche Gegenvorstellungen* (vgl. bspw. *BAG 3. April 1986 - 2 AZR 324/85* - aaO)."

Hier ist fraglich, ob die Klagte dem Betriebsrat "dies", nämlich dass sie die Kündigung tatsächlich bereits auf den Verdacht stützen will, mitgeteilt hat. Das ist eine Frage der Auslegung des Anhörungsschreibens.

Zu argumentieren wäre:

Klägerseite:

-von Verdacht ist im Anhörungsschreiben nirgendwo die Rede

- der Wille schon einen Verdacht für die Kündigung ausreichen zu lassen, muss ausdrücklich, jedenfalls eindeutig deutlich werden, damit der Betriebsrat darauf reagieren kann

- hier hat auch der Betriebsrat nicht angenommen, es sollte wegen eines Verdachts gekündigt werden

Beklagtenseite:

- Arbeitgeber hat sich nicht darauf beschränkt eine erwiesene Entwendung als Kündigungsgrund zu bezeichnen

- Es sind die maßgeblichen Indizien mitgeteilt worden, so dass der Betriebsrat ohne weiteres davon ausgehen konnte, auch schon der Verdacht sei Kündigungsgrund

d) Erfüllung der materiellen Voraussetzungen

aa) Materielle Voraussetzungen

Hierzu hat das BAG ausgeführt:
BAG 12.3.2009 – 2 ABR 24/08 –

" Auch der dringende Verdacht einer Verletzung von erheblichen arbeitsvertraglichen Pflichten kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen (vgl. *Senat 8. Juni 2000 - 2 AZR 638/99 - BAGE 95, 78; 6. November 2003 - 2 AZR 631/02 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 39 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 2). … Eine Verdachtskündigung kommt in Betracht, wenn dringende auf objektiven Tatsachen beruhende schwerwiegende Verdachtsmomente vorliegen und diese geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen bei einem verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zu zerstören. Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (Senat 4. Juni* 1964 *- 2 AZR 310/63 - BAGE 16, 72*; *30. Juni 1983 - 2 AZR 540/81 -; zuletzt 10. Februar 2005 - 2 AZR 189/04 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = EzA KSchG § 1 Verdachtskündigung Nr. 3). Der schwerwiegende Verdacht muss sich aus den Umständen*

ergeben bzw. objektiv durch Tatsachen begründet sein. Er muss dringend sein, dh. bei einer kritischen Prüfung muss eine auf Beweisanzeichen (Indizien) gestützte große Wahrscheinlichkeit für die erhebliche Pflichtverletzung (Tat) gerade dieses Arbeitnehmers bestehen (vgl. zu dem Maßstab und den Anforderungen: Senat 26. September 2002 - 2 AZR 424/01 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 37 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 1; 6. November 2003 - 2 AZR 631/02 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 39 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 2; zuletzt 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 62 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 29)."

Hinsichtlich des Gewichts des Verhaltens, auf das sich der Verdacht richten muss hat das BAG ausgeführt, sie setze

" … voraus, dass nicht nur der Verdacht als solcher schwerwiegend ist. Vielmehr muss ihm ein erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers - strafbare Handlung oder schwerwiegende Pflichtverletzung (Tat) - zugrunde liegen, da nur in einem solchen Fall bereits der Verdacht geeignet sein kann, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen des Arbeitgebers unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers irreparabel zu zerstören …"
vgl. BAG 27.11.2008 – 2 AZR 98/07 –

bb) Gewicht der Tat, auf die sich der Verdacht richtet

Hier stellen sich zunächst dieselben Fragen wie bei der Tatkündigung: Wäre eine Tatkündigung nicht gerechtfertigt, so erst recht keine Verdachtskündigung. Von Klägerseite wäre aber die Frage zu problematisieren, ob hier nicht sogar höhere Anforderungen an das Gewicht zu stellen sind, die hier nicht vorliegen. Von Beklagtenseite wäre darauf zu verweisen, dass es sich im Hinblick auf die Verantwortung Flaschmanns für den Warenbestand um einen gewichtigen Vorwurf handelt. Das kann, muss aber nicht jeweils unter dem Gesichtspunkt "Kündigungsgrund an sich und Interessenabwägung“ abgehandelt werden. Hinsichtlich der Abmahnungsproblematik stellen sich dieselben Probleme wie bei der Tatkündigung.

cc) Hinreichende Verdachtsmomente?

Hier stellen sich hinsichtlich der Verwertung der Erkenntnisse der Taschenkontrolle dieselben Fragen wie bei der Tatkündigung.

Hinsichtlich der Würdigung der Indizien kann grundsätzlich anhand derselben Argumente vorgegangen werden wie bei der Tatkündigung. Es muss aber deutlich herausgearbeitet werden, dass das erforderliche Maß der Sicherheit hinsichtlich des Vorwurfs – hier Entwendung der Flasche Goldwasser - geringer ist. Ausreichend ist eine objektiv vorliegende große Wahrscheinlichkeit.

dd) Ausreichende Sachaufklärung

Hinweise auf eine unterlassene Sachaufklärung außerhalb der Frage, ob Flaschmann ordnungsgemäß angehört wurde, ergeben sich nicht. Die Anhörung ist allerdings problematisch.

