

## **Ausschlussfrist für Kündigungen - Verwirkung**

(mit Urteilsanmerkung Rechtsanwalt Wolfgang Steen, *AiB* 2004, 127-128)

### **Leitsätze:**

1. Kündigungsgründe könne nicht über längere Zeit „auf Vorrat“ gehalten werden, um sie bei passender Gelegenheit geltend zu machen.
2. Kündigungsrelevante Vorfälle können durch Zeitablauf (*hier: rund 1 ½ Jahre*) so an Bedeutung verlieren, dass eine ordentliche Kündigung nicht mehr gerechtfertigt wäre.
3. Der notwendige Schutz des Arbeitnehmers wird dabei nicht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sondern durch die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Verwirkung realisiert.
4. Allerdings kann eine Tat Kündigung dann noch ausgesprochen werden, wenn zunächst der Ausgang eines Ermittlungsverfahrens abgewartet wurde und sich ein Zeuge erst später (*ebenfalls nach rund 1 ½ Jahren*) zur Aussage bereit erklärte.

*Bundesarbeitsgericht vom 15. Aug. 2002 – 2 AZR 514/01 –*

### **Sachverhalt:**

Wieder einmal in einer Spielbank teilt der Mitarbeiter S. im Dez. 1998 mit, beobachtet zu haben, dass der als Croupier eingesetzte Kläger einem Gast verdeckt Jetons zugeschoben habe.

Eine Überwachung des Klägers führte zu keinem Ergebnis. Der Kläger selbst wurde zu den Vorwürfen nicht angehört.

Im Mai 1999 wurde schließlich Strafanzeige erstattet, das Ermittlungsverfahren aber im Aug. 1999 eingestellt,

weil S. mitteilte, er wolle sich nicht einmischen und daher nicht aussagen.

Im Mai 2000 soll ein anderer Croupier einem Gast Jetons zugesteckt haben und die Beklagte verdächtigte den Kläger, hieran dadurch beteiligt gewesen zu sein, dass er den Tisch-Chefstuhl absichtlich verließ, um die Durchführung der Wechselmanipulation zu ermöglichen.

Da zwischenzeitlich der Mitarbeiter S. zum Vorgang aus 1998 doch aussagen wollte, kündigte die Beklagte im Juni 2000 das Arbeitsverhältnis fristlos und hilfsweise fristgerecht.

Im Klagverfahren bestritt der Kläger die gegen ihn erhobenen Vorwürfe und führte aus, sich an den Vorfall aus Dez. 1998 nicht mehr erinnern zu können. Die Beklagte könne ein solch lang zurückliegendes Geschehen nicht mehr zum Anlass einer Kündigung nehmen; ihm sei jede Möglichkeit der sachgerechten Verteidigung genommen.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

1. Zunächst stellt das BAG fest, dass es grundsätzlich keine „Regelausschlussfrist“ gibt, innerhalb derer der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung aussprechen müsse.

Eine gesetzliche Ausschlussfrist gibt es nur im Regelungsbereich des § 626 BGB, also bei fristlosen Kündigungen. Allerdings kann selbst ein nach § 626 Abs. 2 BGB „verfristeter“ wichtiger Grund (für eine außerordentliche Kündigung) noch zum Anlass für eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung genommen werden.

2. Aber auch das Recht zur ordentlichen Kündigung kann verirken, wenn der Arbeitgeber

- in Kenntnis eines Kündigungsgrunde längere Zeit untätig bleibt, d.h. die

Kündigung nicht ausspricht, obwohl im dies möglich und zumutbare wäre (sog. Zeitmoment),

- wenn er dadurch beim Arbeitnehmer das berechnigte Vertrauen erweckt, die Kündigung werde unterbleiben und der Arbeitnehmer sich deshalb auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses einrichtet (sog. Umstandsmoment).

Eine dann gleichwohl ausgesprochene Kündigung wäre nach Treu und Glauben (unzulässige Rechtsausübung) rechtsunwirksam.

Die genannten Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, d.h. Zeitablauf und Untätigkeit reichen jeweils allein zur Begründung des Umstandsmomentes nicht aus.

Auf den Sachverhalt bezogen führt das BAG aus, es fehle schon an dem sog. „Umstandsmoment“. Der Kläger hatte keine Kenntnis von dem Kündigungsvorwurf bzw. den gegen ihn geführten Ermittlungen. Konnte er (unbehelligt) weiterarbeiten, konnte auch kein berechtigtes Vertrauen erstehen, eine Kündigung würde wegen des Vorgangs aus 1998 unterbleiben.

Wer überhaupt keine Kenntnis von einem möglichen Kündigungsrecht hat, kann auf das Ausbleiben allgemein hoffen, aber nicht konkret vertrauen.

3. Anders als das LAG Berlin meint das BAG, eine Bewertung könne nicht auf eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gestützt werden.

Da es nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG darauf ankommt, dass eine Kündigung durch konkrete Gründe „bedingt“ sein muss, wäre zwar zu prüfen gewesen, ob sie nicht durch mildere Maßnahmen zu vermeiden wäre (ultima ratio-Prinzip). Es kann aber eine Schädigung der Vermögensinteressen des Arbeitgebers das erforderliche Ver-

trauen zerstören, also auch eine außerordentliche Kündigung ohne Abmahnung rechtfertigen.

