

Dr. Ilka Heinemeyer, RAin/FAinArbR, und Dr. Holger Thomas, RA/FAArbR

# Compliance: Die Einhaltung der Zweiwochenfrist bei Ausspruch fristloser Kündigungen im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen

Im Rahmen von unternehmensinternen Ermittlungen (sog. Internal Investigations) werden bei schwerwiegenden Compliance-Verstößen (beispielsweise kartellrechtswidrigen Absprachen, Annahme von Bestechungsgeldern oder Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen), insbesondere Mitarbeiterinterviews durchgeführt, um den zumeist nur unvollständig vorliegenden Sachverhalt weiter aufzuklären. Da der Arbeitgeber im Rahmen der Mitarbeiterinterviews zumeist neue Kenntnis von Tatsachen/bzw. Verdachtsmomenten bzgl. begangener Compliance-Verstöße erhält, kann es sein, dass durch die Mitarbeiterinterviews die gesetzliche Zweiwochenfrist, die bei Ausspruch einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 626 Abs. 2 BGB einzuhalten ist, zu laufen beginnt. Das BAG hat in der Vergangenheit, zuletzt im Urteil vom 27.1.2011 (BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine), dazu Stellung genommen, wann die Zweiwochenfrist bei Ausspruch einer fristlosen Kündigung zu laufen beginnt. Da das BAG zwischen dem Ausspruch sog. Verdachtskündigungen sowie sog. Tatkündigungen differenziert und teilweise unterschiedliche Zeitpunkte für den Beginn der Zweiwochenfrist annimmt, sollen unter Berücksichtigung der BAG-Rechtsprechung im Folgenden die Voraussetzungen für den jeweiligen Beginn der Zweiwochenfrist dargestellt werden.

## I. Einleitung

Unternehmen erfahren zumeist durch (vage) Hinweise von Mitarbeitern, Kunden oder über sog. Whistleblower-Hotlines von Unregelmäßigkeiten, die den Verdacht von Straftaten (beispielsweise Bestechung/Bestechlichkeit, Untreue, Insiderhandel, Steuerhinterziehung), Kartellrechtsverstößen oder anderen schwerwiegenden Vertragsverletzungen durch eigene Mitarbeiter betreffen.<sup>1</sup>

In den meisten Fällen wird das Unternehmen am Anfang nur einen Verdacht haben, die genaueren Umstände des Vorfalls jedoch noch nicht kennen. Zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes kommt neben der Prüfung der Bilanzen insbesondere die Durchsicherung von E-Mail Accounts („Screening“) der verdächtigten Mitarbeiter in Betracht. Die Durchsicherung von E-Mail Accounts weist jedoch zahlreiche rechtliche Hürden auf, sofern die private Nutzung geduldet oder erlaubt ist,<sup>2</sup> so dass es – je nach Fallgestaltung – oftmals zunächst einfacher sein dürfte, sog. Mitarbeiterinterviews durchzuführen<sup>3</sup> (ggf. auch parallel zur Durchsicherung von E-Mail Accounts).

Die Ergebnisse dieser Interviews sollten grundsätzlich zeitnah an die jeweiligen Entscheidungsträger im Unternehmen, die mit den internen Ermittlungen betraut sind, weitergeleitet werden,<sup>4</sup> um die internen Ermittlungen den neuen Informationen anzupassen. Dies beinhaltet jedoch grundsätzlich die Gefahr, dass die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB, welche bei Ausspruch einer fristlosen Kündigung

eines Arbeitsverhältnisses eingehalten werden muss, zu laufen beginnen könnte.

Sofern den interviewten Mitarbeitern keine sog. Amnestien angeboten werden sollen,<sup>5</sup> ist es für den Arbeitgeber somit entscheidend, dass er – wenn er Interviews mit den Mitarbeitern durchführt bzw. durchführen lässt (beispielsweise durch externe Rechtsanwälte oder die Revisionsabteilung) und grundsätzlich der Ausspruch einer fristlosen Kündigung in Betracht kommen soll<sup>6</sup> – im Blick behält, unter welchen Voraussetzungen die Zweiwochenfrist zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines bislang nur verdächtigten Mitarbeiters zu laufen beginnt. Denn wenn der Arbeitgeber die Zweiwochenfrist nicht einhält, ist die fristlos ausgesprochene Kündigung bereits aus diesem Grunde unwirksam. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Ausspruch einer fristlosen Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist, stellen wir im Folgenden dar.<sup>7</sup>

## II. Fristlose Kündigung und Zweiwochenfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB

Eine fristlose Kündigung ist gem. § 626 Abs. 2 BGB nur wirksam, wenn sie dem Arbeitnehmer innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab Kenntnis der für die fristlose Kündigung maßgebenden Tatsachen zugeht. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG beginnt die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist, sobald der Kündigungsbeauftragte eine „zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht“<sup>8</sup> (sog. Tatkündigung).

1 Vgl. insgesamt zur Thematik von unternehmensinternen Ermittlungen: *Wisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1392 ff., 1447 ff.; *Mengel/Ullrich*, NZA 2006, 240 ff.

2 Vgl. insbesondere *Dann/Zülch*, ZRfC 2011, 267, 267; *Wisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1447 ff.; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80 ff.; *Wellhöner/Byers*, BB 2009, 2310 ff.; *Mengel/Ullrich*, NZA 2006, 240, 242 f.; LAG Brandenburg, 16.2.2011 – 4 Sa 2132/10 sowie dazugehörige Urteilsanmerkung von *Schild*, ZfPR 8/2011, 16 ff.

3 Zu der Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang die Mitarbeiter verpflichtet sind, an den Interviews teilzunehmen vgl. die Darstellungen bei *Lützel/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 20 ff.; *Wisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1392 ff., 1447 ff.; *Zimmer*, ZRfC 2011, 259 f.; *Vogt*, NJOZ 2009, 4206, 4213; *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703, 1705 ff.; *Mengel/Ullrich*, NZA 2006, 240, 243 f.

4 So auch *Brückner*, BB 2010, 21, 24, der eine zeitnahe Weiterleitung der Ergebnisse aus den Interviews insbesondere wegen der Einleitung von arbeitsrechtlichen Schritten sowie einer Selbstanzeige bei festgestellter Steuerhinterziehung (§ 371 AO) für notwendig erachtet.

5 Vgl. hierzu weiterführend *Annuß/Pelz*, BB Special 4/2010, 14 ff.; *Breßler* u. a., NZG 2009, 721 ff.; *Schürtle/Olbers*, CCZ 2010, 178, 181 f.; *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703, 1704 f. Zu Haftungsrechtlichen Konsequenzen bei Mitarbeiter-Amnestieprogrammen vgl. *Wastl/Pusch*, RdA 2009, 376 ff.

