

# **Bundesarbeitsgericht**

Moot Court 2019/2020

## **Lösungshinweise**

Die folgenden Lösungshinweise sollen die rechtlichen Aspekte aufzeigen, die bei der Bearbeitung des Falls eine Rolle spielen können. Sie erheben weder den Anspruch auf Vollständigkeit noch schließen sie andere rechtlich begründete Überlegungen zwingend aus. Beim Abfassen der Schriftsätze - und umso mehr im Rahmen der mündlichen Verhandlung - war es unerlässlich, Schwerpunkte zu setzen und Unproblematisches nicht oder doch in der gebotenen Kürze zu behandeln. Dort, wo der meiste Raum für gegenläufige Argumentationen der Parteien gesehen wurde, findet sich eine - jeweils nicht abschließende - Gegenüberstellung der möglichen Argumente.

### **Inhalt**

#### **A. Grundfall**

- I. Hauptantrag
  1. Restitutionsklage
  2. Weitere Rechtsgrundlagen
- II. Hilfsantrag
  1. Grundsätzliches Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs
  2. Zeitliche Grenzen für die Entstehung eines Wiedereinstellungsanspruchs
  3. Verfristung und Verwirkung eines Wiedereinstellungsanspruchs
  4. Schranken eines Wiedereinstellungsanspruchs
  5. Rückwirkende Wiedereinstellung
  6. Anrechnung der Vorbeschäftigungszeit

#### **B. Fallvariante**

- I. Sachverhalt
- II. Rechtliche Überlegungen
  1. Äußerungsrechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch
  2. Anspruch aus nachwirkender arbeitsvertraglicher Nebenpflicht
  3. Schadensersatzansprüche

## A. Grundfall

### I. Hauptantrag

#### 1. Restitutionsklage

Mit dem Hauptantrag verfolgt K eine Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO (iVm. § 79 Satz 1 ArbGG iVm. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b ArbGG).

##### a) Zulässigkeit der Restitutionsklage

Die Restitutionsklage ist unproblematisch zulässig. Die Parteivertreter sollten sich hier nicht verkämpfen.

aa) Die Restitutionsklage ist gemäß § 578 Abs. 1 ZPO statthaft. K begehrt mit ihr die Wiederaufnahme des durch rechtskräftiges Endurteil abgeschlossenen Kündigungs-schutzverfahrens.

bb) Das Arbeitsgericht ist nach § 584 Abs. 1 Halbs. 1 ZPO für die Restitutionsklage zuständig.

cc) Die Voraussetzungen von § 587 ZPO sind erfüllt. K hat das Urteil bezeichnet, gegen das die Klage gerichtet ist. Durch die Antragsbegründung ist klar, auf welchen Anfechtungsgrund er sein Begehren stützt. K meint offenkundig, in den Besitz (mindestens) einer Urkunde gelangt zu sein, deren Inhalt eine ihm günstige Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag herbeigeführt haben würde (§ 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO). Damit hat er sich zugleich konkludent auf die Restitutionsklage festgelegt. Eine konkludente Festlegung genügt (*statt aller Saenger/Kemper ZPO 8. Aufl. § 587 Rn. 2*).

dd) K hat die Klagefrist nach § 586 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ZPO gewahrt. Er hat von dem vermeintlichen Anfechtungsgrund am 20. September 2019 Kenntnis erhalten und die Klage laut Sachverhalt vor Ablauf eines Monats, nämlich am 18. Oktober 2019, „erhoben“.

Anm.: Wer dies entgegen § 253 Abs. 1 ZPO lediglich als Einreichung der Klageschrift und nicht - auch - als Zustellung an B versteht, hat gleichwohl gemäß § 167 ZPO von

einer rechtzeitigen Klageerhebung auszugehen. Denn es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zustellung an B nicht „demnächst“ erfolgt wäre.

ee) § 582 ZPO steht der Zulässigkeit der Restitutionsklage nicht entgegen. K war ohne sein Verschulden außer Stande, den - vermeintlichen - Restitutionsgrund in dem Kündigungsschutzverfahren geltend zu machen. Zwar hätte er gegen das Urteil des Arbeitsgerichts vom 19. Juli 2019 Berufung einlegen und ggf. das - ihm dann zwischenzeitlich zugegangene - Schreiben von L und T in das Berufungsverfahren einführen können. Doch besagt § 582 ZPO nicht, dass der Restitutionskläger in dem früheren Verfahren alle Rechtsmittel „blindlings“ hätte ausschöpfen müssen. Erfasst ist vielmehr nur der Fall, dass er *in Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis des Restitutionsgrundes* eine prozessuale Möglichkeit nicht nutzt, den Restitutionsgrund geltend zu machen. Vorliegend musste K nicht damit rechnen, dass L und T ein schriftliches Geständnis ablegen würden.

ff) Es kommt nicht darauf an, ob die Klageschrift alle Angaben iSv. § 588 ZPO enthält. § 588 ZPO ist eine bloße Soll-Vorschrift. Das gilt nach - soweit ersichtlich - einhelliger Auffassung auch für ihren Abs. 2 (vgl. *Musielak/Voit ZPO 16. Aufl. § 588 Rn. 5 mwN*).

gg) Zwar soll eine ausschließlich auf die Vorlage einer Fotografie gestützte Restitutionsklage unzulässig sein (*BGH 28. November 1975 - V ZR 127/74 - BGHZ 65, 300*). Doch hat K das Vorliegen eines zulässigen Restitutionsgrundes gemäß § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO jedenfalls dadurch dargetan, dass er die Klage - auch - auf das Schreiben von L und T stützt. Dieses enthält die Verkörperung einer Gedankenäußerung in Schriftzeichen und stellt eine Privaturkunde iSv. § 416 ZPO dar. Es ist nach wohl hM eine Frage der Begründetheit der Restitutionsklage, ob diese Urkunde die mit ihr unter Beweis gestellte Tatsache beweist und ob sie im Vorprozess zu einer günstigeren Entscheidung für K geführt hätte (vgl. *LAG Baden-Württemberg 22. Juli 2009 - 13 Sa 19/09 - juris Rn. 93*).

## **b) Begründetheit der Restitutionsklage**

aa) Die Vorlage des Schreibens von L und T (nebst dem beigelegten Foto vom Zebra-Diamanten) hätte im Kündigungsschutzprozess zu einem für K günstigeren Ergebnis geführt. Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass das Arbeitsgericht das den K entlastende Geständnis von L und T für nicht glaubhaft erachtet hätte. Es finden sich insbesondere keine Hinweise auf ein von L, T und K geschmiedetes „Komplott“. Davon geht B selbst nicht aus, die meint, der vom Schreiben der wahren Täter ebenfalls „überraschte“ K solle froh sein, dass er dank des Geständnisses von L und T nicht auch noch mit Schadensersatzansprüchen überzogen werde. Unerheblich ist, dass das Geständnis als solches erst nach Zugang der Kündigung abgelegt wurde (*vgl. BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 644/13 - Rn. 21 f., BAGE 149, 367*).

bb) Nach den Angaben im Sachverhalt datierte das Schreiben von L und T auf den 10. September 2019. Es besteht kein Anlass, diese Datierung in Zweifel zu ziehen. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Urkunde iSv. § 416 ZPO bereits in einem Zeitpunkt errichtet war, zu dem K sie im Vorprozess - durch Einlegung einer Berufung - noch hätte benutzen können (*zu diesem grds. Erfordernis vgl. BAG 29. September 2011 - 2 AZR 674/10 - Rn. 20; Musielak/Voit ZPO 16. Aufl. § 580 Rn. 21 mwN*).

cc) Es kommt deshalb entscheidend darauf an, ob L und T dem K eine Urkunde iSv. § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO haben zukommen lassen. Hierzu werden die Ansichten der Parteien auseinander gehen.

### **(1) Mögliche Argumente von K**

- Das Institut der Restitutionsklage soll verhindern, dass die Autorität der Gerichte und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung dadurch beeinträchtigt werden, dass rechtskräftige Urteile nicht überprüft werden können, obwohl ihre Grundlagen für jedermann erkennbar in einer für das allgemeine Rechtsgefühl unerträglichen Weise erschüttert sind (*vgl. BGH 28. Oktober 1971 - IX ZR 79/67 - BGHZ 57, 211*), weil der Mangel der Urteilsgrundlage besonders augenfällig ist (*vgl. BGH 28. November 1975 - V ZR 127/74 - BGHZ 65, 300*).

- Zwar mag der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, dies könne nur bei Urkunden der Fall sein, die einen eigenen, über eine verschriftlichte Zeugenaussage hinausgehenden Beweiswert haben. Doch hat er dabei planwidrig übersehen, dass auch verschriftlichten Erklärungen und/oder Augenscheinsobjekten ein Beweiswert zukommen kann, dem gegenüber die freie richterliche Würdigung praktisch ausgeschlossen ist (*vgl. Gaul Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts S. 157 ff.*).
- So liegt es hier bei dem schriftlichen Geständnis von L und T. Das gilt umso mehr, wenn man das Foto vom Zebra-Diamanten ergänzend mit in den Blick nimmt.
- IÜ hat der Bundesgerichtshof schriftliche Erklärungen einer *Partei* als Restitutionsgrund anerkannt (*BGH 28. Oktober 1971 - IX ZR 79/67 - BGHZ 57, 211*). Zwar hat er betont, insofern bestehe nicht die Gefahr, dass unter Umgehung von § 580 Nr. 3 ZPO versucht werde, die Wiederaufnahme mit Aussagen von früher nicht vernommenen Zeugen oder Sachverständigen zu erreichen. Das kann jedoch zum einen nicht überzeugen, weil der Gesetzgeber auch die Wiederaufnahme wegen unwahrer Angaben des Prozessgegners lediglich in den Fällen des § 580 Nr. 1 ZPO zulassen wollte. Auch insofern käme es also zu einer „Umgehung“ gesetzgeberischer Wertungen durch Verschriftlichung einer Erklärung in einer Urkunde. Zum anderen besteht vorliegend keine Gefahr einer gezielten Umgehung, weil K das schriftliche Geständnis nicht anstelle einer mündlichen Zeugenaussage von L und T erbeten hat.