Insoweit gilt zunächst, dass eine Anhörung des Arbeitnehmers Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Sie muss sich auf einen greifbaren Sachverhalt beziehen. Dem Arbeitnehmer muss die Möglichkeit gegeben werden, den Verdacht entkräftende Tatsachen zu bezeichnen und so zur Aufhellung des für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehens beizutragen. Eine schuldhafte Verletzung der Anhörungspflicht entfällt jedoch weil die Anhörung überflüssig ist, wenn der Arbeitnehmer ohne relevante Gründe nicht bereit war, sich auf die Vorwürfe einzulassen und an der Aufklärung mitzuwirken.
vgl. BAG 13.3.2008 – 2 AZR 961/06 –

Als Flaschmann arbeitgeberseitig nach hause geschickt wurde, wurde er nicht angehört.

Hier ist die Frage problematisch, ob Flaschmanns Weigerung, ohne Anwalt zu erscheinen ein relevanter Grund ist, um nicht zur Anhörung zu erscheinen.

Das hat das BAG tendenziell bejaht.
BAG 13.3.2008 – 2 AZR 961/06 –
Dafür wird in der Literatur der Gesichtspunkt der Waffengleichheit angeführt.
Eylert/Friedrichs DB 2007, 2203, 2204 f.

Hinweis: Das Vertretungsrecht nach § 3 BRAO gilt – unbeschadet seiner Reichweite – nur gegenüber Gerichten und Behörden. Dass damit ein weitergehendes Vertretungsrecht nach allgemeinen Vorschriften und damit auch nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ausgeschlossen werden soll, ist nicht ersichtlich. Die Vorschrift lautet:

"§ 3 Recht zur Beratung und Vertretung

(1) Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.
(2) Sein Recht, in Rechtsangelegenheiten aller Art vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden aufzutreten, kann nur durch ein Bundesgesetz beschränkt werden.
(3) Jedermann hat im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften das Recht, sich in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden vertreten zu lassen."

e) Frist nach § 626 Abs. 2 BGB

Die Frist ist aus denselben Gründen wie bei der Tatkündigung eingehalten.

III. Ordentliche Kündigung

1. Materielle Fragen

Letztlich stellen sich – mit Ausnahme der Frist nach § 626 Abs. 2 BGB - dieselben Fragen, wie bei der außerordentlichen Kündigung. Bei der Tatkündigung käme eine Lösung in Betracht, die aufgrund einer Interessensabwägung nur eine ordentliche Kündigung für möglich hält. Die Voraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung und einer außerordentlichen Kündigung laufen in dieselbe Richtung, nur dass es nicht darauf ankommt, ob dem Arbeitgeber noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist das Festhalten am Arbeitsverhältnis zumutbar ist, sondern darauf, ob es ihm überhaupt noch zumutbar ist.
beispielhaft: BAG 11.3.1999 – 2 AZR 507/98 –

Anders liegt es aber bei der Verdachtskündigung: Wegen der Besonderheiten dieser Kündigungsart wird angenommen, dass sich die Regeln der Verdachtskündigung bei außerordentlicher und ordentlicher Kündigung gleichen, auch eine ordentliche Verdachtskündigung nur ausgesprochen werden kann, wenn auch die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung vorliegen.
BAG 27.11.2008 – 2 AZR 98/07 –

Wird sie deshalb – wie hier - ausgesprochen, greift sie auch durch.

Die Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) ist nicht eingehalten: Bei Zugang im Juli liefe die erst Ende Oktober ab. Die Kündigungserklärung ist jedoch als zu Ende Oktober gemeint auszulegen.
BAG 15.12.2005 – 2 AZR 148/05 –

Jedenfalls macht der Fehler die Kündigung nicht insgesamt unwirksam.

2. Betriebsratsanhörung

An sich gelten die Ausführungen zur außerordentlichen Kündigung. Es gib zwei Besonderheiten:

Die Beklagte hat die Kündigungsfrist nicht mitgeteilt, jedoch kann davon ausgegangen werden, dass dem Betriebsrat die gesetzliche Frist ohnehin bekannt war. Dass ein schnellstmöglicher Endtermin angedacht war, ergab sich jedenfalls daraus, dass die Kündigung mit der Anhörung zur außerordentlichen Kündigung verbunden wurde, so dass letztlich eine Anhörung zu einem schnellstmöglichen Endtermin erfolgte. Weitere Einzelheiten ergaben sich aus den mitgeteilten persönlichen Daten.
vgl. zu den maßgeblichen Grundsätzen: BAG 29.3.1990 – 2 AZR 420/89 –

Dass die Beklagte nach Ablauf des Anhörungsverfahrens eine falsche Kündigungsfrist angewandt hat, macht die Anhörung nicht unwirksam. Für eine bewusst falsche Anhörung gibt es keinerlei Anhaltspunkte.
dazu BAG 23.6.2009 – 2 AZR 474/07 -

Das ist alles letztlich nicht zu problematisieren.