6 Zu anderen Sanktionsmöglichkeiten, beispielsweise Abmahnung sowie Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung bei Compliance Verstößen vgl. die Ausführungen bei *Bissels/Lützel*, BB 2012, 189 ff.

7 Der Aufsatz bezieht sich nur auf die fristlose Kündigung von Arbeitsverhältnissen, nicht jedoch auf die fristlose Kündigung von Geschäftsführer- oder Vorstandsdienstverträgen.

8 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine* = NZA 2011, 798; BAG, 25.11.2010 – 2 AZR 171/09, NZA-RR 2011, 177; BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, BB 2006, 2536 = NZA 2006, 1211.

Eine grob fahrlässige Unkenntnis ist insoweit ohne Bedeutung.<sup>9</sup> Allerdings kann sich der Kündigungsberechtigte hierauf nicht zwangsläufig berufen und quasi die Augen verschließen, wenn er Anhaltspunkte hat, die ihn ggf. zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigen könnten. In diesem Fall ist genau zu prüfen, ob der Kündigungsberechtigte die Aufklärung des Sachverhaltes mit der gebotenen Eile durchgeführt hat.<sup>10</sup>

Da die Zweiwochenfrist eine gesetzlich zwingende Vorschrift ist, kann diese weder durch Parteivereinbarung ausgeschlossen noch abgeändert werden.<sup>11</sup>

### III. Person des Kündigungsberechtigten

Insbesondere bei konzernweiten internen Untersuchungen stellt sich für den Beginn der Zweiwochenfrist die Frage, auf wessen Kenntnis es bezüglich der kündigungsrelevanten Tatsachen/Verdachtsmomente ankommt. Denn in diesen Fällen wird nicht zwangsläufig eine kündigungsberechtigte Person des jeweiligen Arbeitgebers bei den Mitarbeiterinterviews anwesend sein, weil die Gespräche in der Regel von speziell für die interne Untersuchung zusammengestellten Teams durchgeführt werden.

Nach der Rechtsprechung ist diejenige natürliche Person kündigungsberechtigt, der im konkreten Fall das Recht zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung zusteht. Dies sind einmal der Arbeitgeber selbst sowie seine gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter (beispielsweise Geschäftsführer, Vorstand, entsprechend bevollmächtigter Prokurist oder der Leiter der Personalabteilung).<sup>12</sup>

Sollten im Rahmen der internen Ermittlungen – insbesondere wenn es sich um konzernweite Ermittlungen handelt – die Mitarbeitergespräche beispielsweise nur durch Mitarbeiter der Konzernrevision oder Konzernsicherheit durchgeführt werden, kann sich der kündigungsberechtigte Arbeitgeber des betreffenden Mitarbeiters jedoch nicht darauf berufen, dass von ihm kein Vertreter an dem Gespräch beteiligt war. Denn ansonsten könnte der Arbeitgeber durch geschickte Zusammenstellung des internen Ermittlungsteams den Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist (beliebig) hinauszögern. Vielmehr sind die internen Ermittler verpflichtet, ihre Erkenntnisse unverzüglich an die jeweils Kündigungsberechtigten weiterzugeben. Dies hat das BAG in einer ähnlichen Konstellation im Falle eines Revisionsleiters entschieden, der zwar nicht kündigungsberechtigt, aber mit der Aufklärung des Sachverhaltes betraut war.<sup>13</sup>

### IV. Aufklärung des Sachverhaltes

#### 1. Aufklärung mit der gebotenen Eile

Gerade bei konzernweiten systematischen Compliance Verstößen, die auf unternehmensübergreifenden Verflechtungen beruhen, dürfte die Aufklärung des Sachverhaltes grundsätzlich einige Zeit in Anspruch nehmen. Für Arbeitgeber ist es daher in diesen Konstellationen entscheidend, wie umfassend sie den einzelnen kündigungsrelevanten Sachverhalt ermitteln dürfen, ohne den Beginn der Zweiwochenfrist auszulösen.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Kündigungsberechtigte zur Aufklärung des Sachverhaltes nach pflichtgemäßem Ermessen alle notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführen darf, ohne dass die Zweiwochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt.<sup>14</sup> Der Kündigungsberechtigte soll nach der Rechtsprechung des BAG weder

zu „hektischer Eile“ angetrieben werden, noch veranlasst werden, „ohne eine genügende Prüfung des Sachverhalts oder vorhandener Beweismittel voreilig zu kündigen“.<sup>15</sup> Dies kann bei komplexen Sachverhalten nur heißen, dass dem Kündigungsberechtigten ausreichende Zeit gegeben wird, um den Sachverhalt in der notwendigen Tiefe zu ermitteln, um nicht gezwungen zu sein, dem auch in dieser Hinsicht schutzwürdigen Arbeitnehmer zu frühzeitig zu kündigen. Der Beginn der Ausschlussfrist ist aber nur solange gehemmt, wie der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile noch notwendige Ermittlungen anstellt, die ihm „eine weitere, umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts und der notwendigen Beweismittel verschaffen sollen“.<sup>16</sup> Die Ermittlungen dürfen demnach nicht ohne verständige Gründe hinausgezögert werden.<sup>17</sup> Im Übrigen ist der Kündigungsberechtigte nicht verpflichtet, eine Verdachtskündigung auszusprechen. Vielmehr kann er den Sachverhalt weiter ermitteln, bis er ausreichende Tatsachenkenntnis hat.

Zu den maßgebenden Tatsachen, die ein Arbeitgeber im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung ermitteln darf, gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände<sup>18</sup> als auch das Beschaffen und Sichern möglicher Beweismittel für eine ermittelte Pflichtverletzung.<sup>19</sup> Besitzt der Kündigungsberechtigte lediglich Anhaltspunkte für einen Verdacht, der zur fristlosen Kündigung berechtigen kann (dies dürfte oftmals der Regelfall sein), ist er ebenfalls gehalten, Ermittlungen anzustellen und den Betroffenen anzuhören, ohne dass die Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt. Sofern der Kündigungsberechtigte hingegen bereits ausreichende Tatsachenkenntnis hat oder der Arbeitnehmer die Vorwürfe sogar zugestanden hat, kann sich der Kündigungsberechtigte nicht mehr wirksam darauf berufen, dass er den Sachverhalt noch aufklären müsse; vielmehr beginnt die Zweiwochenfrist grundsätzlich bereits zu diesem Zeitpunkt.<sup>20</sup>

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung strenge Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Kündigungsberechtigten bzgl. der Einhaltung der Zweiwochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB stellt. Je größer daher der Zeitraum zwischen der Kenntnis der ersten Vorwürfe, die der fristlosen Kündigung später zugrunde liegen, und dem tatsächlichen Ausspruch der fristlosen Kündigung ist, desto strenger sind die Anforderungen an den substantiierten Vortrag des Kündigenden.<sup>21</sup>

9 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport Lansnicker, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630; BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101.