## **(2) Mögliche Argumente von B**

- Die Vorlage des Fotos kann die Restitution in keinem Fall begründen. Es handelt sich nicht um eine Urkunde iSv. §§ 415 ff. ZPO, sondern um ein Augenscheinsobjekt iSv. §§ 371 ff. ZPO. Der Gesetzgeber hat die Restitution bewusst auf das Auffinden einer Urkunde beschränkt. Eine analoge Anwendung auf andere Beweismittel scheidet schon mangels planwidriger Regelungslücke aus. Sie würde iÜ die Rechtskraft von Urteilen weiter „aufweichen“ (*vgl. BGH 28. November 1975 - V ZR 127/4 - BGHZ 65, 300*).
- Für sich genommen hat das Foto auch keine Aussagekraft dergestalt, dass K den Zebra-Diamanten nicht entwendet habe. Es besagt ohne begleitende Erläuterun-

gen allein, dass der Diamant sich im Zeitpunkt der Aufnahme im Besitz von L und T befand.

- Die Vorlage des Schreibens von L und T kann die Restitution ebenfalls nicht tragen. Diese kann nicht auf eine Privaturkunde iSv. § 416 ZPO gestützt werden, mit der durch die schriftliche Erklärung eines Zeugen der Beweis für die Richtigkeit der in der Erklärung beurkundeten Tatsache geführt werden soll; denn wenn eine neue Zeugenaussage für die Restitutionsklage grds. nicht ausreicht (*arg ex § 580 Nr. 3 ZPO*), kann nichts anderes gelten, wenn der Zeuge die Beweisfrage schriftlich beantwortet; § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO muss insofern einengend ausgelegt werden (*ganz hM; vgl. nur BGH 24. April 2013 - XII ZB 242/09 -; 27. Mai 1981 - IVb ZR 589/80 - BGHZ 80, 389; BFH 18. Februar 2004 - V B 154/03 -; LAG Baden-Württemberg 22. Juli 2009 - 13 Sa 19/09 -; Musielak/Voit ZPO 16. Aufl. § 580 Rn. 18 mwN*). Vorliegend kommt dem Schreiben von L und T kein eigenständiger, über eine verschriftlichte Zeugenaussage hinausgehender Beweiswert zu.
- Im Streitfall ist nicht deshalb eine Ausnahme zu machen, weil das Schreiben von L und T - zumal in der Gesamtschau mit dem Foto vom Zebra-Diamanten - die Unrichtigkeit des Urteils im Kündigungsschutzprozess augenfällig macht. § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO findet auch dann keine Anwendung auf nichtschriftliche Beweismittel (das Foto) und lediglich verschriftlichte Zeugenaussagen (das Schreiben), wenn ihre Beweiskraft im Einzelfall besonders stark ist (*vgl. MünchKommZPO/Braun 5. Aufl. § 580 Rn. 52*). Im Übrigen kann es eine „absolute Beweiskraft“ unter Geltung des Prinzips der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) nicht geben (*MünchKommZPO/Braun 5. Aufl. § 580 Rn. 48*).
- Es spielt keine Rolle, dass K nicht um ein schriftliches Geständnis von L und T gebeten hat. Die Umgehung der gesetzgeberischen Entscheidung, dass eine neue Zeugenaussage nicht als Restitutionsgrund in Betracht kommt, ist objektiv zu bestimmen. Es bedarf keiner Umgehungsabsicht einer Partei.

Anm.: Es kommt nicht darauf an, ob L die nach dem Sachverhalt von ihr stammenden Schreiben an B und K unterzeichnet hat. Ob ein Schreiben eine Unterschrift trägt, ist nach § 416 ZPO nur für die - hier unstrittige - Echtheit der Urkunde, nicht aber für das Vorliegen einer solchen von Bedeutung (*Musielak/Voit/Huber ZPO 16. Aufl. § 415 Rn. 4*). Nicht von

§ 416 BGB, sondern vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO wird erfasst, ob die in der Urkunde bestätigten Vorgänge wirklich so geschehen sind (*Musielak/Voit/Huber ZPO 16. Aufl. § 416 Rn. 4*). § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO ist gerade nicht auf den Bereich der formellen Beweiskraft nach §§ 415 ff. BGB beschränkt, sondern es kommt grundsätzlich darauf an, ob sich aus der Urkunde eine zu beweisende Tatsache ergibt, der ein frei zu würdigender Beweiswert zukommt (*Musielak/Voit/Musielak ZPO 16. Aufl. § 580 Rn. 17*). Eine ganz andere Frage ist es, ob es sich in der Sache lediglich um eine verschriftlichte Zeugenaussage handelt. Ebenfalls nicht entscheidend ist die Streitfrage, ob der erforderliche Bezug der Urkunde auf den Prozessstoff des früheren Verfahrens es ausschließt, dass durch die Urkunde neue Tatsachen vorgetragen werden, durch die ein seinerzeit nicht bestrittener Vortrag widerlegt werden soll (*siehe dazu nur Musielak/Voit/Musielak ZPO 16. Aufl. § 580 Rn. 19*). Es kommt nicht darauf an, ob K im Ausgangsverfahren die Täterschaft von L und/oder T behauptet hat. Er hat jedenfalls bestritten, selbst der Täter gewesen zu sein.

### **c) Kündigungsschutzklage nicht aus anderen Gründen abzuweisen**

Die Kündigung stellte sich nicht aufgrund der vermeintlichen „fremdenfeindlichen Äußerungen“ des K im Ergebnis als wirksam dar. Sollten der B diese Sachverhalte bei Ausspruch der Kündigung bekannt gewesen sein, müssten sie schon deshalb außer Betracht bleiben, weil der Betriebsrat ausschließlich zu dem Verdacht eines Diebstahls nach § 102 BetrVG angehört wurde. Andernfalls könnten sie zwar nach ergänzender Anhörung des Betriebsrats unabhängig von der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nachgeschoben werden. Doch ist nicht ansatzweise ersichtlich, dass es sich um Äußerungen gehandelt hätte, die ohne vorherige Abmahnung eine Kündigung tragen könnten. Es ist auch nicht erkennbar, dass B sie als weitere Kündigungsgründe (und nicht bloß als Argument gegen einen Wiedereinstellungsanspruch) anführen möchte.

#### **2. Weitere Rechtsgrundlagen**

Weitere Rechtsgrundlagen für den Hauptantrag waren nicht zu erörtern.

- a) Eine Rechtskraftdurchbrechung nach § 826 BGB war nach dem Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

b) K hat nicht - auch nicht „versteckt“ hilfsweise - eine neue Kündigungsschutzklage für den Fall erhoben, dass es bei der Abweisung seiner ersten Kündigungsschutzklage verbleiben sollte. Zum einen ist nicht ersichtlich, dass er gemeint hat, die Verdachtskündigung habe unter der auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) seiner „Rehabilitierung“ gestanden (*diese - nicht überzeugende - Ansicht wird teilweise vertreten vgl. die Nachweise bei Schlegel Das BAG und die Verdachtskündigung S. 159*). Zum anderen und vor allem steht durch das Urteil des Arbeitsgerichts rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung aufgelöst worden ist. Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage als endgültig unbegründet abgewiesen und eine „Rehabilitierung“ des K nicht im Blick gehabt, was sich auch daran zeigt, dass es sogar der Annahme einer wirksamen Tatkündigung zugeneigt hat. Die Abweisung der Klage als endgültig unbegründet schließt den Ausfall einer etwaigen auflösenden Bedingung ein. Etwas anderes hätte nur gelten können, wenn das Arbeitsgericht den Kündigungsschutzantrag unter Hinweis auf den möglichen Eintritt einer - zulässigen - auflösenden Bedingung als derzeit unbegründet abgewiesen hätte. Da dies nicht geschehen ist, müsste K zunächst das rechtskräftige Urteil „wegschaffen“.

## II. Hilfsantrag

Mit dem hinreichend bestimmten (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) Hilfsantrag verfolgt K im Weg der grundsätzlich zulässigen objektiven Klagehäufung (§ 260 ZPO) einen Wiedereinstellungsanspruch. Eine Restitutionsklage und eine „reguläre“ Klage sind verbindungs-fähig. Es handelt sich um dieselbe Prozessart (*Musielak/Voit/Foerste ZPO 16. Aufl. § 260 Rn. 6c mwN; im Grundsatz auch RG 19. November 1917 - IV ZR 245/17 - RGZ 91, 195; aA MünchKommZPO/Becker-Eberhard 5. Aufl. § 260 Rn. 35; Saenger ZPO 8. Aufl. § 260 Rn. 23*).

### 1. Grundsätzliches Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs

Für den hier vorliegenden Fall, dass der Verdacht nachträglich vernichtet wurde, werden in Rechtsprechung und Schrifttum zahlreiche Anspruchsgrundlagen in Betracht gezogen (*Überblicke bei Elz Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach Wegfall des Kündigungsgrundes S. 31 ff. und Schlegel aaO S. 157 ff.*), von denen einige durch den Bearbeiterhinweis von der Prüfung ausgeschlossen sind. Hinsichtlich der übrigen Anspruchsgrundlagen war es wichtig, Schwerpunkte zu setzen.

