

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Nachschieben von Kündigungsgründen bei Beteiligung des Betriebsrats
4. Nachschieben von Kündigungsgründen bei Schwerbehinderten
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 Alkoholmissbrauch
 - 5.2 Auswechseln der Gründe
 - 5.3 Auszubildende
 - 5.4 Betriebsratsanhörung - 1
 - 5.5 Betriebsratsanhörung - 2
 - 5.6 Betriebsratsanhörung - 3
 - 5.7 Grenzen
 - 5.8 Kenntnis
 - 5.9 Verdachtskündigung - 1
 - 5.10 Verdachtskündigung - 2
 - 5.11 Verdachtskündigung - 3
 - 5.12 Verdachtskündigung - 4
 - 5.13 Verdachtskündigung - 5
 - 5.14 Verdachtskündigung - 6
 - 5.15 Zeitpunkt

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber erfährt oft erst im laufenden Kündigungsschutzprozess **weitere Tatsachen**, mit denen er seine außerordentliche Kündigung - oder eine neue - zusätzlich rechtfertigen könnte. Die dabei entstehende **Situation** ist manchmal **streitentscheidend**, weil der Arbeitgeber diese **Kündigungstatsachen im Prozess nachschieben** möchte. Das Gesetz regelt diesen Fall nicht. Auf der einen Seite hat sich der Arbeitgeber im **Kündigungszeitpunkt** auf bestimmte Tatsachen als wichtigen Grund für seine außerordentliche Kündigung festgelegt.

Auf der anderen Seite kann der außerordentlich gekündigte Arbeitnehmer im Kündigungsrechtsstreit **kein schützenswertes Vertrauen** darauf entwickeln, dass nur ein ganz bestimmter historischer Sachverhalt **Prüfungsmaßstab** für die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ist, wenn tatsächlich noch andere Tatsachen vorliegen, die die außerordentliche Kündigung ebenso tragen können. Hier muss es dem Arbeitgeber möglich sein, diese Tatsachen nachträglich in das Verfahren einfließen zu lassen.

2. Grundsatz

Wer sich als Arbeitnehmer gegen eine außerordentliche Kündigung wehren will, muss nach §§ 13 Abs. 1 , 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach ihrem Zugang eine **Kündigungsschutzklage** erheben. Passiert das nicht, gilt die Kündigung über die **Fiktionswirkung** des § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. In diesem Fall ist es für den Arbeitgeber **kündigungsrechtlich bedeutungslos**, ob und welche **Kündigungstatsachen nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung** noch bekannt werden.

Beispiel:

Arbeitgeber A kündigt das Arbeitsverhältnis von Buchhalterin B am 27.08. außerordentlich fristlos. Anlass der außerordentlichen Kündigung waren sechs Buchungen, die B vom Firmenkonto auf ihr Privatkonto veranlasst hatte. Der bei A durch die betrügerischen Transaktionen angerichtete Schaden belief sich auf 30.000 EUR. B ließ sich nach der Kündigung anwaltlich beraten und verzichtete wegen der eindeutigen Sach- und Rechtslage auf eine Klage. A hatte inzwischen weitere Buchungen aufgedeckt, die den von B angerichteten Schaden nun auf insgesamt 68.000 EUR anwachsen ließen.

Da B keine Kündigungsschutzklage erhoben hat, gilt A's außerordentliche Kündigung über §§ 13 Abs. 1, 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. A braucht keine Kündigungstatsachen mehr nachzuschieben - es wäre sinnlos. Sie könnten die bereits wirksame Kündigung nicht mehr stützen. Die nachträglich bekannt gewordenen Tatsachen haben jedoch Bedeutung für eine nachfolgende Schadensersatzklage. Die Höhe von A's Regressforderung hängt entscheidend von der von B angerichteten Höhe des Schadens ab - und die wird auch von den nach der Kündigung aufgedeckten Transaktionen bestimmt.