10 Fischermeier, in: KR 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 319.

11 BAG, 12.2.1973 – 2 AZR 116/72, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 6; Fischermeier, in: KR 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 317; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 220.

12 Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 205.

13 BAG, 26.11.1987 – 2 AZR 312/87, BeckRS 2009, 56442.

14 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101; Fischermeier, in: KR 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 331; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 210.

15 BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, BB 2007, 2187 = NZA 2007, 744; BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101.

16 BAG, 10.6.1988 – 2 AZR 25/88, BB 1989, 1062 = NZA 1989, 105; BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101.

17 BAG, 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, BB-Entscheidungsreport Heuchemer, BB 2008, 900 = NZA-RR 2008, 344; OLG Düsseldorf, 2.7.2007 – 9 U 3/07, BeckRS 2007, 15477.

18 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport Lansnicker, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630.

19 BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, BB 2007, 2187 = NZA 2007, 744; BAG, 2.2.2006 – 2 AZR 57/05, NZA-RR 2006, 440.

20 BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101; BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, BB 2007, 2187 = NZA 2007, 744; Fischermeier, in: KR 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 331; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 210.

21 In seinem Urteil vom 1.2.2007 (BAG, 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, BB 2007, 2187 = NZA 2007, 744) hat das BAG ausgeführt, dass eine zweimonatige Ermittlungsdauer veranlasst sein kann. Das OLG Düsseldorf, 2.7.2007 – 9 U 3/07, BeckRS 2007, 15477 hat eine Ermittlungsdauer von zwei bis drei Monaten für zulässig gehalten. Welchen Zeitraum Ermittlungen des Arbeitgebers einnehmen dürfen, ist aber stets von einer Prüfung der konkreten Umstände des Einzelfalles abhängig.

## 2. Vernehmung des Mitarbeiters durch die Staatsanwaltschaft

Der Arbeitgeber darf auch parallel zur Staatsanwaltschaft den Sachverhalt ermitteln; er ist dazu aber nicht verpflichtet. Diesbezüglich kommt es in der Praxis häufig vor, dass die Staatsanwaltschaft den Arbeitgeber auffordert, vorerst von der Anhörung zu arbeitsrechtlichen Vorwürfen einzelner Verdächtiger Abstand zu nehmen, bis die Staatsanwaltschaft selbst die Verdächtigen vernommen und dem Arbeitgeber die Freigabe erteilt hat. Als Begründung gibt die Staatsanwaltschaft in der Regel an, dass dies aus ermittlungstaktischen Gründen angezeigt sei, weil ansonsten die Gefahr bestehen könnte, dass der Gesamtkomplex der Sachverhaltsermittlung – insbesondere bei umfangreichen Korruptions- oder Kartellrechtsverstößen – gefährdet sei.

Die für den Arbeitgeber dadurch entstehende Unsicherheit, ob er, wenn er einer solchen Aufforderung der Staatsanwaltschaft nachkommt, gegen das Gebot der unverzüglichen Sachverhaltsermittlung verstößt, hat das BAG in einem Urteil aus 2005<sup>22</sup> zu Recht verneint. In der Entscheidung ging es um den Vorwurf der Bestechlichkeit/Vorteilsannahme. Der Arbeitgeber war hier der Aufforderung der Staatsanwaltschaft, den verdächtigten Mitarbeiter erst nach der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung zu arbeitsrechtlichen Vorwürfen anzuhören, nachgekommen. Die Freigabe der Staatsanwaltschaft erfolgte erst gut neun Monate nach der ersten Anfrage des Arbeitgebers bei der Staatsanwaltschaft. Das BAG führte diesbezüglich aus, dass der Arbeitgeber erst aufgrund der Freigabeerklärung der Staatsanwaltschaft und der von der Staatsanwaltschaft übergebenen belastenden Materialien davon ausgehen konnte, dass er die Informationen in einem Kündigungsschutzverfahren auch als Beweis anführen durfte. Insofern konnte sich der Arbeitgeber auf einen sachlichen Grund berufen, die eigenen Ermittlungen für den genannten Zeitraum zu unterbrechen, weil von ihm nicht verlangt werden konnte, gegen das Votum der Staatsanwaltschaft das den Kläger belastende Material vorab in einem Kündigungsschutzverfahren einzuführen und zu verwenden.<sup>23</sup>

## 3. Anhörung des Mitarbeiters

Zudem darf der Kündigungsberechtigte den Betroffenen anhören, ohne dass die Zweiwochenfrist zu laufen beginnt. Die Rechtsprechung geht diesbezüglich von einer Regelanhörungsfrist von maximal einer Woche aus.<sup>24</sup> Sollte diese Zeit überschritten werden, muss der Kündigende darlegen und beweisen, dass besondere Umstände vorgelegen haben, aufgrund derer die Anhörung länger dauerte.<sup>25</sup> Diese Grundsätze gelten nach Ansicht der Rechtsprechung nicht nur bei Verdachtskündigungen, sondern auch bei Kündigungen, die auf einen Tatvorwurf gestützt werden.<sup>26</sup> Diesbezüglich hat das BAG in einem Urteil<sup>27</sup> entschieden, dass Termenschwierigkeiten des Rechtsbeistandes des Arbeitnehmers, der an dem Gespräch teilnehmen sollte, einen erheblichen Grund für die Verzögerung der einwöchigen Regelanhörungsfrist darstellen können; in dem konkreten Fall ging es jedoch nur um eine Überziehung der Regelanhörungsfrist um eine weitere Woche.