#### a) Kündigung unter auflösender Bedingung (*nicht zu erörtern*)

Der - nicht überzeugende - Ansatz, eine Verdachtskündigung werde stets unter der auflösenden Bedingung einer späteren „Rehabilitierung“ des Arbeitnehmers erklärt, ist auch im Rahmen des Hilfsantrags nicht zu erörtern. Wäre die Kündigung in zulässiger Weise unter eine solche Bedingung gestellt und könnte diese - wie nicht - nach dem rechtskräftigen Urteil des Arbeitsgerichts im Kündigungsschutzprozess noch eintreten, wäre die Kündigung hinfällig. Die Parteien befänden sich weiterhin bzw. wieder in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis. Für eine Wiedereinstellung wäre kein Raum. Der auf einen neuen Vertragsschluss gerichtete Hilfsantrag wäre abzuweisen.



**b) Kündigungsrücknahmevereinbarung (nicht zu erörtern)**

Die Parteien haben sich offenkundig nicht auf eine „Rücknahme“ der Kündigung verständigt. Sie sind augenscheinlich nicht dahin übereingekommen, die Kündigung solle - obgleich rechtskräftig für wirksam befunden - keine Rechtswirkungen entfalten (zu diesem Inhalt einer „Kündigungsrücknahmeabrede“ vgl. BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 67/18 - Rn. 41, BAGE 163, 24). B hat das entsprechende Angebot des K ausdrücklich abgelehnt. Andernfalls bestünde iÜ kein Raum für die mit dem Hilfsantrag begehrte Wiedereinstellung. K befände sich schon (wieder) in einem als ungekündigt anzusehenden Arbeitsverhältnis mit B.

**c) Vertragliche Wiedereinstellungszusage (nicht zu erörtern)**

B hat dem K eine Wiedereinstellung für den Fall seiner „Rehabilitierung“ nicht ausdrücklich angeboten. Auch für einen konkludenten Verpflichtungswillen der B bestehen keine Anhaltspunkte. Zwar wird teilweise vertreten, der Arbeitgeber fordere den Arbeitnehmer mit dem Ausspruch einer „bloßen“ Verdachtskündigung dazu auf, im Fall seiner - des Arbeitnehmers - „Rehabilitierung“ ein Angebot zur Wiedereinstellung zu unterbreiten (*invitatio ad offerendum*; vgl. die Nachweise bei Elz aaO S. 38). Doch hätte B sich damit die Annahme eines Angebots des K gerade offengehalten und sich nicht verpflichtet, es anzunehmen. Sie unterläge keinem Kontrahierungszwang.

**d) Schadenersatzansprüche (allenfalls ganz kurz zu erörtern)**

Vielfach wird versucht, das Problem der Wiedereinstellung über einen Schadenersatzanspruch zu lösen, der in Verbindung mit § 249 BGB per Naturalrestitution zur Wiedereinstellung führen soll (vgl. die Nachweise bei Elz aaO S. 39 ff.; Schlegel aaO S. 168 f.).

**aa) Haftung aus culpa in contrahendo**

Nimmt man an, der Arbeitgeber verbinde eine Verdachtskündigung stets mit der Aufforderung an den Arbeitnehmer, dieser solle im Fall seiner „Rehabilitierung“ ein Wiedereinstellungsangebot abgeben, könnte durch eine solche *invitatio ad offerendum* ein Vertrauenstatbestand entstehen, aus dessen Verletzung sich Schadenersatzansprüche nach §§ 280, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB ergeben könnten (vgl. Schlegel aaO S. 169). Diese wären allerdings nicht auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet. Der grundlose Abbruch von Vertragsverhandlungen verpflichtet nicht zum Abschluss des angestrebten Vertrags (vgl. KG 7. Oktober 2004 - 12 W 25/04 -; Palandt/Grüneberg BGB 78. Aufl. § 311 Rn. 30). Deshalb kann dahinstehen, ob B triftige Gründe hatte, das Wiedereinstellungsangebot des K (doch) nicht anzunehmen.

**bb) Nebenpflichtverletzung durch Kündigung eines „Unschuldigen“**

Ein Schadenersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 249 BGB kann nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, der Arbeitgeber habe das Arbeitsverhältnis eines „Unschuldigen“ gekündigt. Der Ausspruch einer - wie hier rechtskräftig feststeht - wirksamen Kündigung dürfte schon keine Pflichtverletzung darstellen (vgl. Elz aaO S. 41) bzw. es dürften Schäden, die durch eine rechtmäßige Kündigung entstehen, nicht ersatzfähig sein (LAG Baden-Württemberg 22. Mai 2015 - 12 Sa 5/15 - juris Rn. 105). Jedenfalls dürfte einem Arbeitgeber nicht vorgeworfen werden können, er habe die Kündigung fahrlässig ausgesprochen, wenn ein Gericht für Arbeitssachen diese für wirksam befunden und der Arbeitnehmer selbst keinerlei Erfolgsaussicht für eine Berufung gesehen hat (vgl. BAG 27. Juni 2017 - 9 AZR 576/15 - Rn. 19 für den Fall, dass zwei Instanzen die Kündigung als wirksam erachtet haben). Den Arbeitgeber dürfte auch - vom Neunten Senat nicht erörtert - aus dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses keine strengere Haftung als diejenige für Vorsatz und Fahrlässigkeit treffen, insbesondere dürfte er keine verschuldensunabhängige Garantiehaftung (nicht: Gefährdungshaftung; vgl. den Bearbeiterhinweis) iSv. § 276 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BGB übernommen haben.

**cc) Verletzung eines Kontrahierungszwangs**

Nicht erörterungswürdig ist die eigene „Lösung“ von Schlegel (aaO S. 171 ff.). Wenn der Arbeitgeber einem Kontrahierungszwang unterliegen und die von ihm geschuldete Abgabe einer Willenserklärung verweigern sollte, könnte der Arbeitnehmer diese als Erfüllungsanspruch einklagen. Schadenersatzansprüche sind insofern nur denkbar, wenn es nicht um das - hier aber gerade in Rede stehende - Erfüllungsinteresse geht.

**e) Störung der Geschäftsgrundlage (allenfalls ganz kurz zu erörtern)**

Ein Wiedereinstellungsanspruch nach § 313 BGB dürfte schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Vorschrift - als Ausnahme vom Grundsatz *pacta sunt servanda* - nur für Verträge gilt und sie auf einseitige Gestaltungsrechte - wie eine Kündi-

gung - keine Anwendung findet (vgl. BGH 25. November 1992 - IV ZR 147/91 -; Elz aaO S. 48 f.; Palandt/Grüneberg BGB 78. Aufl. § 313 Rn. 8, str; auch das BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - BAGE 85, 194 stützt den Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung zumindest nicht unmittelbar auf die Regeln zum Wegfall der Geschäftsgrundlage). Überdies dürfte sich mit der „Rehabilitierung“ nach rechtskräftigem Unterliegen im Kündigungsschutzprozess ein Risiko verwirklichen, das nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der Verdachtskündigung allein der gekündigte Arbeitnehmer zu tragen hat (vgl. BGH 9. März 2010 - VI ZR 52/09 - Rn. 24). Danach kann dahinstehen, ob die Rechtsfolge einer Störung der Geschäftsgrundlage iSv. § 313 BGB überhaupt in einem Wiedereinstellungsanspruch liegen könnte. Immerhin ginge es nicht um eine Umgestaltung der Kündigung oder ihrer Wirkungen, sondern um die Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses durch ein ganz neues Rechtsgeschäft.

**f) Wiedereinstellungsanspruch wegen widersprüchlichen Verhaltens  
(allenfalls kurz zu erörtern)**

Ein Kontrahierungszwang soll grds. nach § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens bestehen können (BAG 24. Februar 2011 - 6 AZR 626/09 - Rn. 77 ff.; 15. März 1983 - 2 AZR 24/83 - zu I 2 a der Gründe; siehe auch die Nachweise bei Elz aaO S. 50).

- K wird meinen, es sei widersprüchlich, wenn B an der Kündigung festhalte und ihm keine Weiterbeschäftigung anbiete, obgleich der Kündigungsgrund entfallen sei (vgl. die Nachweise bei Elz aaO S. 51).
- B wird entgegen, das Festhalten an einer - zumal rechtskräftig für wirksam erkannten - Kündigung sei grds. nicht selbstwidersprüchlich, sondern vielmehr konsequent (vgl. Elz aaO S. 53; Nicolai/Noack ZfA 2000, 87, 94). Etwas anderes könnte nur gelten, wenn sie bei K den Eindruck erweckt hätte, sie werde ihn im Fall seiner „Rehabilitierung“ wiedereinstellen. Dafür gebe der Sachverhalt aber nichts her. Mit dem Ausspruch einer Kündigung erzeuge der Arbeitgeber das genaue Gegenteil eines auf Wiedereinstellung gerichteten Vertrauenstatbestands (Schlegeit aaO S. 166). Überdies sei eine Kausalbeziehung zwischen Kündigungsgrund und Kündigungserklärung nicht erforderlich. Der Arbeitgeber müsse einen bei Zugang der Kündigung objektiv vorliegenden Kündigungsgrund weder kennen noch müsse er dem Arbeitnehmer von sich aus den Kündigungsgrund mitteilen (vgl. § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB). Da der Arbeitgeber zur Angabe von Kündigungsgründen nicht verpflichtet sei und der Arbeitnehmer ohne Angabe von Gründen keinerlei objektiven Bezugspunkt für ein auf Wiedereinstellung gerichtetes Vertrauen haben könne, wäre der Arbeitgeber, der auf die Angabe von Kündigungsgründen verzichtet, ohne nachvollziehbaren Grund besser gestellt als ein die Gründe anführender Arbeitgeber (vgl. Elz aaO S. 52; Schlegeit aaO S. 166 mwN).