Klagt der Arbeitnehmer gegen die außerordentliche Kündigung, gilt Folgendes: § 626 BGB stellt auf die **objektive Sachlage im Zeitpunkt der Kündigung** ab. Die **Beweggründe**, die den Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst haben, sind **weniger ausschlaggebend**. Insoweit ist es grundsätzlich zulässig, dass er im Kündigungsschutzprozess materielle Kündigungsgründe nachschiebt (s. dazu BAG, 22.05.2003 - 2 AZR 426/02).

Beispiel:

Ausgangspunkt ist der gleiche Sachverhalt wie oben. B entschließt sich dieses Mal jedoch, A's außerordentliche Kündigung anzugreifen. Sie erhebt am 11.09. eine Kündigungsschutzklage. Die Klage wird A am 17.09. zugestellt. Nach anwaltlicher Beratung lässt A seine Geschäftsunterlagen durch einen Wirtschaftsprüfer checken. Der stellt weitere betrügerische Transaktionen fest, die alle in den letzten vier Monaten vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vorgenommen wurden. A's Gesamtschaden beträgt 68.000 EUR.

Der Gütetерmin im Kündigungsrechtsstreit findet am 05.10. statt. A's Anwalt weist das Gericht darauf hin, dass inzwischen weitere Fälle bekannt geworden sind, und A deswegen an der Kündigung festhält. Eine gütliche Einigung kommt nicht in Betracht. A's Anwalt wird die neu bekannt gewordenen Fälle nun im Kündigungsschutzprozess darlegen und unter Beweis stellen. A kann diese neuen Tatsachen ungehindert nachschieben.

Die Kündigungsgründe, die der Arbeitgeber nachschieben möchte, müssen im **Zeitpunkt der Kündigungserklärung** objektiv vorgelegen haben, ihm nur später subjektiv bekannt geworden sein. Kündigungsgründe, die **erst später** nach Erklärung der Kündigung **entstanden** sind, können die ausgesprochene Kündigung nicht rechtfertigen. Hier handelt es sich um historische Sachverhalte, die im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ja noch gar nicht vorgelegen haben. Sie können eine zuvor erklärte Kündigung nicht rechtfertigen.

Ganz wichtig:

§ 626 Abs. 2 BGB - die **Zwei-Wochen-Frist** - spielt beim Nachschieben nachträglich bekannt gewordener Gründe für eine außerordentliche Kündigung keine Rolle (BAG, 04.06.1997 - 2 AZR 362/96).

3. Nachschieben von Kündigungsgründen bei Beteiligung des Betriebsrats

Der Betriebsrat ist nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG **vor jeder Kündigung anzuhören** (s. dazu das Stichwort Kündigung - außerordentliche: Mitbestimmung). Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die **Gründe mitteilen**, auf die er seine Kündigung stützen will. Eine **ohne Anhörung** des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist **unwirksam**, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG . Da stellt sich die Frage, ob ein

kündigungsschutzrechtlich zulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen **auch betriebsverfassungsrechtlich zulässig** ist, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat diese **Kündigungsgründe nicht mitgeteilt** hat.

Beispiel:

Meister M meldet Arbeitgeber A, dass er den Gesellen G dabei erwischt hat, dass er mehrere teure neue Werkzeuge aus dem Betrieb in seinen Wagen geladen hat. Auf M's Frage, was er damit vorhabe, sagte G, dass er sich die Maschinen - was in A's Betrieb völlig unüblich ist - übers Wochenende nur mal ausleihen wolle. A hört G selbst zum Diebstahlsvorwurf an. G bleibt bei seiner Erklärung. A sieht die Sachlage so, dass G ihn bestehlen wollte, und leitet das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG für eine außerordentliche Kündigung ein. Begründung: G hat einen Diebstahlsversuch begangen. Der Betriebsrat teilt A mit, dass er keine Bedenken gegen die außerordentliche Kündigung von G hat. A kündigt G daraufhin außerordentlich fristlos. Dagegen klagt G. Im Güteternin weist die Vorsitzende A und seinen Prozessbevollmächtigten darauf hin, dass er mit einer Tatkündigung Probleme haben könnte. So schlecht sei G's Erklärung nicht, hier sei allenfalls eine Abmahnung wegen unberechtigten Entleihens von Werkzeug gerechtfertigt, aber keine außerordentliche Kündigung. A's Anwalt wendet ein, dass hier auch der Verdacht eines Diebstahlsversuchs vorliegt und die außerordentliche Kündigung deswegen auch auf diesen Verdacht gestützt werde - er schiebe diesen Kündigungsgrund nach.