## 4. Einholung von Rechtsrat

Insbesondere bei komplexen Compliance-Verstößen, die möglicherweise sehr umfangreiche Rechtsprüfungen nach sich ziehen, stellt sich im Rahmen von internen Ermittlungen häufig die Frage, ob der Beginn der Zweiwochenfrist dadurch gehemmt wird, dass der Kündigungs-

berechtigte Rechtsrat einholt, um den ihm vorliegenden Sachverhalt rechtlich bewerten zu lassen. Nach Ansicht des LAG Hamm,<sup>28</sup> der auch die Literatur folgt, scheidet eine solche Hemmung jedoch aus.<sup>29</sup> Das LAG Hamm begründet seine Ansicht damit, dass der Gesetzgeber dem Kündigungsberechtigten bereits durch Einräumung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB ausreichend Zeit zugestehet, um sich zu entscheiden, welche Maßnahmen er aufgrund der Vorwürfe ergreifen möchte. Da die Frist erst mit vollständiger Sachverhaltskenntnis zu laufen beginne und bei der Fristberechnung die zur Aufklärung objektiv erforderliche Zeit fiktiv eingerechnet werde, sei für die weitere Herausögerung des Fristbeginns durch Einholung von Rechtsrat kein Raum.

Bei rechtlich einfachen Fragestellungen erscheint diese Rechtsansicht nachvollziehbar. Bei sehr komplexen rechtlichen Kündigungsvorfällen, die nur mittels umfassender Gutachten durch Rechtsanwälte und/oder Wirtschaftsprüfer bewertet werden können, ist diese Rechtsprechung für die Praxis jedoch realitätsfremd. Letztlich hat diese Rechtsprechung zur Folge, dass der jeweilige Sachverhalt bereits parallel zu den Ermittlungen rechtlich bewertet werden muss, um nicht gegen das Gebot der zügigen Sachverhaltsermittlung zu verstoßen.

## V. Beginn der Zweiwochenfrist bei Verdachts- bzw. Tatkündigungen

Die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gilt sowohl für sog. Verdachts- als auch für Tatkündigungen, deren Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann. Insbesondere bei unsicherer Beweislage empfiehlt es sich in der Praxis, sowohl eine Tat- als auch eine Verdachtskündigung auszusprechen. In diesem Fall muss der Arbeitgeber den Betriebsrat sowohl zur Verdachts- als auch zur Tatsachenkündigung gem. § 102 BetrVG anhören.<sup>30</sup> Allerdings tritt der Beginn der Zweiwochenfrist bei Verdachts- bzw. Tatkündigungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten ein.

Eine Kündigung wegen einer erwiesenen Straftat setzt voraus, dass der Arbeitgeber nach seiner Überzeugung nicht nur Kenntnis von Verdachtsmomenten hat, die eine Verdachtskündigung begründen können, sondern dass er eine so sichere Kenntnis der die Tatbegehung selbst begründenden Umstände hat, dass er seiner Behauptungs- und Beweislast im Prozess nachkommen kann (Tatkündigung). Sobald diese Kenntnis gegeben ist, beginnt die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB.<sup>31</sup> Die Zweiwochenfrist kann deshalb für die Kündigung wegen einer erwiesenen Straftat durchaus später beginnen als für die Verdachtskündigung.<sup>32</sup> Insbesondere bei sehr komplexen konzernwei-

22 BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101.

23 BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101.

24 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, BB 2006, 2536 = NZA 2006, 1211; BAG, 10.6.1988 – 2 AZR 25/88, BB 1989, 1062 = NZA 1989, 105.

25 BAG, 12.2.1973 – 2 AZR 116/72, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 6; BAG, 10.6.1988 – 2 AZR 25/88, BB 1989, 1062 = NZA 1989, 105; BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, BB 2006, 2536 = NZA 2006, 1211; Henssler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 626, Rn. 305.

26 BAG, 10.6.1988 – 2 AZR 25/88, BB 1989, 1062 = NZA 1989, 105.

27 BAG, 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, BB-Entscheidungsreport Heuchemer, BB 2008, 900 = NZA-RR 2008, 344; Fischermeier, in: KR, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 331.

28 LAG Hamm, 1.10.1998 – 8 Sa 969/98, BeckRS 1998, 31015.

29 Fischermeier, in: KR, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 331; Dörmer, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 626 BGB, Rn. 126; Stoffels, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: Juli 2011, § 626 BGB, Rn. 186.

30 Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 181.

31 Göpfert/Dräger vertreten die Ansicht, dass insbesondere bei vernetzten und unternehmensübergreifenden Compliance-Verstößen auf unterschiedlichen Unternehmensebenen die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst beginnt, wenn das gesamte Netz von Compliance-Verstößen vollständig aufgeklärt ist, vgl. hierzu ausführlich Göpfert/Dräger, CCZ 2011, 25 ff.

32 BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171.

ten Ermittlungen oder bei Kartellrechtsverstößen, die oft über die Konzerngrenzen hinausgehen, dürfte eine ausreichende Tatsachenkenntnis in der Regel erst zu einem späten Zeitpunkt vorliegen, weil es hier für den Kündigungsberechtigten zumeist schwierig ist, überhaupt eine ausreichende Tatsachenkenntnis zu erlangen. Wann die Zweiwochenfrist daher beginnt, ist stets im Einzelfall gesondert zu prüfen. Auch im Rahmen einer Tat Kündigung ist es üblich, den Arbeitnehmer vorher anzuhören, obwohl eine Anhörung – anders als bei einer Verdachtskündigung – keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung ist.<sup>33</sup>

Bei einer Verdachtskündigung beginnt die Zweiwochenfrist grundsätzlich dann, wenn dem Kündigungsberechtigten die den Verdacht begründenden Umstände bekannt sind, so dass er die Interessenabwägung und die Entscheidung, ob ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht, durchführen kann.<sup>34</sup> Eine Verdachtskündigung kommt beispielsweise bei erheblichen Verfehlungen des Arbeitnehmers (insbesondere strafbare Handlungen oder schwerwiegende Vertragsverletzungen) in Betracht, aufgrund derer dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist, sofern der Verdacht durch objektive Tatsachen begründet und zudem dringend, mithin mit großer Wahrscheinlichkeit, zutreffend ist.<sup>35</sup>

Im Rahmen einer Verdachtskündigung ist der Arbeitnehmer vor Ausspruch der fristlosen Kündigung anzuhören und mit den Vorwürfen zu konfrontieren. Art und Umfang der Anhörung richten sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. An die Anhörung sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen, die Konfrontierung mit einer allgemein gehaltenen Wertung ist jedoch unzureichend. Vielmehr muss sich die Anhörung auf einen greifbaren Sachverhalt beziehen, so dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, bestimmte zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen zu bestreiten und insgesamt zur Aufklärung beizutragen.<sup>36</sup> Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer demnach spätestens im Rahmen der Anhörung mit den konkreten Verdachtsmomenten/Tatsachen konfrontieren; bei komplexen Sachverhalten dürfte eine vorherige Information angezeigt sein.<sup>37</sup> Sofern der Arbeitnehmer allerdings von vornherein nicht bereit ist, sich auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe einzulassen und nach seinen Kräften an der Aufklärung mitzuwirken, ist eine vorherige Anhörung des Arbeitnehmers entbehrlich.<sup>38</sup>

## VI. Erneuter Fristbeginn bei Anklageerhebung, erstinstanzlicher/rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilung?