**g) Wiedereinstellungsanspruch aus arbeitsvertraglicher Nebenpflicht  
(Schwerpunkt)**

K wird vor allem meinen, B schulde seine Wiedereinstellung kraft einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht nach §§ 241, 242 BGB (beide Normen werden hier zusammen zitiert, um dem müßigen Streit über ihr Verhältnis zueinander auszuweichen; vgl. dazu nur Palandt/Grüneberg BGB 78. Aufl. § 241 Rn. 1 und § 242 Rn. 15, 23). In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist anerkannt, dass sich ein Wiedereinstellungsanspruch aus einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht ergeben kann. Ausdrücklich entschieden ist dies zwar lediglich für den Fall einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung (vgl. BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - zu II 4 der Gründe, BAGE 85, 194; 19. Oktober 2017 - 8 AZR 845/15 - Rn. 15, BAGE 160, 337). Doch hat das Bundesarbeitsgericht einen solchen Wiedereinstellungsanspruch auch für den Fall der „Rehabilitierung“ des Arbeitnehmers nach Ausspruch einer wirksamen Verdachtskündigung erwogen (vgl. BAG 14. Dezember 1956 - 1 AZR

29/55 - BAGE 3, 332; 25. Februar 1960 - 3 AZR 446/67 - zu V der Gründe; 4. Juni 1964 - 2 AZR 310/63 - zu I 3 c der Gründe mwN, BAGE 16, 72; 20. August 1997 - 2 AZR 620/96 - zu II 4 b der Gründe; siehe auch LAG Baden-Württemberg 22. Mai 2015 - 12 Sa 5/15 - jurisRn. 79; explizit offen gelassen von BAG 27. Juni 2017 - 9 AZR 576/15 - Rn. 28; für den Fall einer krankheitsbedingten Kündigung ebenfalls letztlich nicht entschieden von BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 639/98 - zu II 3 der Gründe, BAGE 92, 96). Dasselbe gilt für den Bundesgerichtshof (BGH 13. Juli 1956 - VI ZR 88/55 -) sowie die ganz hM im Schrifttum (aA Annuß Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung S. 350 ff.; ErfK/Niemann 20. Aufl. § 626 BGB Rn. 184). Gleichwohl besteht an dieser Stelle viel Raum für gegenläufige Argumentationen, zumal sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Anforderungen an eine wirksame Verdachtskündigung zwischenzeitlich weiterentwickelt hat.

#### **(aa) Mögliche Argumente von K**

- Ein Wiedereinstellungsanspruch kann sich aus einer vertraglichen Nebenpflicht ergeben. Das ist anerkannt für den Fall, dass der Kündigungsgrund, der bei Zugang der Kündigung vorlag, während des Laufs der Kündigungsfrist, also im noch bestehenden Arbeitsverhältnis entfällt.
- Zwar geht es hier um eine außerordentliche Kündigung, die das Arbeitsverhältnis der Parteien mit ihrem Zugang aufgelöst hat. Doch können auch nachwirkende Rücksichtnahmepflichten in Ausnahmefällen einen Wiedereinstellungsanspruch begründen. So liegt es, wenn der Arbeitgeber - wie bei der Verdachtskündigung - ein besonderes Kündigungsrecht für sich beansprucht hat, dessen Voraussetzungen später wegfallen (vgl. BAG 15. März 1983 - 2 AZR 24/83 - zu I 2 b der Gründe). Bei einer „Rehabilitierung“ nach einer wirksamen Verdachtskündigung tritt das vormals berechnigte Interesse des Arbeitgebers, sich von dem betreffenden Arbeitnehmer zu trennen, grds. hinter die Interessen des Arbeitnehmers zurück (vgl. Schlegel aaO S. 162 f.). Den Arbeitgeber trifft dann grds. die Pflicht, die dem Arbeitnehmer unwillentlich zugefügte Kränkung wieder gut zu machen (Genugtuungspflicht; vgl. BAG 25. Februar 1960 - 3 AZR 446/57 - zu V der Gründe, BAGE 9, 85). Es würde eine große Härte und Unbilligkeit bedeuten, in einem solchen Fall dem gänzlich unverschuldet entlassenen Arbeitnehmer stets die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung durch Wiedereinstellung zu versagen (vgl. BAG 14. Dezember 1956 - 1 AZR 29/55 - BAGE 3, 332; 25. Februar 1960

- 3 AZR 446/57 - aaO). Ob im Einzelfall dem Entlassenen ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zusteht, ist unter Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben nach der jeweils gegebenen besonderen Interessenlage zu entscheiden (vgl. BGH 13. Juli 1956 - VI ZR 88/55 -). Dabei kann ua. berücksichtigt werden, wenn der Arbeitgeber in gutem Glauben anderweitige Dispositionen getroffen hat (vgl. Schlegel aaO S. 162 f. sowie unten A II 4 zu den Schranken eines etwaigen Wiedereinstellungsanspruchs).

- Ein Rehabilitationsinteresse des Arbeitnehmers kann nicht mit der Begründung verneint werden, bei einer Verdachtskündigung liege der Kündigungsgrund nicht im Verhalten, sondern in der Person des Arbeitnehmers (zur Personenbedingtheit vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 20 ff. für die ordentliche Verdachtskündigung und § 1 Abs. 2 KSchG). Mit dem Befund, eine Verdachtskündigung sei wirksam, wird dem Arbeitnehmer ein seine Person betreffender Mangel an Glaubwürdigkeit attestiert (vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 21). Auch dies muss der Arbeitnehmer nicht „auf sich sitzen lassen“. Im Übrigen lässt sich nicht sagen, dass bei der Verdachtskündigung der Kündigungsgrund (stets) in der Sphäre des Arbeitnehmers liege. Denn die den Verdacht und den daraus folgenden Vertrauensverlust begründenden Umstände müssen nicht unmittelbar mit dessen Person zusammenhängen (vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - aaO). Das unterscheidet die Verdachtskündigung von „klassischen“ personenbedingten Kündigungen, insbesondere von der krankheitsbedingten Kündigung (zum Wiedereinstellungsanspruch nach letzterer vgl. BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 639/98 - zu II 3 der Gründe, BAGE 92, 96).
- Die Möglichkeit eines Wiedereinstellungsanspruchs nach einer wirksamen Verdachtskündigung und zwischenzeitlicher erfolgter Feststellung der Unschuld des betreffenden Arbeitnehmers folgt nicht nur aus Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch aus Art. 6 Abs. 2 EMRK, deren beider Wirkungen über die Generalklauseln der §§ 241, 242 BGB auch im Verhältnis zwischen einem privaten Arbeitgeber (B) und einem Arbeitnehmer (K) zu berücksichtigen sind. Der Wiedereinstellungsanspruch ist ein erforderliches Kompensat dafür, dass bei der Verdachtskündigung die Gefahr besonders groß ist, einen Unschuldigen zu treffen (vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 29).
- Falls B auf eine gesetzgeberische Wertung aus § 15 Abs. 6 AGG verweisen sollte, gilt diese nur insoweit, als einem Arbeitgeber nicht gegen seinen Willen ein

„neuer“ Arbeitgeber aufgedrängt werden kann. Im Fall des Wiedereinstellungsanspruchs geht es dagegen um die Verpflichtung, ein Arbeitsverhältnis wieder zu begründen mit einem Arbeitnehmer, den sich der Arbeitgeber zuvor selbst ausgewählt hatte (vgl. *Klein jurisPR-ArbR 7/2016 Anm. 2; Pallasch RdA 2015, 108, 113*).

- Einem Wiedereinstellungsanspruch kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass K keine Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts eingelegt und sich deshalb der Chance begeben habe, das Geständnis von L und T in den Kündigungsschutzprozess einzuführen. Es konnte ihm nicht angesonnen werden, ein Rechtsmittel einzulegen, mit dessen kostenpflichtiger Zurückweisung er nach dem seinerzeitigen Stand der Erkenntnis sicher rechnen musste (vgl. *Elz aaO S. 122*).

#### **(bb) Mögliche Argumente von B**

- Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zum Wiedereinstellungsanspruch nach einer betriebsbedingten Kündigung können nicht auf die Verdachtskündigung übertragen werden. Der Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG stellt einen nach §§ 241, 242 BGB gebotenen spezifischen Ausgleich allein dafür dar, dass eine betriebsbedingte Kündigung nicht erst möglich ist, wenn der Arbeitsplatz tatsächlich nicht mehr zur Verfügung steht, sondern schon dann wirksam erklärt werden kann, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs die auf Tatsachen gestützte Vorausschau gerechtfertigt ist, dass jedenfalls zum Ablauf der Kündigungsfrist der die Entlassung erforderlich machende betriebliche Grund vorliegen wird; danach findet die spätere tatsächliche Entwicklung grds. keine Berücksichtigung. Der Umstand, dass die Kündigung daher auch dann wirksam bleibt, wenn sich die maßgeblichen Gegebenheiten entgegen der ursprünglichen Prognose noch während des Laufs der Kündigungsfrist ändern, kann dazu führen, dass der Arbeitnehmer in seinem berechtigten, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interesse am Bestandsschutz beeinträchtigt wird. Allein vor diesem Hintergrund können die §§ 241, 242 BGB in derartigen Fällen überhaupt eine Kompensation durch einen Wiedereinstellungsanspruch gebieten (*BAG 19. Oktober 2017 - 8 AZR 845/15 - Rn. 18 mwN, aaO*). Überdies ist zu berücksichtigen, dass bei einer betriebsbedingten Kündigung der Kündigungsgrund (allein) der Sphäre des Arbeitgebers

entstammt (vgl. BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 639/98 - zu II 3 der Gründe, BAGE 92, 96).