Die Rechtsprechung wertet die **Verdachtskündigung** als besondere Kündigungsart (s. dazu auch das Stichwort Kündigung - Verdachtskündigung). Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Mitarbeiter habe die Tat begangen, einen **eigenständigen Kündigungsgrund** dar, der nicht im Tatvorwurf enthalten ist (BAG, 10.02.2005 - 2 AZR 189/04). Das heißt: Will der Arbeitgeber eines mitbestimmten Betriebs einer **Tatkündigung** den Kündigungsgrund Verdacht einer Straftat nachschieben, muss er den Betriebsrat auch dazu gehört haben.

Beispiel:

Wenn A aus dem vorausgehenden Beispiel die Tatkündigung vor dem Arbeitsgericht nicht durchbekommt, weil das Gericht die Beweislage für nicht ausreichend hält, hat er mit dem Nachschieben des Kündigungsgrunds Verdacht einer strafbaren Handlung ein großes Problem: Das Nachschieben dieses Kündigungsgrunds ist ihm verwehrt, weil er seinen Betriebsrat dazu nicht angehört hat. Das Schlimme für ihn ist dabei, dass die Verdachtskündigung möglicherweise erfolgreich gewesen wäre, er sich diesen Weg aber selbst verbaut hat.

Stützt der Arbeitgeber die Kündigung im Kündigungsschutzprozess bei unverändert gebliebener Sachlage auch auf den Verdacht einer Vertragsverletzung, ist das **Nachschieben** dieses Kündigungsgrunds ebenfalls **unzulässig**, wenn der **Betriebsrat** dazu **nicht** gemäß § 102 BetrVG **angehört** worden ist (LAG Hamm, 17.08.2006 - 15 Sa 720/06).

Praxistipp:

In Fällen, in denen der Arbeitgeber mehrere Kündigungsgründe zur Auswahl hat, sollte er dem Betriebsrat bei der Anhörung sämtliche Kündigungsgründe mitteilen. Will er sich dann schwerpunktmäßig in der Kündigungserklärung nur auf einen bestimmten Kündigungsgrund stützen, sollte er seinem Betriebsrat auch das mitteilen und ihm sagen, dass er sich das Nachschieben der anderen Kündigungsgründe im Kündigungsrechtsstreit vorbehält. Macht er das nicht, läuft er Gefahr, den Prozess allein deswegen zu verlieren, weil der Betriebsrat dazu nicht angehört worden ist.

Das betriebsverfassungsrechtliche Verbot, Kündigungsgründe ohne Beteiligung des Betriebsrats nachzuschieben, gilt auch für die Fälle des § 103 BetrVG bei der **außerordentlichen Kündigung von Betriebsräten** und anderen betriebsverfassungsrechtlichen Funktions- und Mandatsträgern. Ein Kündigungsgrund, dem der Betriebsrat vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung **nicht zugestimmt**

hat, kann ebenfalls **nicht nachgeschoben** werden.

4. Nachschieben von Kündigungsgründen bei Schwerbehinderten

Will der Arbeitgeber einen schwer behinderten Arbeitnehmer kündigen, darf er das - wenn kein Ausnahmefall des § 90 SGB IX vorliegt - **nur nach vorheriger Zustimmung des Integrationsamts** (§ 85 SGB IX). Für die außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer (s. dazu das Stichwort Kündigung - außerordentliche: Schwerbeh. Menschen) gilt zudem § 91 SGB IX . Auch hier stellt sich wie im vorausgehenden Gliederungspunkt die Frage, ob ein **Kündigungsgrund nachgeschoben** werden kann, der im Zeitpunkt der Kündigung zwar schon objektiv vorlag, dem **Integrationsamt** im Zustimmungsverfahren aber **nicht zur Kenntnis gegeben** wurde.