Widersprüchlich und mit Art. 12 Abs. 1 GG [Berufsfreiheit] nicht zu vereinbaren wäre allerdings, wenn der Arbeitgeber einen Kündigungsgrund über längere Zeit „auf Vorrat“ hält, um ihn bei passender Gelegenheit geltend zu machen.

Auch wenn die ordentliche Kündigung im Gegensatz zur außerordentlichen (Zwei Wochen-Frist in § 626 Abs.2 BGB) keiner bestimmten Frist unterliegt, innerhalb derer sie nach Kenntnis eines kündigungsrelevanten Vorfalls auszusprechen ist, kann ein Vorfall dennoch irgendwann durch Zeitablauf so an Bedeutung verlieren, dass eine ordentliche Kündigung nicht mehr gerechtfertigt wäre.

Der insoweit gebotene Schutz des Arbeitnehmers wird durch die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Verwirkung realisiert.<sup>1</sup>

Auf den konkreten Fall bezogen merkt das BAG allerdings an, die Kündigung im Juni 2000 könne dann zusätzlich auf erwiesene strafbare Handlungen aus Dez. 1998 gestützt werden, wenn nachweislich die arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich verletzt worden sind.

Voraussetzung sei allerdings, dass der Arbeitgeber nach seiner Überzeugung nicht nur von dringenden, erheblichen Verdachtsmomenten ausgehen kann, sondern eine so sichere Kenntnis von den Tatumständen hat, dass er seiner Beweislast im Prozess nachkommen kann.<sup>2</sup>

Jedenfalls ist der Beklagten kündigungrechtlich nicht vorzuwerfen, dass sie bis Juni 2000 abgewartet und nicht

<sup>1</sup> so bereits: BAG v. 20.08.1998 – 2 AZR 736/97 -

<sup>2</sup> vgl. hierzu: BAG v. 29.07.1993 – 2 AZR 90/93 –; AP Nr. 31 zu § 626 Ausschlussfrist

von der unsicheren Möglichkeit einer Verdachtskündigung Gebrauch gemacht hat.

Auch sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber bei Kenntnis neuer, weiterer Umstände den Kündigungssachverhalt neu bewerten und sich erst dann zur Kündigung entschließen kann.<sup>3</sup>

Im Ergebnis wurde der Fall zum LAG Berlin zurückverwiesen, um die behauptete Manipulation aus 1998 durch Beweisaufnahme aufzuklären.

### **Anmerkung:**

Der Fall liest sich von zwei Seiten. Die Kernaussagen zu Zeitablauf und Verwirkung überzeugen, doch so einfach ist es wiederum nicht. Der (vorläufige) Ausgang zeigt, dass die spätere Aussagebereitschaft des Zeugen jedenfalls alle vorherigen Erwägungen zur Verwirkung hinfällig werden lässt.

Erstaunlich ist dies deshalb, weil natürlich die entgegenstehenden Argumente des Klägers, wie: keine Möglichkeit zur sachgerechten Verteidigung (Erinnerungsvermögen nach langer Zeit) oder die Benennung eigener qualifizierter Zeugen (mit Erinnerungsvermögen) gleichfalls vom Tisch sind.

Das BAG hätte besser daran getan, hier den Arbeitgeber auf die – rechtlich gleichfalls zulässige – Möglichkeit zu verweisen, den 1998er Vorfall zum Gegenstand einer Abmahnung zu nehmen und eben diese als Indiz für die ebenso relevante (behauptete) Vermögensschädigung zum Fall aus 2000 einzuführen.

In der vorliegenden Form bleibt die Argumentation des BAG unkonkret. Entweder soll – richtigerweise – ein

Kündigungssachverhalt durch Zeitablauf „an Bedeutung verlieren“. Oder eine Verwirkung ist praktisch nie relevant, wenn sich spätere Erkenntnisse verdichten.

Das Gericht täte gut daran, sich mit Fragen der Zeugenpsychologie ausführlicher zu beschäftigen.

Es ist anerkannt, dass – fernab vom zivilrechtlichen Umstands- und Zeitpunkt – Zeugenaussagen u.a. beeinflusst sind vom persönlichen

Allein darauf abzustellen, es sei „rechtlich geboten“, die Beweisaufnahme zum Vorfall aus 1998 nachzuholen, mag nach zivilrechtliche Grundsätzen angehen, praxisrelevant kann dies schon deshalb nicht sein, weil jedem Kundigen einsichtig ist, notfalls auch den Zeugen vor sich selbst schützen zu müssen.

Auch der **tatsächliche Ausgang** des Verfahrens (die Zeugenaussage des Mitarbeiters S. war nicht ..... ) zeigt hinreichend, dass rechtliche Erwägungen die Praxis nicht ersetzen können.

*Wolfgang Steen*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg*

---

<sup>3</sup> vgl. auch: BAG v. 11.09.1997 – 8 AZR 14/96 -