- Neben der Privatautonomie ist die verfassungs- und konventionsrechtlich geschützte Rechtskraft als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips zu berücksichtigen. Der Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung berührt die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils im Kündigungsschutzprozess gerade nicht. Demgegenüber würde ein materiell-rechtlich geschöpfter Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen Verdachtskündigung letztlich nichts anderem dienen als der - wenn auch nur partiellen - Beseitigung der Rechtskraft des Urteils im Kündigungsschutzprozess. Er beruhte auf der Annahme, die Kündigung sei entgegen der rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung doch rechtswidrig gewesen (vgl. BAG 20. Oktober 2015 - 9 AZR 743/14 - Rn. 23 f., BAGE 153, 62). Ein Wiedereinstellungsanspruch dient aber nicht der Korrektur materiell-rechtlicher Fehlurteile. Insofern gilt für eine Verdachtskündigung nichts anderes als für eine Tat Kündigung (vgl. ErfK/Niemann 20. Aufl. § 626 BGB Rn. 184).
- Vorliegend könnte sich ein Wiedereinstellungsanspruch allenfalls aus einer nachvertraglichen (nachwirkenden) Nebenpflicht ergeben. Die wesentlich schwächer ausgestalteten nachvertraglichen Pflichten vermögen einen Wiedereinstellungsanspruch grds. nicht zu begründen (vgl. Schlegel aaO S. 164 mwN). Nachvertragliche Pflichten sind generell endbezogen auf die vollständige Abwicklung des Schuldverhältnisses gerichtet, dienen der Sicherung und dem Erhalt der durch den Vertrag gewährten Vorteile sowie seiner ungestörten Beendigung, nicht aber der Wiederbegründung des Vertrags (BAG 20. Oktober 2015 - 9 AZR 743/14 - Rn. 34, aaO; 6. August 1997 - 7 AZR 557/06 - zu II 2 der Gründe, BAGE 86, 194).
- Soweit angenommen wird, nachvertragliche Pflichten könnten in besonderen Ausnahmefällen einen Wiedereinstellungsanspruch begründen (BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - zu II B 3 b der Gründe, BAGE 95, 171), liegt ein solcher Ausnahmefall bei einer „Rehabilitierung“ nach einer wirksamen Verdachtskündigung nicht vor. Mit einer Verdachtskündigung macht der Arbeitgeber nicht von einem „besonderen Kündigungsrecht“ (vgl. BAG 15. März 1983 - 2 AZR 24/83 - zu I 2 b der Gründe) Gebrauch. Es handelt sich weder um eine „unterentwickelte Tat Kündigung“ noch liegt ein Kündigungsgrund sui generis oder „zweiter Klasse“

vor. Vielmehr kann ein Verdacht eine Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers bedingen. Dem bei der Verdachtskündigung besonders hohen Risiko, einen „Unschuldigen“ zu treffen, begegnet die Rechtsprechung bereits mit einer verfassungskonformen Auslegung von § 1 KSchG bzw. § 626 BGB (vgl. BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 20 ff.). Dabei findet das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Bestandsinteresse des Arbeitnehmers ausreichende Berücksichtigung, ohne dass es ggf. noch eines Wiedereinstellungsanspruchs bedürfte. Die unstreitigen oder zur vollen Überzeugung des Gerichts iSv. § 286 Abs. 1 ZPO feststehenden (Indiz-)Tatsachen müssen einen dringenden Verdacht begründen. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Verdacht zutrifft. Der Arbeitgeber muss alle zumutbare Mittel zur Sachverhaltsaufklärung ergriffen haben. Das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtigt wird, hätte - wäre es erwiesen - in jedem Fall eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen müssen (zu alledem BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 20 ff.). Schließlich kann der Verdacht im Lauf des Kündigungsschutzprozesses durch Entlastungstatsachen ausgeräumt werden (vgl. BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 644/13 - Rn. 21 f., BAGE 149, 367; aA BGH 13. Juli 1956 - VI ZR 88/55 -). Wird eine Verdachtskündigung gleichwohl für wirksam befunden, obwohl der betreffende Arbeitnehmer eigentlich unschuldig war, verwirklicht sich für ihn „nur“ das allgemeine Lebensrisiko.

- Die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung steht der Zulässigkeit einer Verdachtskündigung nicht entgegen (ausführlich BAG 31. Januar 2019 - 2 AZR 426/18 - Rn. 25). Ebenso wenig vermag sie über §§ 241, 242 BGB eine Nebenpflicht zur Wiedereinstellung eines „rehabilitierten“ Arbeitnehmers zu begründen. Andernfalls würden auch die Regelungen zur Restitutionsklage in § 580 ZPO faktisch ausgehöhlt.
- Der von den Befürwortern eines Wiedereinstellungsanspruchs herangezogene Aspekt der Rehabilitierung des zu Unrecht Verdächtigten stellt keine Besonderheit der Verdachtskündigung dar. Im Gegenteil hat ein zu Unrecht als „Täter“ gekündigter ein umso größeres Rehabilitationsinteresse. Deshalb müsste erst recht ein Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer Tat Kündigung anerkannt werden (vgl. ErfK/Niemann 20. Aufl. § 626 BGB Rn. 184; Schlegel aaO S. 175 ff.).
- Überdies hat der Gesetzgeber mit § 15 Abs. 6 AGG klargestellt, dass ein Arbeitgeber selbst bei massivsten Diskriminierungen nicht verpflichtet ist, ein Arbeits-

verhältnis (wieder) einzugehen (vgl. BAG 20. Oktober 2015 - 9 AZR 743/14 - Rn. 19 f., BAGE 153, 62; vom Stein FS Willemsen S. 580 f.).

- Ein Wiedereinstellungsanspruch besteht jedenfalls nicht, wenn der Arbeitnehmer - wie hier K - im Kündigungsschutzprozess nicht alle Rechtsmittel ausgeschöpft und es dadurch selbst zu verantworten hat, dass dort entlastende Tatsachen nicht mehr berücksichtigt werden konnten.

**h) Systemimmanente richterliche Rechtsfortbildung**

**(allenfalls kurz zu erörtern)**

Eine systemimmanente Rechtsfortbildung kommt (nur) in Betracht, wenn die erforderliche Gesetzeslücke vorliegt, weil nach geltender Gesetzeslage kein Wiedereinstellungsanspruch besteht.

- K könnte meinen, ein Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen Verdachtskündigung folge - aus den zu §§ 241, 242 BGB erörterten Gründen - jedenfalls aus einer systemimmanenten richterlichen Rechtsfortbildung (vgl. Elz aaO S. 59 ff.).
- B wird entgegenen, dass eine solche - wie zu §§ 241, 242 BGB ausgeführt - allenfalls bei einer betriebsbedingten Kündigung erfolgen könne. Mit der Zulässigkeit der Verdachtskündigung sei nicht notwendig ein Wiedereinstellungsanspruch für den Fall verknüpft, dass der Verdacht „entfallen“ sollte (aa Schlegel aaO S. 173). Es handele sich um einen normalen Fall der personenbedingten Kündigung, an den zugunsten des Arbeitnehmers besonders strenge Anforderungen gestellt würden.

**i) Gesetzesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung (nicht zu erörtern)**

Die strengen Voraussetzungen für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung durch die Gerichte für Arbeitsachen liegen ersichtlich nicht vor (zu den Grenzen der richterrechtlichen Schaffung eines Wiedereinstellungsanspruchs - sogar - bei einer Verletzung der EMRK BAG 20. Oktober 2015 - 9 AZR 743/14 - Rn. 16 ff., BAGE 153, 62).

## **2. Zeitliche Grenzen für die Entstehung eines Wiedereinstellungsanspruchs**

Der anerkannte Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung kann - wie ausgeführt - grds. nur während des Laufs der Kündigungsfrist entstehen.

- B könnte argumentieren, dass dementsprechend ein Wiedereinstellungsanspruch nach einer wirksamen *außerordentlichen* Verdachtskündigung - wie hier - von vornherein ausscheide.
- K könnte entgegenen, dass sich die Unschuld des Arbeitnehmers erst nach längerer Zeit herausstellen kann und sein - bei einer betriebsbedingten Kündigung nicht bestehendes - Rehabilitationsinteresse grds. auch dann noch das Interesse des Arbeitgebers überwiege, Rechtssicherheit zu erlangen (vgl. Schlegel aaO S. 184 mwN). Anders könne es nur liegen, wenn der Wiedereinstellungsanspruch verwirkt (*dazu unter A II 3*) oder dem Arbeitgeber die Wiedereinstellung in concreto unzumutbar sei (*dazu unter A II 4*).