Beispiel:

Arbeitgeber A hat festgestellt, dass seine schwerbehinderte Kassiererin K wiederholt Geld aus der Kasse genommen und ihn um einen Betrag von insgesamt 5.000 EUR gebracht hat. A stellt K zur Rede, sie leugnet. A beantragt beim Integrationsamt die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung K's wegen erwiesener Unterschlagung von 5.000 EUR und des Verdachts der Unterschlagung von 5.000 EUR. Das Integrationsamt stimmt der außerordentlichen Kündigung K's zu. K wehrt sich gegen die außerordentliche Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage. Bei Vorbereitung der Klageerwidern stellt A fest, dass im Lager auch Ware fehlt. Er spricht den zuständigen Abteilungsleiter darauf an. Der sagt ihm, dass er häufiger bemerkt habe, wie K mit prall gefüllten Abfalltüten aus dem Lager gekommen sei. Er hätte sich aber nichts dabei gedacht, sondern wäre davon ausgegangen, dass K nur Müll entsorgen würde. A hört K zum Verdacht des Diebstahls an und will seine außerordentliche Kündigung im Kündigungsschutzprozess nun auch auf den nachgeschobenen Kündigungsgrund Diebstahlsverdacht stützen.

Das Zustimmungsverfahren hat den Zweck, das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einer staatlichen Kontrolle zu unterziehen. Damit soll sichergestellt werden, dass die Rechte des schwerbehinderten Arbeitnehmers gewahrt werden und der Arbeitgeber seine Pflichten als Arbeitgeber eines Schwerbehinderten ernst nimmt. Das Integrationsamt prüft nicht, ob der wichtige Grund, der die außerordentliche Kündigung des Schwerbehinderten rechtfertigen soll, tatsächlich vorliegt. Die Zustimmung des Integrationsamts beseitigt nur die Kündigungssperre des § 85 SGB IX . Sie versetzt den Arbeitgeber in den Zustand, den er ohne den besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte hat. Das heißt im Ergebnis: Die Zustimmung des Integrationsamts ist nicht auf einen bestimmten Kündigungsgrund beschränkt. Die Gründe des Zustimmungsbescheids haben keine Bindungswirkung, nur der Tenor (so: LAG Sachsen-Anhalt, 24.11.1999 - 3 Sa 164/99). Das führt zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber nach einmal erteilter Zustimmung des Integrationsamts nicht daran gehindert ist, Kündigungsgründe, die im Zeitpunkt der Zustimmung bereits objektiv vorgelegen haben, im Kündigungsrechtsstreit nachzuschieben.

Beispiel:

A kann im vorausgehenden Beispiel also den Diebstahlsverdacht als Kündigungsgrund nachschieben. Dass das Integrationsamt von diesem Kündigungsgrund keine Kenntnis hatte, ist unschädlich. Es gehört ja nicht zu den Aufgaben des Integrationsamts, den vom Arbeitgeber benannten Kündigungsgrund zu prüfen.

Auf der anderen Seite ist es dem Integrationsamt verwehrt, für seine Entscheidung Kündigungsgründe heranzuziehen, auf die sich der Arbeitgeber gar nicht beruft (LAG Sachsen-Anhalt, 24.11.1999 - 3 Sa 164/99).

Muss der Arbeitgeber neben der Zustimmung des Integrationsamts auch noch seinen **Betriebsrat** beteiligen, gilt Folgendes:

- Gründe, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits objektiv vorlagen, dürfen nachgeschoben werden, wenn der Arbeitgeber sie dem Betriebsrat mitgeteilt hat. Ob sie dem Integrationsamt mitgeteilt

wurden, ist unerheblich.