### 1. Strafrechtliche Anklageerhebung

#### a) Verdachtskündigung

Sofern der Kündigungsberechtigte vor der Durchführung eines Interviews mit dem Arbeitnehmer lediglich Kenntnis von Verdachtsmomenten hat, die nach seiner Einschätzung „nur“ zum Ausspruch einer Verdachtskündigung (nicht jedoch einer Tat Kündigung) ausreichen, hat das BAG entschieden, dass sich der Kündigungsberechtigte für die Entscheidung, ob er eine Verdachtskündigung aussprechen soll oder nicht, auch am „Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens“<sup>39</sup> orientieren darf. Wartet der Arbeitgeber daher ab, verspielt er nicht seine Möglichkeit, eine fristlose Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt auszusprechen, obwohl er bereits ausreichende Verdachtsmomente hatte.

Entscheidet sich der Kündigungsberechtigte, vorerst keine fristlose Kündigung auszusprechen, darf er sich dann aber nach Ansicht des BAG während des Ermittlungs- und Strafverfahrens nicht zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt entscheiden, eine fristlose Kündigung auszusprechen. Vielmehr bedarf es für den betreffenden Zeitpunkt eines sachlichen Grundes. Diesen sieht das BAG allgemein darin, wenn der Kündigungsberechtigte neue Tatsachen erfahren oder neue Beweismittel erlangt hat.<sup>40</sup>

Insofern kann nach Ansicht des BAG die Erhebung der öffentlichen Anklage – anders als die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – einen sachlichen Grund darstellen, aufgrund dessen die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB ab Kenntnis des Arbeitgebers von der Anklageerhebung zu laufen beginnt.<sup>41</sup> Denn die Anklageerhebung kann eine „den Verdacht verstärkende Tatsache“<sup>42</sup> darstellen. Dies begründet das BAG damit, dass die Einleitung des Ermittlungsverfahrens lediglich einen Anfangsverdacht erfordert, die Anklageerhebung jedoch einen „hinreichenden Verdacht“. Der Verdacht hat nach Ansicht des BAG somit eine andere Qualität.<sup>43</sup>

Nach Ansicht des BAG kann eine Anklageerhebung sogar selbst dann eine den Verdacht verstärkende Tatsache sein, wenn sie nicht auf neuen Erkenntnissen beruht. Denn der Umstand, dass eine unbeteiligte Stelle mit weiterreichenden Ermittlungsmöglichkeiten, als sie dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen, einen hinreichenden Tatverdacht bejahet, sei geeignet, den gegen den Arbeitnehmer gehegten Verdacht zu stärken.<sup>44</sup> In diesem Fall ist es laut BAG sogar unschädlich, sollte der Arbeitgeber bereits vor Erhebung der öffentlichen Klage eine (unwirksame) fristlose Verdachtskündigung ausgesprochen haben, weil die neue fristlose Kündigung „auf einem neuen, nämlich um die Tatsache der Anklageerhebung ergänzten Sachverhalt beruht“.<sup>45</sup> Weiter betont das BAG, dass sich der Arbeitgeber durch den Ausspruch der ersten (unwirksamen) Verdachtskündigung vor einer Anklageerhebung nicht gebunden habe, nunmehr den Ausgang des Ermittlungs- oder Strafverfahrens abzuwarten, bis er eine erneute fristlose Kündigung ausspricht.<sup>46</sup>

Klarstellend führt das BAG zudem aus, dass es im Laufe der Ermittlungen mehrere Zeitpunkte geben kann, in denen der Verdacht dringend genug sei, um eine Verdachtskündigung darauf zu stützen (d.h. es muss – wie oben beschrieben – ein sachlicher Grund vorliegen, nunmehr tätig zu werden). Diesbezüglich steht dem Kündigungsberechtigten ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.<sup>47</sup>

33 Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 211.

34 Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 216; Fischermeier, in: KR, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 320; BAG, 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, BB-Entscheidungsreport Heuchemer, BB 2008, 900 = NZA-RR 2008, 344; vgl. auch BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171.

35 BAG, 12.5.2010 – 2 AZR 587/08, BB-Entscheidungsreport Weller/Wojtek, BB 2011, 127 = NZA 2011, 15; BAG, 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, NZA 2009, 604.

36 BAG, 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, BB-Entscheidungsreport Simon/Greßlin, BB 2008, 2300 = NZA 2008, 809; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 178.

37 So auch Lützel/Müller-Sartori, CCZ 2011, 19, 22.

38 BAG, 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, BB-Entscheidungsreport Simon/Greßlin, BB 2008, 2300 = NZA 2008, 809.

39 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport Lansnicker, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630.

40 St. Rechtsprechung, vgl. nur BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

41 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport Lansnicker, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 178.

42 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

43 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

44 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

45 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

46 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

47 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.



## b) Tatkündigung

Auch im Rahmen sog. Tatkündigungen hat das BAG entschieden, dass der Kündigungsberechtigte grundsätzlich den Aus- oder Fortgang eines Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abwarten darf.<sup>48</sup> Parallel dazu kann der Kündigungsberechtigte eigene Sachverhaltsermittlungen vornehmen. Wie auch bei der Verdachtskündigung darf der Kündigungsberechtigte dann aber nicht zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt außerordentlich kündigen, sondern muss hierfür ebenfalls einen sachlichen Grund haben (beispielsweise neue Tatsachen oder neue Beweismittel).<sup>49</sup>

Die neueren Urteile des BAG<sup>50</sup> könnten dahingehend verstanden werden, dass ein Kündigungsberechtigter, selbst wenn er bereits ausreichende Tatsachenkenntnis zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung hat, solange mit dem Ausspruch der fristlosen Kündigung warten darf, bis eine strafrechtlich Anklageerhebung vorliegt. Denn das BAG scheint in den Urteilen die Ansicht zu vertreten, dass die strafrechtliche Anklageerhebung auch bei sog. Tatkündigungen ein zulässiger sachlicher Grund sei. Allerdings macht das BAG in diesen Urteilen nur ganz pauschale Ausführungen, die sich auf einen Sachverhalt beziehen, bei welchem bislang nur Verdachtsmomente vorlagen, nicht jedoch eine ausreichende Tatsachenkenntnis.