### 3. Verfristung und Verwirkung eines Wiedereinstellungsanspruchs

- B könnte sich auf den Standpunkt stellen, auf einen einmal entstandenen Wiedereinstellungsanspruch finde die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG analoge Anwendung (*vgl. die Nachweise bei Elz aaO S. 281; Lepke NZA-RR 2002, 617, 623 und Schlegel aaO S. 191 f.*). Die Zweckrichtung von Kündigungsschutz- und Wiedereinstellungsklage sei die gleiche. Der Arbeitgeber habe ein berechtigtes Interesse, möglichst rasch zu erfahren, ob er mit einer Wiedereinstellung des „rehabilitierten“ Arbeitnehmers rechnen muss. K habe das Schreiben von L und T am 20. September 2019 erhalten, aber erst am 18. Oktober 2019 die vorliegende Klage erhoben
- K könnte hingegen meinen, für eine analoge Anwendung von § 4 Satz 1 KSchG fehle es sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke als auch an einer vergleichbaren Interessenlage. Der Gesetzgeber habe die Klagefrist bewusst auf Kündigungen beschränkt und eine entsprechende Regelung lediglich für Befristungen und auflösende Bedingungen vorgesehen (*vgl. §§ 17, 21 TzBfG*). Die Regelung des § 4 Satz 1 KSchG verstehe sich im Übrigen nur im Zusammenspiel mit der Wirksamkeitsfiktion in § 7 KSchG, die beim Wiedereinstellungsanspruch ebenfalls nicht eingreifen könne (*aA Elz aaO S. 226*). Zudem fehle es für die „Rehabilitierung“ oftmals an einem eindeutig bestimmbareren fristauslösenden Ereignis (es sei denn, man wolle dies erst in der Ablehnung eines außergerichtlichen Wiedereinstellungsverlangens durch den Arbeitgeber erblicken). Allenfalls könne die - von ihm eingehaltene - Frist des § 586 ZPO entsprechend herangezogen oder eine - von ihm ebenfalls insgesamt gewährte - zweistufige Ausschlussfrist angenommen werden, wonach der Wiedereinstellungsanspruch innerhalb von drei Wochen ab Kenntnis des Arbeitnehmers von den Anspruchsvoraussetzungen außergerichtlich beim Arbeitgeber und im Fall der Ablehnung innerhalb weiterer drei Wochen gerichtlich geltend gemacht werden müsse (*so Elz aaO S. 219 ff.*).
- Ergänzend könnte K darauf hinweisen, dass der Arbeitgeber nicht schutzlos sei, weil der Wiedereinstellungsanspruch nicht nur der Verjährung nach §§ 195, 199 BGB unterliege, sondern auch gemäß § 242 BGB verirken könne (*statt aller APS/Kiel 5. Aufl. § 1 KSchG Rn. 759*). Vorliegend fehle es für eine Verwirkung indes sowohl am Zeit- als auch am Umstandsmoment. Er habe sich bereits am 23. September 2019 an B gewandt und die „Rücknahme“ der Kündigung sowie

hilfsweise seine Wiedereinstellung geltend gemacht. B habe dies am 2. Oktober 2019 abgelehnt. Sodann habe er binnen weniger als drei Wochen die vorliegende Klage erhoben. Überdies lägen keine Umstände vor, aufgrund derer B darauf habe vertrauen dürfen, er werde seinem umgehenden außergerichtlichen Verlangen keine Klage folgen lassen.

#### **4. Schranken eines Wiedereinstellungsanspruchs (*Schwerpunkt*)**

Es ist - soweit ersichtlich - allgemein anerkannt, dass ein etwaiger Wiedereinstellungsanspruch nicht unbeschränkt, sondern lediglich in den Grenzen der Zumutbarkeit besteht. Streit herrscht - soweit ersichtlich - nur darüber, wie die Zumutbarkeit im Einzelfall zu bestimmen ist. Vorliegend sind insofern die Einstellung des R und der Widerspruch des Betriebsrats gegen eine mögliche Wiedereinstellung von K zu berücksichtigen.

##### **a) Einstellung einer Ersatzkraft**

- B wird darauf verweisen, dass sie inzwischen R eingestellt habe und ggf. zwei Chef-Verkäufer zu beschäftigen und zu vergüten hätte.
- K wird entgegen, dass die Ersatzeinstellung noch vor dem Urteil des Arbeitsgerichts und deshalb in jedem Fall auf eigenes Risiko der B erfolgt sei (*vgl. Schleger aaO S. 186*). Diese hätte sich mit einer Befristung (§ 14 TzBfG) oder auflösenden Bedingung (§ 21 TzBfG) des Arbeitsverhältnisses mit K „absichern“ können.
- B wird argumentieren, dass das Arbeitsgericht doch letztlich in ihrem Sinn entschieden habe und K selbst davon ausgegangen sei, dass er mit einer Berufung keinen Erfolg haben werde. Überdies habe der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt. Nach alledem habe sie sicher davon ausgehen dürfen, die Kündigung werde „halten“. Gemäß den vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch entwickelten Grundsätzen kippe die Risikoverteilung erst nach einem der Kündigungsschutzklage stattgebenden erstinstanzlichen Urteil (*vgl. BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - BAGE 48, 122*). Bis dahin überwiege das Interesse des Arbeitgebers, seinen Betrieb am Laufen zu halten.
- K wird zum einen sagen, dass die Zustimmung des Betriebsrats - auch - andere Gründe hatte als den gegen ihn bestehenden Diebstahlsverdacht. Zum anderen

habe R nach § 1 Abs. 1 KSchG im Zeitpunkt der außergerichtlichen Geltendmachung des Wiedereinstellungsverlangens und auch noch bei Erhebung der vorliegenden Klage keinen Kündigungsschutz genossen. Es wäre deshalb an B gewesen, das Arbeitsverhältnis mit R rechtzeitig zu beenden, ohne dass dafür besondere Gründe erforderlich gewesen wären. Im Übrigen hätte es sich selbst unter Geltung des Kündigungsschutzgesetzes nicht um eine unzulässige Austausch Kündigung gehandelt, weil B ihn - den K - ja aufgrund eines Kontrahierungszwangs und nicht deshalb (wieder-)einstellen würde, um „aus freien Stücken“ den einen Arbeitnehmer durch den anderen zu ersetzen (vgl. BAG 2. März 2017 - 2 AZR 546/16 - Rn. 21).

- B könnte kontern, dass der Arbeitgeber im Fall einer schutzwürdigen ErsatzEinstellung eine soziale Auswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG zumindest durchführen *dürfe*. Da R sozial deutlich schutzwürdiger sei, dürfe sie das neu zu begründende Arbeitsverhältnis mit K postwendend wieder beenden. Dann scheide nach § 242 BGB ein Wiedereinstellungsanspruch von vornherein aus („*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*“).
- K könnte dem entgegenhalten, dass B nicht *gezwungen* sei, eines der beiden Arbeitsverhältnisse zu kündigen. Notfalls müsse sie beide Arbeitnehmer beschäftigen (vgl. *Schleight aaO S. 186*). Vor allem aber könne der Wiedereinstellungsanspruch nicht dadurch vereitelt oder doch erheblich entwertet werden, dass der Arbeitgeber eine sozial besonders schutzbedürftige Ersatzkraft engagiere.
- B wird meinen, in diesen Fällen könne die ErsatzEinstellung gegenüber dem Wiedereinstellungsanspruch lediglich unter den Voraussetzungen des § 162 BGB unbeachtlich sein. Sie habe vorliegend aber nicht treuwidrig zulasten von K agiert.
- Schließlich könnte K die Ansicht vertreten, B müsse R ja nicht „entlassen“, sondern ihn nur auf die durch Eigenkündigung frei gewordene Stelle von L oder T „versetzen“.
- Darauf würde B erwidern, dass eine solche Maßnahme nicht in den nach § 106 GewO maßgeblichen Grenzen des Arbeitsvertrags mit R („Chef-Verkäufer“) liege, sondern es einer Änderungskündigung bedürfte. Eine solche sei aber nichts anderes als die Kombination einer „normalen“ Beendigungskündigung mit dem Angebot, nach Ablauf der Kündigungsfrist auf der Grundlage eines neuen Arbeits-

vertrags weiterbeschäftigt zu werden. In diesem Sinn müsste R also in jedem Fall zunächst als Chef-Verkäufer „entlassen“ und seine Position für K „freigekündigt“ werden. Überdies könne sie einerseits nicht gezwungen sein, R auf die Stelle einer Verkaufsleiterin zu befördern. Andererseits würde eine Weiterbeschäftigung des R als Junior-Verkäufer eine ganz erhebliche Degradierung darstellen und deshalb ebenfalls beträchtlich in seine Rechtsstellung eingreifen.

Anm.: Im Rahmen des gestellten Hilfsantrags (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) kommt es hingegen nicht darauf an, ob K für die Position von L oder T wiedereingestellt werden könnte. K möchte, dass B sein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags als *Chef-Verkäufer* - nicht als Verkaufsleiter oder Junior-Verkäufer - annimmt. Die Wiedereinstellung als Junior-Verkäufer würde demgegenüber ein „aliud“ und nicht ein bloßes „Minus“ bedeuten. Zumindest eine Beförderung zum Verkaufsleiter dürfte K auch in der Sache nicht verlangen können.

#### **b) Widerspruch des Betriebsrats**

- B wird zudem darauf hinweisen, dass der Betriebsrat einer möglichen Wiedereinstellung des K mit Argumenten widersprochen habe, die den Zustimmungsverweigerungsgründen des § 99 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 6 BetrVG zumindest zugeordnet werden könnten. Es sei deshalb damit zu rechnen, dass sie ggf. in eine Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat gezwungen würde. Die Pflicht zur Rücksichtnahme nach §§ 241, 242 BGB verlange vom Arbeitgeber nicht, die Belange eines (hier: ehemaligen) Arbeitnehmers unter Hintanstellung eigener schutzwürdiger Belange durchzusetzen (*für die Zuweisung eines Arbeitsplatzes im Ausland vgl. BAG 24. September 2015 - 2 AZR 3/14 - Rn. 25 f., BAGE 152, 337; für die zu erwartende Gegenwehr eines anderen Arbeitnehmers gegen seine Versetzung im Zuge einer Umorganisation siehe BAG 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09 - Rn. 48, BAGE 137, 164; 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 31, BAGE 134, 296; für die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zu einer Versetzung vgl. BAG 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - zu II 1 d der Gründe, BAGE 85, 107*).
- K könnte erwidern, ihm sei unbekannt, ob im Unternehmen der B in der Regel mehr als 20 *wahlberechtigte, also volljährige* (§ 7 Satz 1 BetrVG) Arbeitnehmer beschäftigt sind und deshalb überhaupt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebs-

rats nach § 99 BetrVG in Betracht komme. Überdies sei nicht der im vorliegenden Verfahren erstrebte Abschluss des Arbeitsvertrags nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig, sondern nur/erst die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb. An einer solchen fehle es aber, wenn der Arbeitnehmer nach einem faktischen Ruhen des Arbeitsverhältnisses auf seinen alten Arbeitsplatz zurückkehre (vgl. *Elz aaO S. 183 f.*). Jedenfalls handele es sich deshalb nicht um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung, weil der Betriebsrat ausschließlich dort mitbestimmen könne, wo der Arbeitgeber eine Entscheidungs- und Gestaltungsmöglichkeit habe. Ein Mitbestimmungsrecht scheidet hingegen aus, wenn der Arbeitgeber keinerlei Ermessen ausüben könne. So liege es, wenn - wie im Fall des Wiedereinstellungsanspruchs - ein Kontrahierungszwang bestehe und der Arbeitgeber auch nicht eine Auswahl zwischen mehreren *wiedereinzustellenden* Arbeitnehmern zu treffen habe (vgl. *Elz aaO S. 184 f.*; *Kleinebrink FA 1999, 138, 140*; *Schlegeit aaO S. 193 jeweils mwN*; *offener BAG 5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - zu II 2 c aa der Gründe, BAGE 97, 276*).