- Gründe, die zum Zeitpunkt der Kündigung bereits objektiv vorlagen, dürfen nicht nachgeschoben werden, wenn der Arbeitgeber sie dem Betriebsrat nicht mitgeteilt hat. Ob sie dem Integrationsamt mitgeteilt wurden, ist unerheblich.

Praxistipp:

Wenn der Arbeitgeber seinem Betriebsrat die Kündigungsgründe nicht mitgeteilt hat, kann er die Mitteilung nachholen. Das macht die zunächst ausgesprochene Kündigung zwar nicht wirksam, ebnet aber den Weg für eine neue außerordentliche Kündigung. Dabei ist allerdings die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten, der auf die Kenntniserlangung des Kündigungsberechtigten von den Kündigungsgründen abstellt.

Die Auffassung des LAG Sachsen-Anhalt steht nicht als absolut herrschende Meinung dar. Mit Hinweis auf eine Entscheidung des VGH Baden-Württemberg wird auch die Auffassung vertreten, dass ein Nachschieben von Kündigungsgründen bei Schwerbehinderten nicht möglich sei. Auf der anderen Seite betraf das Urteil des VGH Baden-Württemberg die Frage, ob im **Zustimmungsverfahren** bei der Hauptfürsorgestelle (heute: Integrationsamt) nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 21 Abs. 2 SchwBG (heute: § 91 Abs. 2 SGB IX) noch **Gründe nachgeschoben** werden. Das haben die Verwaltungsrichter mit der Begründung verneint, dass der Arbeitgeber die für ihn maßgeblichen Gründe im **Zustimmungsverfahren** innerhalb der **Zwei-Wochen-Frist** des § 21 Abs. 2 SchwBG vorbringen müsse (VGH Baden-Württemberg, 05.08.1996 - 7 S 483/95). Die Wahrung der öffentlich-rechtlichen Frist hat allerdings nichts mit der Frage zu tun, ob **nach erteilter Zustimmung** im Kündigungsschutzprozess Gründe **nachgeschoben** werden können, die im Zeitpunkt der Kündigung schon objektiv vorgelegen haben.

5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Kündigung - außerordentliche: nachgeschobene Gründe **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

5.1 Alkoholmissbrauch

Die fehlende Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG hindert den Arbeitgeber nicht, den **Vorwurf eines verschuldeten Rückfalls** - verbunden mit weiteren Vertragsverletzungen - in den Kündigungsrechtsstreit einzuführen. Kündigungsgründe, die im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bereits vorgelegen haben, können kündigungsschutzrechtlich stets nachgeschoben werden. Aus betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bestehen gegen ein Nachschieben keine Bedenken, wenn der dem Betriebsrat mitgeteilte Kündigungsgrund im Prozess bloß durch weitere Tatsachen **erläutert** wird. Etwas anderes gilt allerdings, wenn sich der Kündigungsgrund durch nachgeschobene Gründe in seinem Charakter und in seiner Gewichtung ändert. Dann ist das Nachschieben dieser Gründe unzulässig, wenn der **Betriebsrat dazu nicht gehört** worden ist (LAG Hamm, 01.03.2007 - 17 Sa 1503/06).

5.2 Auswechseln der Gründe

Kündigungsgründe, die dem Kündigenden bei Ausspruch der Kündigung noch nicht bekannt waren, dürfen uneingeschränkt nachgeschoben werden, wenn sie bereits **vor Ausspruch der Kündigung entstanden** sind. Ob das auch gilt, wenn die Kündigung durch das Auswechseln der Gründe einen **anderen Charakter** bekommt, bleibt offen. Bisher brauchte das BAG so einen **Extremfall** noch nicht zu entscheiden (BAG, 06.09.2007 - 2 AZR 264/06).