Die konkrete Frage, was ein sachlicher Grund ist, der den Arbeitgeber berechtigt, trotz ausreichender Tatsachenkenntnis den Fort- oder Ausgang eines Ermittlungs- und Strafverfahrens abzuwarten, hat das BAG jedoch in einem Beschluss aus dem Jahr 1999<sup>51</sup> ausdrücklich beantwortet. In der Entscheidung aus 1999 führt das BAG aus, dass ein Kündigungsberechtigter – obwohl er bereits ausreichende Tatsachenkenntnis zum Ausspruch einer fristlosen Tatkündigung hatte – eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung abwarten durfte. Eine nicht rechtskräftige Verurteilung hingegen war nach dieser Entscheidung nicht ausreichend. Das BAG begründete seine Ansicht damit, dass die Rechtskraft des Strafurteils eine neue Tatsache darstelle, weil der Kündigungsberechtigte die Kündigung nicht mehr allein auf die vorgeworfene Tat, sondern zusätzlich auf das mit der diesbezüglichen strafrechtlichen Verurteilung verbundene Unwerturteil als neue Tatsache stütze. Wegen der im Strafverfahren geltenden Unschuldsumutung sei dieses Unwerturteil aber so lange als nicht existent anzusehen, als die Verurteilung noch nicht rechtskräftig sei.<sup>52</sup>

Daraus folgt u.E. zwingend, dass eine strafrechtliche Anklageerhebung erst recht nicht ausreichen kann, um einen sachlichen Grund für den Ausspruch der fristlosen Tatkündigung zu begründen, wenn der Kündigungsberechtigte bereits zuvor eine ausreichende Tatsachenkenntnis hat. Denn eine strafrechtliche Anklageerhebung ist einer nicht (rechts-)kräftigen Verurteilung vorgelagert und kann demnach erst recht kein Unwerturteil enthalten.

Insofern sprechen u.E. die überzeugenderen Gründe dafür, dass ein Kündigungsberechtigter eine strafrechtliche Anklageerhebung nicht zum Anlass des Ausspruchs einer fristlosen Tatkündigung nehmen kann, wenn er bereits ausreichende Tatsachenkenntnis hat, weil diese keinen sachlichen Grund darstellt.<sup>53</sup>

## 2. Strafrechtliche Verurteilung

### a) Verdachtskündigung

Bezüglich des Beginns der Zweiwochenfrist ist – wie eben dargestellt – anerkannt, dass der Kündigungsberechtigte grundsätzlich den Ausgang eines Strafverfahrens abwarten darf, bevor er eine fristlose Kündigung ausspricht.<sup>54</sup> Dies gilt nach Ansicht

des BAG in einer Entscheidung aus 1993 zumindest dann, wenn der Kündigungsberechtigte bislang nur Verdachtsmomente kannte, diese aber „noch keine jeden vernünftigen Zweifel ausschließende sichere Kenntnis der Tatbegehung selbst begründeten“.<sup>55</sup> Wartet der Kündigungsberechtigte den Ausgang des Strafverfahrens ab, ist die Zweiwochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB gewahrt, wenn der Kündigungsberechtigte die außerordentliche Kündigung innerhalb von zwei Wochen ab Kenntniserlangung des Inhaltes der Verurteilung ausspricht.<sup>56</sup>

Das BAG begründet seine Ansicht damit, dass sich der Kündigungsberechtigte in diesem Fall entschieden hat, keine Verdachtskündigung auszusprechen, sondern eine Tatkündigung, so dass er die erstinstanzliche Entscheidung in Strafsachen abwarten darf. Denn der Kündigungsberechtigte sei nicht verpflichtet, von der unsicheren Möglichkeit einer Verdachtskündigung Gebrauch zu machen.<sup>57</sup>

Die erstinstanzliche strafrechtliche Verurteilung stellt nach Ansicht der Rechtsprechung somit eine neue Tatsache dar, aufgrund derer der Kündigungsberechtigte die fristlose Kündigung aussprechen darf.<sup>58</sup>

Diesbezüglich hat das BAG entschieden, dass es unschädlich ist, wenn die erstinstanzliche Verurteilung noch nicht rechtskräftig ist.<sup>59</sup> Denn die rechtskräftige Verurteilung bringt nach Ansicht des BAG eine weitere zusätzliche Gewissheit, die wiederum als neue Tatsache in Betracht kommen kann, um innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von der rechtskräftigen Verurteilung eine weitere fristlose Kündigung auszusprechen.<sup>60</sup>

Sofern bislang „nur“ Verdachtsmomente vorliegen, kann der Kündigungsberechtigte daher sowohl eine erstinstanzliche als auch eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung als neue Tatsache für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung nehmen. Diesbezüglich hat das BAG bereits 1984 entschieden, dass es sogar unschädlich ist, wenn es zu keiner Verurteilung kommt, sondern wenn das Strafverfahren gegen Zahlung eines Geldbetrages nach § 153 Abs. 2 StPO eingestellt wird.<sup>61</sup>

48 BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630; vgl. auch BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine* = NZA 2011, 798.

49 BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630; vgl. auch BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine* = NZA 2011, 798; BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171; BAG, 14.2.1996 – 2 AZR 274/95, BB 1996, 486 = NZA 1996, 873.

50 BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630; vgl. auch BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine* = NZA 2011, 798.

51 BAG, 16.9.1999 – 2 ABR 68/98, BB 2000, 306 = NZA 2000, 158.

52 BAG, 16.9.1999 – 2 ABR 68/98, BB 2000, 306 = NZA 2000, 158. Anders scheint dies eine BAG-Entscheidung aus dem Jahr 1993 zu sehen (BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171). In diesem Urteil hat das BAG entschieden, dass der Arbeitgeber, obwohl er bereits ausreichende Tatsachenkenntnis zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung hatte, den Abschluss des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens abwarten durfte, weil dies bereits ein Werturteil beinhalte, auf welches der Arbeitgeber seine fristlose Kündigung stützen könne. Diese Entscheidung überzeugt u.E. allerdings dogmatisch nicht. In der Praxis könnte natürlich dennoch auf diese Entscheidung abgestellt werden. Will der Arbeitgeber jedoch auf Nummer sicher gehen, empfiehlt es sich, sofern bereits eine ausreichende Tatsachenkenntnis vorliegt, innerhalb von zwei Wochen die fristlose Kündigung auszusprechen, um jegliches Risiko eines Verstoßes gegen die Zweiwochenfrist zu vermeiden.