- B könnte entgegen, dass es nicht darauf ankomme, ob der Betriebsrat zu Recht ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG für sich reklamieren, sondern die nicht völlig unbegründete Gefahr genüge, im Fall der Wiedereinstellung ohne Beteiligung des Betriebsrats einem Beschlussverfahren nach § 101 BetrVG ausgesetzt zu werden. Insofern reiche es aus, dass der Betriebsrat offenbar sowohl nach der Arbeitnehmerzahl als auch nach dem Gegenstand (Wiedereinstellung) aus nicht völlig fernliegenden Gründen ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG für sich reklamieren (vgl. *BAG 24. September 2015 - 2 AZR 3/14 - Rn. 26 aE, BAGE 152, 337*). Davon losgelöst mag sich das Mitbestimmungsrecht zwar nicht auf den Abschluss des neuen Arbeitsvertrags beziehen, dessen Durchführung werde jedoch zweifelhaft. Es nütze dem Arbeitgeber wenig, den zuvor gekündigten Arbeitnehmer einzustellen, ihn jedoch nicht beschäftigen zu können (vgl. *Elz aaO S. 184*). Eine Eingliederung iSv. § 99 BetrVG hätte in jedem Fall zu erfolgen. Das Arbeitsverhältnis habe nicht lediglich geruht, sondern sei rechtlich unterbrochen gewesen. Es könne lediglich durch den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags wieder begründet werden. Es seien sowohl das „Ob“ als auch ggf. das „Wann“ einer „Rückkehr“ des Klägers vollkommen offen gewesen (vgl. *BAG 5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - zu II 2 c aa (2) und (3) der Gründe, BAGE 97, 276*). Letztlich habe es sich nicht nur um eine kurzzeitige Unterbrechung gehandelt. Überdies

sei zu berücksichtigen, dass § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG seine Entsprechung in § 104 BetrVG finde und deshalb im Fall der Wiedereinstellung des K ein - sofortiges - Entfernungsverlangen des Betriebsrats zumindest nicht auszuschließen wäre mit der Folge, dass B jedenfalls dadurch in eine Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat gezogen würde, falls sie das Arbeitsverhältnis nicht - postwendend - wieder beenden sollte (*allgemein zum Entlassungsverlangen des Betriebsrats nach § 104 BetrVG BAG 27. März 2017 - 2 AZR 551/16 - BAGE 159, 25*).

- K wird meinen, die Bezugnahme des Betriebsrats auf § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG besage nicht, dass das Gremium auch ein Verlangen nach § 104 BetrVG an B richten könnte. Denn dies habe der Betriebsrat auch im seinerzeit noch bestehenden Arbeitsverhältnis nicht getan. Außerdem könnte K die Ansicht vertreten, im Fall eines Wiedereinstellungsanspruchs nach einer Verdachtskündigung sei der Arbeitgeber ausnahmsweise auch gehalten, sich mit dem Betriebsrat „anzulegen“, weil es um die Wiedergutmachung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehe, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer - wenn auch unwillentlich - zugefügt habe (*vgl. BAG 25. Februar 1960 - 3 AZR 446/57 - zu V der Gründe, BAGE 9, 85*).

### **c) Pflichten des Arbeitgebers nach § 12 AGG**

- Es bewegte sich nach dem unterbreiteten Sachverhalt noch im Rahmen des Vertretbaren, wenn B auf ihre Pflichten nach § 12 AGG verwies und meinte, bei der Nichtwiedereinstellung des K handele es sich um eine vorbeugende Maßnahme zum Schutz ihrer Beschäftigten vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (Rasse oder ethnische Herkunft).
- K würde dem allerdings entgegenhalten, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, er habe in der Vergangenheit eine Belästigung begangen oder werde eine solche im wiederbegründeten Arbeitsverhältnis begehen, die sich nach Maßgabe von § 2 Abs. 3 AGG als Benachteiligung iSv. § 12 Abs. 1 und Abs. 3, § 7 Abs. 1 AGG darstellte.

### **5. rückwirkende Wiedereinstellung (nicht zu erörtern)**

Eine Partei kann grds. dazu verurteilt werden, eine Willenserklärung abzugeben, mit der rückwirkend ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll (*vgl. nur BAG 18. September 2018 - 9 AZR 20/18 - - Rn. 22; 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - Rn. 68; BAGE 120, 115*). Zwar soll eine gerichtliche Entscheidung ausgeschlossen sein, mit der ein Arbeitsverhältnis mit Rückwirkung auf einen Zeitpunkt vor Abgabe des Angebots konstituiert werden soll (*so BAG 13. Juni 2012 - 7 AZR 537/10 - Rn. 33*). Doch

hat K hier unter dem 23. September 2019 die Wiedereinstellung außergerichtlich von B verlangt. Auf dieses Datum soll sich die von B abzugebende Annahmeerklärung beziehen.

#### 6. Anrechnung der Vorbeschäftigungszeit (kurz zu erörtern)

K möchte eine Vorbeschäftigungszeit seit dem 1. Februar 2003 angerechnet haben. Geht man - B wird sagen: fälschlich - davon aus, dass mithilfe eines Wiedereinstellungsanspruchs die Wirksamkeit der Kündigung „korrigiert“ werden kann, erscheint das Anknüpfen an den im „alten“ Arbeitsverhältnis erworbenen Besitzstand nur konsequent (vgl. *Schleight aaO S. 194 mwN*). Überdies ließe sich von K vertreten, dass die beiden Arbeitsverhältnisse zB in Bezug auf die Wartezeit des § 1 KSchG ohnehin als Einheit zu betrachten wären, weil die rechtliche und tatsächliche „Unterbrechung“ nach über sechzehn Jahren ihren Grund allein in dem Ausspruch einer Kündigung durch B gehabt habe, die - wie später bekannt geworden ist - einen „Unschuldigen“ getroffen hat, und er unverändert als Chef-Verkäufer zu beschäftigen sei. Demgegenüber falle ausnahmsweise auch eine „Unterbrechung“ von fast sechs Monaten nicht ins Gewicht (vgl. *BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 859/11 - Rn. 19, BAGE 147, 251*).

## B. Fallvariante

### I. Sachverhalt

Nachdem ihr das vollständig abgefasste Urteil des Arbeitsgerichts im Kündigungsschutzprozess zugestellt worden war, hatte B für die Dauer von zwei Wochen ein Schreiben am - ausschließlich - für die Mitarbeiter einsehbaren schwarzen Brett des Juweliergeschäfts ausgehängt. Darin hieß es, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit K „als dem mutmaßlichen Dieb des Zebra-Diamanten“ sei in erster Instanz vorerst gerichtlich bestätigt worden.

Für den Fall, dass er auch mit dem Hilfsantrag auf Wiedereinstellung nicht durchdringen sollte, beantragt K höchst hilfsweise,

*B zu verurteilen, am schwarzen Brett des Juweliergeschäfts für zwei Wochen ein Schreiben auszuhängen, in dem sie - B - klarstellt, dass der Diebstahlsverdacht gegen ihn - K - nach Klärung des Sachverhalts nicht aufrechterhalten werde.*

#### **Bearbeitungshinweis:**

Hinsichtlich der Fallvariante sind keine Anspruchsgrundlagen von der Prüfung ausgeschlossen.

## II. Rechtliche Überlegungen

Vorbemerkung: Von den Parteivertretern kann „lediglich“ eine stringente, an den Tatbestandsmerkmalen einer Anspruchsgrundlage ausgerichtete, für ihre Seite günstige Argumentation, keineswegs aber die Kenntnis der einschlägigen Rechtsprechung und die Abhandlung sämtlicher im Folgenden aufgeworfener Probleme erwartet werden.