5.3 Auszubildende

§ 15 Abs. 3 BBiG a.F. verlangt für die Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen durch den Ausbilder nach der Probezeit, dass sie schriftlich und **unter Angabe der Kündigungsgründe** erfolgt (heute: § 22 Abs. 3 BBiG). Insoweit stellt sich Frage, ob damit nicht generell ein Nachschieben von Kündigungsgründen ausgeschlossen ist und nur die Kündigungsgründe zu berücksichtigen sind, die in der **Kündigungserklärung**

stehen. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung wird man ein Nachschieben weiterer Kündigungsgründe aber wohl nur dann zulassen, wenn der Kündigende sie dem Gekündigten unverzüglich **nach Kenntniserlangung schriftlich mitgeteilt** hat (LAG Hamburg, 29.08.1997 - 3 Sa 51/97).

5.4 Betriebsratsanhörung - 1

Besteht im **Zeitpunkt der Kündigung kein Betriebsrat**, ist das Nachschieben zunächst problemlos. Aber: Wird nach der Kündigung und vor dem Nachschieben von Gründen ein Betriebsrat gewählt, ist das nicht mehr so einfach. Das Nachschieben von Kündigungsgründen steht einer Kündigung gleich. Insoweit muss der Arbeitgeber in Fällen dieser Art den **später etablierten Betriebsrat** nach § 102 BetrVG anhören, bevor er Gründe nachschiebt. Dem neu gewählten Betriebsrat müssen insoweit **die gleichen Rechte** wie vor Ausspruch einer Kündigung gegeben werden, damit er auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss nehmen und den Arbeitnehmer so möglicherweise vor einer Kündigung bewahren kann (LAG Hamm, 10.08.2006 - 15 Sa 270/06).

5.5 Betriebsratsanhörung - 2

Der Arbeitgeber kann eine **Tatkündigung** nicht mit dem Sachverhalt begründen, zu dem er den Betriebsrat nachträglich angehört hat. Die fehlerhafte Betriebsratsanhörung macht die **Kündigung unwirksam**. Sie wird nicht nachträglich dadurch geheilt, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat zu weiteren Sachverhalten zutreffend informiert. Bei einer fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats ist daher ein **Nachschieben von Kündigungsgründen nicht möglich** (LAG Düsseldorf, 24.05.2007 - 13 Sa 1287/06).

5.6 Betriebsratsanhörung - 3

Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat nach § 102 BetrVG vor Ausspruch der Kündigung anhören . Hat er seinem Betriebsrat Kündigungsgründe, die ihm im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bekannt waren, **nicht mitgeteilt**, darf er diese Kündigungsgründe nicht nachschieben. Und das bedeutet weiter: diese bekannten Kündigungstatsachen dürfen auch **im laufenden Kündigungsrechtsstreit nicht berücksichtigt** werden. Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens lassen kein anderes Ergebnis zu. § 102 BetrVG verschafft dem Betriebsrat die Gelegenheit, auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers einzuwirken, bevor er seinen Kündigungsentschluss nach den ihm bekannten Tatsachen umsetzt. Würde man dem Arbeitgeber gestatten, sich im nachfolgenden Kündigungsschutzverfahren auf "neue" Kündigungsgründe zu berufen, die seinen Kündigungsentschluss möglicherweise beeinflusst haben, die er seinem Betriebsrat jedoch nicht mitgeteilt hat, würde der Zweck des § 102 BetrVG unterlaufen (s. dazu BAG, 16.12.2010 - 2 AZR 576/09 ; BAG, 11.04.1985 - 2 AZR 239/84 u. BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 684/13). Aber: Ein Nachschieben von Kündigungsgründen ist möglich, wenn diese Kündigungsgründe erst nachträglich bekannt geworden sind und - wichtig - der Betriebsrat dazu in analoger Anwendung des § 102 BetrVG angehört worden ist (BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 256/14 - mit Hinweis auf BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 102/12 u. BAG, 11.04.1985 - 2 AZR 239/84).