53 Anders wohl BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171; unklar hingegen: BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport *Lansnicker*, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630, sowie BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. *Heine* = NZA 2011, 798.

54 BAG, 11.3.1976 – 2 AZR 29/75; BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171; BAG, 14.2.1996 – 2 AZR 274/95, BB 1996, 486 = NZA 1996, 873; BAG, 17.3.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101; *Dörner*, in: *Abscheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 3. Aufl. 2007, § 626 BGB, Rn. 127.

55 BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171.

56 BAG, 14.2.1996 – 2 AZR 274/95, BB 1996, 486 = NZA 1996, 873; BAG, 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, BB 2000, 935 = NZA 2000, 381; *Henssler*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 313; *Fischermeier*, in: *KR*, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB, Rn. 321.

57 BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171.

58 BAG, 14.2.1996 – 2 AZR 274/95, BB 1996, 486 = NZA 1996, 873; BAG, 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, BB 2000, 935 = NZA 2000, 381.

59 BAG, 14.2.1996 – 2 AZR 274/95, BB 1996, 486 = NZA 1996, 873; BAG, 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, BB 2000, 935 = NZA 2000, 381.

60 BAG, 14.2.1996 – 2 AZR 274/95, BB 1996, 486 = NZA 1996, 873; BAG, 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, BB 2000, 935 = NZA 2000, 381.

61 BAG, 12.12.1984 – 7 AZR 575/83, BB 1985, 1734 = NZA 1985, 623.

## b) Tat Kündigung

Sollte der Kündigungsberechtigte allerdings im Zuge seiner eigenen Ermittlungen Kenntnis von konkreten Tatsachen erlangt haben, die ihn zum Ausspruch einer fristlosen Tat Kündigung berechtigen würden, beginnt die Zweiwochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB grundsätzlich zu laufen.<sup>62</sup> Allerdings ist die Rechtsprechung des BAG u. E. dahingehend zu verstehen, dass der Kündigungsberechtigte auf seine erste Kündigungsmöglichkeit verzichten kann und den Ausspruch der fristlosen Kündigung von einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung abhängig machen darf. In diesem Fall wäre die fristlose Kündigung innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis des Kündigungsberechtigten von der rechtskräftigen Verurteilung auszusprechen. Wie bereits unter VI 1 b ausgeführt, reicht eine nicht rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung u. E. nicht aus, weil die im Strafverfahren geltende Unschuldsvermutung es verbietet, in der nicht rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung ein Unwerturteil als neue Tatsache zu sehen.<sup>63</sup>

Sofern der Kündigungsberechtigte allerdings anderweitig neue Tatsachen oder neue Beweismittel erlangen sollte, könnte dies einen sachlichen Grund darstellen, den der Kündigungsberechtigte – unabhängig von einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung – zum Anlass einer fristlosen Kündigung nehmen könnte.<sup>64</sup> Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber erstmalig von weiteren schwerwiegenden Verstößen des Arbeitnehmers erfährt, die bislang nicht Gegenstand des strafrechtlichen Verfahrens sind.

## VII. Betriebsratsanhörung

Sofern bei dem Arbeitgeber ein Betriebsrat besteht, ist dieser gem. § 102 BetrVG vor jeder (fristlosen) Kündigung anzuhören. Ohne eine vorherige Anhörung ist die fristlose Kündigung unwirksam. Die Anhörungsfrist des Betriebsrates beträgt bei fristlosen Kündigungen drei Tage. Da die Anhörungsfrist des Betriebsrates die Zweiwochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB – entgegen einer in der Praxis weiter verbreiteten Meinung – nicht verlängert, muss der Kündigungsberechtigte daher spätestens am 10. Tag nach Kenntnis der für die fristlose Kündigung maßgeblichen Tatsachen/Verdachtsmomente den Betriebsrat anhören. Nach Ablauf der dreitägigen Frist kann der Kündigungsberechtigte dann am letzten Tag der Zweiwochenfrist die fristlose Kündigung aussprechen.

Sofern sich der Betriebsrat bereits früher abschließend äußert, kann die fristlose Kündigung sogleich ausgesprochen werden.<sup>65</sup>

Die Kündigung muss dem Arbeitnehmer dann innerhalb der gesetzlichen Zweiwochenfrist zugehen.

## VIII. Fazit

Für den Fristbeginn gem. § 626 Abs. 2 BGB ist es entscheidend, ob der Kündigungsberechtigte bereits eine ausreichende Tatsachenkenntnis zum Ausspruch einer Tat Kündigung hat oder ob er bislang nur Kenntnis von Verdachtsmomenten hat, die ggf. für eine Verdachtskündigung ausreichen. Bei Mitarbeiterinterviews, durch die der Kündigungsberechtigte den Sachverhalt weiter aufklären will, ist daher Folgendes zu beachten:

### 1. Verdachtskündigung

Liegen bislang nur Verdachtsmomente vor und ergibt das Interview „lediglich“ neue, weitere Verdachtsmomente, die aber noch nicht für

den Ausspruch einer Tat Kündigung ausreichen, könnte ggf. der Ausspruch einer Verdachtskündigung in Betracht kommen. In diesem Fall wäre – wollte der Kündigungsberechtigte diese Verdachtsmomente zum Anlass einer fristlosen Kündigung nehmen – der Sachverhalt soweit möglich mit der gebotenen Eile zu ermitteln und eine fristlose Verdachtskündigung innerhalb von zwei Wochen nach Abschluss der Ermittlungen auszusprechen, sofern die Ermittlungen einen dringenden Verdacht ergeben haben. Der Kündigungsberechtigte darf aber nicht dazu veranlasst werden, ohne ausreichende Ermittlung des Sachverhalts oder vorhandener Beweismittel voreilig zu kündigen. Bei komplexen Sachverhalten, insbesondere bei konzernweiten oder sogar konzernübergreifenden Ermittlungen wird eine längere Ermittlungsphase in der Regel notwendig sein.

Allerdings könnte der Kündigungsberechtigte diese erste Kündigungsmöglichkeit auch verstreichen lassen. In diesem Fall könnte er (i) eine strafrechtliche Anklageerhebung gegen den interviewten Mitarbeiter oder (ii) eine erstinstanzliche oder (iii) rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung abwarten. Der Kündigungsberechtigte könnte dann innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis der genannten Umstände eine fristlose Kündigung aussprechen. Diesbezüglich wäre es nach Ansicht des BAG sogar nicht erforderlich, dass sich die strafrechtliche Anklageerhebung auf neue Vorwürfe/Tatsachen stützt, die dem Kündigungsberechtigten bislang unbekannt waren.<sup>66</sup> Sollte es aber nicht zu einer Anklageerhebung/strafrechtlichen (rechtskräftigen) Verurteilung des Mitarbeiters kommen, hätte der Kündigungsberechtigte in diesem Fall seine Möglichkeit zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung grundsätzlich vertan. Er könnte dann nur noch fristlos kündigen, wenn er neue Tatsachen oder neue Beweismittel erlangen würde (von denen er bislang keine Kenntnis hatte), auf die er dann seine fristlose Kündigung stützen könnte.