### 1. Äußerungsrechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch

In Betracht kommt ein von der Rechtsprechung aus § 1004 BGB und verwandten Bestimmungen entwickelter verschuldensunabhängiger Anspruch von K gegen B auf Berichtigung einer unwahren Tatsachenbehauptung, um einem Zustand fortdauernder Rufbeeinträchtigung ein Ende zu machen und so die - mittlerweile - rechtswidrige Störung abzustellen (vgl. *BGH 19. Juli 2018 - IX ZB 10/18 - Rn. 23; 28. Juli 2015 - VI ZR 340/14 - Rn. 13, BGHZ 206, 289; 18. November 2014 - VI ZR 76/14 - Rn. 13, BGHZ 203, 239; siehe auch BAG 21. Februar 1979 - 5 AZR 568/77 - zu B I 1 der Gründe*).

a) Mit dem Aushang der B ist die - dem Beweis zugängliche - Tatsachenbehauptung aufgestellt worden, es sei vermutlich K gewesen, der den Zebra-Diamanten entwendet habe (*zur Abgrenzung zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung vgl. BGH 19. Juli 2018 - IX ZB 10/18 - Rn. 19; 28. Juli 2015 - VI ZR 340/14 - Rn. 24 ff., BGHZ 206, 289*).

b) Infolge dieser „Verdachtsäußerung“ müsste eine rechtswidrige Störung in Gestalt eines Zustands fortdauernder Rufbeeinträchtigung vorliegen.

aa) Die betreffende Äußerung greift in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein. Eine Berichterstattung über den Verdacht einer Straftat unter namentlicher Nennung des Verdächtigen beeinträchtigt zwangsläufig dessen Recht auf Schutz seiner Persönlichkeit und seines guten Rufes, weil sie sein mögliches Fehlverhalten öffentlich (hier: betriebsöffentlich) bekannt macht und seine Person in den Augen der Adressaten negativ qualifiziert (vgl. *BGH 18. November 2014 - VI ZR 76/14 -*



*Rn. 31, BGHZ 203, 239; BAG 21. Februar 1979 - 5 AZR 568/77 - zu B I 2 der Gründe).*

bb) B könnte zum einen einwenden, die Rufbeeinträchtigung dauere nicht fort. Der Aushang sei längst abgenommen. Das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung beendet und K auch nicht wieder einzustellen. Deshalb komme es auf sein Ansehen in der „Betriebsöffentlichkeit“ nicht mehr an. Da eine schädigende Auswirkung nicht mehr vorliege, erstrebe K mit dem Verlangen einer ergänzenden Mitteilung letztlich nur eine Entschuldigung (*vgl. BGH 13. Oktober 1964 - VI ZR 167/63 - zu 1 der Gründe*).

K wird entgegen, es sei davon auszugehen, dass der Aushang in der Erinnerung der Belegschaftsangehörigen fortwirke, sei es, dass diese sich an den Diebstahlsvorwurf erinnern, sei es, dass sie auf Dauer nur noch die Erinnerung haben, dass er unter ihn belastenden Umständen ausgeschieden ist (*vgl. BAG 21. Februar 1979 - 5 AZR 568/77 - zu B I 4 der Gründe*). Sein Persönlichkeitsrecht und sein guter Ruf würden unabhängig vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses geschützt. Es gehe nicht nur um seine Autorität als Vorgesetzter.

cc) B wird zum anderen einwenden, die „Verdachtsäußerung“ sei nicht rechtswidrig gewesen. Sie habe ein berechtigtes Interesse daran gehabt, die Belegschaft hinsichtlich des Diebstahls des Zebra-Diamanten auf dem Laufenden zu halten. Zur Zeit des Aushangs habe wenigstens der dringende Verdacht bestanden, dass K den Diamanten entwendet habe. Das stehe aufgrund des Urteil des Arbeitsgerichts sogar rechtskräftig fest.

K wird dem entgegenhalten, der in Anlehnung an § 1004 BGB entwickelte Berichtigungsanspruch zielt auf eine Folgenbeseitigung ab und setze deshalb nicht voraus, dass eine in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingreifende Äußerung als von Anfang an rechtswidrig anzusehen sei. Abzustellen sei vielmehr auf die fortdauernde Wirkung der Äußerung. In der fortdauernden Wirkung einer rufbeeinträchtigenden Tatsachenbehauptung liege unabhängig von ihrer ursprünglichen Rechtmäßigkeit ein vom Betroffenen nicht zu duldender Störungszustand, wenn der Wahrheitsgehalt der Behauptung zwar zunächst ungeklärt gewesen sei, sie sich aber - wie hier - nachträglich als unrichtig herausstelle. Es gebe kein legitimes Interesse, an einer Behauptung auch nach Feststellung der Unwahrheit festzuhalten (*vgl. BGH*

18. November 2014 - VI ZR 76/14 - Rn. 34 f., BGHZ 203, 239). Durch das Urteil im Kündigungsschutzprozess stehe nicht - zumal nicht für immer - fest, dass gegen K der dringende Verdacht bestehe, den Zebra-Diamanten entwendet zu haben. In Rechtskraft sei allein der Urteilsausspruch erwachsen, also die Feststellung, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei durch die Kündigung der B vom 25. März 2019 aufgelöst worden. Überdies habe sich seine Unschuld erst nach Rechtskraft des Urteils erwiesen und werde deshalb auch von den zeitlichen Grenzen der Rechtskraft nicht erfasst.

c) B ist für die rechtswidrige Störung verantwortlich. Sie hat mit dem „Verdachtsaushang“ die Gefahr einer Persönlichkeitsrechtsverletzung begründet, die sich mit der Ausräumung des Verdachts verwirklicht hat (vgl. BGH 18. November 2014 - VI ZR 76/14 - Rn. 37, BGHZ 203, 239).

B könnte allerdings meinen, ihre Verantwortlichkeit entfalle deshalb, weil sich dem Aushang habe entnehmen lassen, dass sie von einer Vorläufigkeit des Berichteten (mutmaßliche „Täterschaft“; Bestätigung der Verdachtskündigung bislang - nur - in erster Instanz) ausgegangen sei.

K wird hingegen die Ansicht vertreten, dieser Umstand ändere nichts an der Störereigenschaft von B (vgl. BGH 18. November 2014 - VI ZR 76/14 - Rn. 37, BGHZ 203, 239).

d) Ein Anspruch auf Abgabe einer die fortwirkende Beeinträchtigung beseitigenden Erklärung muss sich in den Grenzen des Notwendigen und Zumutbaren halten. Unter Abwägung der beiderseitigen Grundrechtspositionen ist die schonendste Maßnahme zu wählen, die zur Beseitigung des Störungszustands geeignet ist.

- K wird meinen, diesen Vorgaben habe er dadurch Rechnung getragen, dass er nicht eine Richtigstellung des - seinerzeit wohl nicht zu beanstandenden - Ursprungsaushangs, sondern lediglich eine „Nachtragserklärung“ ebenfalls in Form eines Aushangs am schwarzen Brett (*Grundsatz der „Waffengleichheit“*, vgl. BAG 21. Februar 1979 - 5 AZR 568/77 - zu B I 5 der Gründe) mit dem Inhalt verlangt, angesichts der zwischenzeitlichen Klärung des Sachverhalts werde der Verdacht nicht aufrechterhalten (vgl. BGH 18. November 2014 - VI ZR 76/14 - Rn. 40 ff., BGHZ 203, 239).

- B könnte zum einen - entsprechend den Grundsätze zur Verpflichtung der Presse zur Publikation eines Nachtrags nach ursprünglich zulässiger Verdachtsberichterstattung - einwenden, für die von K beanspruchte nachträgliche Mitteilung fehle es an einem ausreichend qualifizierten Anlass, wie zB dem Fallenlassen der Tatvorwürfe in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren durch einen Einstellungsbeschluss oder einem strafgerichtlichen Freispruch gegenüber dem Betroffenen. Eine nachträgliche Mitteilung könne nicht beliebig unter Berufung auf neue Erkenntnisse und das Verlangen nach einer neuen Würdigung der Sachlage begehrt werden (*vgl. BVerfG 2. Mai 2018 - 1 BvR 666/17 - Rn. 20*).
- Hierzu wird K sagen, dass B sich nicht auf die Pressefreiheit berufen könne, es im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien nicht auf den Ausgang eines - oft gar nicht anhängigen - Strafverfahrens ankomme und er jedenfalls durch das Schreiben von L und T nebst dem beigefügten Foto offenkundig und ohne Raum für eine abweichende Bewertung entlastet sei.
- B könnte zum anderen einwenden, sie dürfe aufgrund ihrer negativen Meinungsfreiheit nicht zu einer eigenen Bewertung der veränderten Sachlage verpflichtet werden. Die von ihr abverlangte Erklärung müsse sich vielmehr auf eine distanzierte Mitteilung der geänderten Umstände in ihrem objektiven Gehalt beschränken. Sie könne deshalb nach dem ursprünglich rechtmäßigen Aushang nicht dazu verpflichtet werden, von der dortigen Mitteilung abzurücken und zu erklären, dass sie den Verdacht nicht mehr aufrechterhalte (*vgl. BVerfG 2. Mai 2018 - 1 BvR 666/17 - Rn. 20 und 23 zur Verpflichtung der Presse zur Publikation eines Nachtrags nach ursprünglich zulässiger Verdachtsberichterstattung; siehe auch BGH 19. Juli 2018 - IX ZB 10/18 - Rn. 21*).
- K wird diesbezüglich die Ansicht vertreten, auch bei der begehrten Nachtragserklärung handele es sich wohlverstanden um eine reine Tatsachenerklärung des - dem Beweis zugänglichen - Inhalts, er habe den Zebra-Diamanten nicht verwendet.

## **2. Anspruch aus nachwirkender arbeitsvertraglicher Nebenpflicht**

K könnte seinen Anspruch auch auf eine nachwirkende arbeitsvertragliche Nebenpflicht aus §§ 241, 242 BGB stützen. Insofern wären im Kern die gleichen Punkte zu „bedienen“ (fortdauernder Störungszustand, ursprüngliche Rechtmäßigkeit der

Äußerung, erkennbare Vorläufigkeit des Berichteten, Zumutbarkeit der begehrten „Nachtragserklärung“).

### **3. Schadensersatzansprüche**

Schadensersatzansprüche dürften nicht in Betracht kommen. B dürfte K ohne Verschulden betriebsöffentlich „verdächtig“ haben.