Die Beklagte hat ferner vor Ablauf der für die Stellungnahme zu ordentlichen Kündigungen dem Betriebsrat eingeräumten Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gekündigt. Dieser Kündigungsausspruch wäre nur dann unbedenklich, wenn das Schreiben des Betriebsrats vom 20. Juli 2009 als endgültige Stellungnahme auch zur ordentlichen Kündigung zu verstehen wäre.
vgl. BAG 24.6.2004 – 2 AZR 461/03 –

Hier wird man von einer endgültigen Stellungnahme auszugehen haben, da die vom Betriebsrat gewählten Argumente unabhängig von der Kündigungsform zutrafen. Klägerseits sollte das nicht, jedenfalls nicht ausführlich problematisiert werden.

2. Fallvariante

I. Änderungen hinsichtlich des Komplexes Kündigung wegen (Verdachts der) Entwendung

In dieser Variante ergeben sich Änderungen nur hinsichtlich der Anhörung als Voraussetzung der Verdachtskündigung. Der Arbeitgeber hat seine Anhörungspflicht erfüllt. Flaschmann hat sich ohne relevanten Grund geweigert, sich anhören zu lassen.

II. Kündigungsgrund Nichterscheinen zur Anhörung

1. Form der Ablehnung

Dies wurde von der Beklagten gegenüber dem Betriebsrat nicht als Kündigungsgrund angegeben, kann also auch nicht in das Verfahren eingeführt werden. Es ist nicht zu problematisieren.

2. Nichterscheinen

Das Nichterscheinen an sich kann nur dann eine Kündigung rechtfertigen, wenn die Anweisung, zu erscheinen durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO gedeckt ist. Dieses Weisungsrecht deckt aber nur Anweisungen zur Teilnahem an Gesprächen ab, die sich auf die Erbringung der Arbeitsleistung, damit zusammenhängende Pflichten und die kollektive Zusammenarbeit betreffende Gegenstände, jedoch nicht soweit es um die Bestandteile des Arbeitsverhältnisses, also das Austauschverhältnis an sich geht.
BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08 –

Hier ist die Einordnung problematisch.

Klägerseits wäre zu argumentieren, es sei ja gerade um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegangen. Die Anweisung zu erscheinen, sei deshalb nicht gedeckt. Demgegenüber wäre Beklagtenseits zu argumentieren: Der Zweck der Anhörung sei es, durch Aufklärung des Sachverhalts das gestörte Vertrauen wieder herzustellen.
in diese Richtung gehend: BAG 13.3.2008 – 2 AZR 961/06 –

Es handele sich deshalb gerade nicht um ein übliches Gespräch über die Ausgestaltung und den Inhalt des Arbeitsverhältnisses,

so auch Eylert/Friedrichs DB 2007, 2203, 2204.

sondern um den arbeitsbezogenen Versuch durch Wiederherstellung des Vertrauens die Grundlage für weitere Arbeitsleistungen zu legen.

Geht man davon aus, es läge eine ordnungsgemäße und nach § 106 GewO verbindliche Weisung vor, so wäre zu prüfen, ob die Verletzung einen "Grund an sich" für eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung darstellen könnte. Dabei geht es um die Erwartung künftiger Vertragsverletzungen – Prognoseprinzip. Bei Arbeitsverweigerung setzt dies aber Beharrlichkeit voraus, der Arbeitnehmer müsse die Arbeitsleistung bewusst und nachhaltig nicht leisten wollen. Dazu reicht aber die Einmaligkeit der Verweigerung nicht aus, allenfalls nach einer Abmahnung.
BAG 21.11.1996 – 2 AZR 357/95 -

Hier kommt hinzu, dass sich die Weigerung in einer sich nicht beliebig wiederholenden Sondersituation abspielte.

Klägerseits wäre zudem im Hinblick auf das Abmahnungserfordernis darauf hinzuweisen, dass kein Arbeitnehmer damit rechnen könne, ein Verstoß gegen eine Arbeitsanordnung führe sofort zur Kündigung. Beklagtenseits könnte darauf hingewiesen werden, für fundamental wichtige Anweisungen sei dies doch anzunehmen.

Zur Interessenabwägung sollte Klägerseits darauf verwiesen werden, dass sich der Arbeitnehmer letztlich selbst geschadet hat und dann, wenn trotz mangelnder Aufklärung die Kündigung sogar als Verdachtskündigung nicht greift, es letztlich nichts aufzuklären gab. Beklagtenseits wäre zu entgegnen, dass sie ein Interesse hat auch einen "Restverdacht" aufzuklären.

Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB für die außerordentliche Kündigung ist eingehalten.