Für den Fall, dass der Kündigungsberechtigte aufgrund des Mitarbeitergesprächs eine fristlose Verdachtskündigung aussprechen sollte, die aber wegen Verstoßes gegen die Zweiwochenfrist unwirksam wäre, könnte er dennoch eine weitere fristlose Verdachtskündigung nach Kenntnis von einer etwaigen strafrechtlichen Anklageerhebung gegen den Mitarbeiter und/oder einer erstinstanzlichen oder rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung des Mitarbeiters aussprechen. Denn diese Zeitpunkte stellen nach Ansicht des BAG einen sachlichen Grund dar, aufgrund dessen die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erneut zu laufen beginnt.

### 2. Tat Kündigung

Hat der Kündigungsberechtigte bereits eine ausreichende Tatsachenkenntnis oder erlangt er diese im Rahmen des Mitarbeiterinterviews, muss er gem. § 626 Abs. 2 BGB grundsätzlich innerhalb von zwei Wochen ab Kenntniserlangung die fristlose Kündigung aussprechen. Es kommt allerdings stets auf den Einzelfall an, ab wann der Kündigungsberechtigte tatsächlich eine ausreichende Tatsachenkenntnis hat. So dürfte diese in der Regel bei konzernweiten oder unterneh-

62 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 25.11.2010 – 2 AZR 171/09, NZA-RR 2011, 177; BAG, 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, BB 2006, 2536 = NZA 2006, 1211; Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 216.

63 BAG, 16.9.1999 – 2 ABR 68/98, BB 2000, 306 = NZA 2000, 158. A. A.: BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171; unklar: BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport Lansnicker, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630 sowie BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

64 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport Lansnicker, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630.

65 Kania, in: Erfurter Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 102 BetrVG, Rn. 13.

66 BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798.

mensübergreifenden Ermittlungen erst zu einem verhältnismäßig späten Zeitpunkt gegeben sein, weil es hier für den Kündigungsberechtigten zumeist schwierig ist, an ausreichende Tatsachen zu gelangen.

Hat der Kündigungsberechtigte bereits eine ausreichende Tatsachenkenntnis, kann er aber auch die erste Kündigungsmöglichkeit verstreichen lassen und eine strafrechtliche rechtskräftige Verurteilung abwarten. Denn nach der Rechtsprechung des BAG stellt der in einem strafrechtlichen rechtskräftigen Urteil festgestellte „Unwertgehalt“ eine weitere neue Kündigungstatsache dar, die den erneuten Beginn der Zweiwochenfrist auslöst. In diesem Fall müsste der Kündigungsberechtigte die fristlose Kündigung innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis der rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung aussprechen. Eine nicht rechtskräftige<sup>67</sup> strafrechtliche Verurteilung ist u.E. hingegen nicht ausreichend, um eine neue Kündigungstatsache zu begründen; Gleiches gilt für eine strafrechtliche Anklageerhebung. Allerdings besteht das Risiko, sofern es nicht zu einer rechtskräftigen Verurteilung kommt, dass der Kündigungsberechtigte das Arbeitsverhältnis in diesem Fall nicht mehr fristlos kündigen kann, sofern ihm keine neuen Tatsachen – die bislang nicht Gegenstand des strafrechtlichen Verfahrens sind – bekannt werden oder er neue Beweismittel erlangt.

Sofern eine fristlose Kündigung des interviewten Mitarbeiters grundsätzlich in Betracht kommt und gewollt ist, sollte der Kündigungs-

berechtigte daher bereits bei ausreichender Tatsachenkenntnis eine fristlose Kündigung aussprechen. Gleiches gilt im Falle eines vollumfänglichen Geständnisses des interviewten Mitarbeiters.

## // Autoren

**Dr. Ilka Heinemeyer**, RAin/FAinArbR, ist Senior Associate bei WilmerHale. Sie ist spezialisiert auf die arbeitsrechtliche Beratung von Unternehmen in sämtlichen Gebieten des Individual- und Kollektivarbeitsrechts und berät insbesondere in den Bereichen Compliance und Arbeitnehmerdatenschutz.



**Dr. Holger Thomas**, RA/FAArbR, ist Partner bei WilmerHale und leitet die deutsche Arbeitsrechtspraxis. Er ist spezialisiert auf die arbeitsrechtliche Beratung von Unternehmen und besitzt umfangreiche Erfahrungen im Bereich Compliance.



<sup>67</sup> BAG, 16.9.1999 – 2 ABR 68/98, BB 2000, 306 = NZA 2000, 158; a. A.: BAG, 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, BB 1993, 2455 = NZA 1994, 171; unklar hingegen: BAG, 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BB 2011, 2172 m. BB-Komm. Heine = NZA 2011, 798; BAG, 5.6.2008 – 2 AZR 234/07, BB-Entscheidungsreport Lansnicker, BB 2009, 672 = NZA-RR 2008, 630.

## EuGH: Kein Auskunftsanspruch für abgelehnten Stellenbewerber

**EuGH**, Urteil vom 19.4.2012 – C-415/10, Galina Meister gegen Speech Design Carrier Systems GmbH

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2012-1224-1 unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### TENOR

**Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen sind dahin gehend auszulegen, dass sie für einen Arbeitnehmer, der schlüssig darlegt, dass er die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, und dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, keinen Anspruch auf Auskunft darüber vorsehen, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat.**

Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung

vermuten lassen, heranzuziehen ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist.

### AUS DEN GRÜNDEN

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180, S. 22), Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303, S. 16) und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. L 204, S. 23). Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Frau Meister und der Speech Design Carrier Systems GmbH (im Folgenden: Speech Design) über eine von ihr geltend gemachte Diskriminierung wegen des Geschlechts, des Alters und der ethnischen Herkunft in einem Einstellungsverfahren.

### Rechtlicher Rahmen

*Unionsrecht*

*Nationales Recht*

### Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits und Vorlagefragen

Frau Meister wurde am 7.9.1961 geboren und ist russischer Herkunft. Sie ist Inhaberin eines russischen Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, des-