5.7 Grenzen

§ 626 Abs. 2 BGB bildet – wenn die Kündigungsgründe vom Arbeitgeber nicht völlig ausgewechselt werden – keine direkte – ja nicht mal analog anzuwendende – **Schranke** für das Nachschieben von Kündigungsgründen, die bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung schon objektiv vorlagen, dem Kündigungsberechtigten in diesem Zeitpunkt nur noch nicht bekannt waren (so schon: BAG, 04.06.1997 – 2 AZR 362/96). In diesem Fall ist die Kündigung als Kündigung ja bereits rechtzeitig erklärt und wirkt in Richtung Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Gründe, auf die Kündigung gestützt ist, sind **kein integraler Bestandteil** der Kündigung. "Der Arbeitgeber darf auf den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion oder einen gerichtlichen Abfindungsvergleich , aber auch darauf **hoffen**, es werde sich noch rechtzeitig im Verlauf des Rechtsstreits ein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung 'offenbaren', der im Zeitpunkt ihres Zugangs - von ihm noch unerkannt - bereits vorlag" (BAG, 12.01.2021 – 2 AZN 724/20 – mit dem Hinweis, dass sich Grenzen aus den §§ 138 , 612a BGB und § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG ergeben können, wenn das Motiv der Kündigung zu missbilligen ist).

5.8 Kenntnis

Die Frage, ob dem Arbeitgeber die nachgeschobenen Kündigungstatsachen schon **im Zeitpunkt der Kündigung** bekannt gewesen sind, ist nach dem **Wissensstand des Kündigungsberechtigten** zu beantworten. Dazu gehört - wie bei § 626 Abs. 2 BGB - eine positive und vollständige Kenntnis der Tatsachen, auf die es für die Kündigung ankommt (= sachliche Hinsicht). Darüber hinaus muss die Kenntnis der Tatsachen beim Kündigungsberechtigten vorliegen (= personelle Hinsicht). Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, ist grundsätzlich die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen Organs maßgeblich (s. dazu BAG, 05.05.1977 - 2 AZR 297/76). Und falls für den Arbeitgeber gleich mehrere Personen gemeinsam vertretungsberechtigt sind, braucht nur einer der Gesamtvertreter von den Kündigungstatsachen Kenntnis zu haben (s. dazu BAG, 28.11.2007 - 6 AZR 1108/06 u. BAG, 20.09.1984 - 2 AZR 73/83). Darüber hinaus gilt: Der Arbeitgeber muss sich ein entsprechendes Wissen "regelmäßig auch dann **zurechnen lassen**, wenn das Organmitglied oder der sonstige Vertreter bei der Behandlung des Sachverhalts eigene Pflichten ihm gegenüber verletzt hat". Diese Regel ist aber nicht anzuwenden, "wenn es um die Kenntnis von Handlungen geht, die der Vertreter im kollusiven Zusammenwirken mit dem Arbeitnehmer gegen die Interessen der Gesellschaft vorgenommen hat" (BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 256/14) .

5.9 Verdachtskündigung - 1

Bei einer Verdachtskündigung liegt der **Vorwurf** darin, dass gerade der Verdacht eines vertragswidrigen oder strafbaren Verhaltens das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört habe. Der Verdacht ist gegenüber der Tat ein **eigener Kündigungsgrund**, der vom Tatvorwurf nicht mit umfasst ist. Das Nachschieben dieses Kündigungsgrunds ist im Kündigungsschutzprozess unzulässig, wenn die Kündigung im Rahmen des erforderlichen **Zustimmungsverfahrens** nicht darauf gestützt worden ist. Insoweit kommt bei einer zustimmungsbedürftigen Kündigung - hier nach § 21 Abs. 2 MVG-EKD - kein Nachschieben einer Kündigungsbegründung in Betracht (LAG Düsseldorf, 18.09.2001 - 6 Sa 849/01).

5.10 Verdachtskündigung - 2

Wenn der Arbeitgeber seine Kündigung erst **nach der Kündigungserklärung** auch auf den Verdacht stützt, der Arbeitnehmer habe bestimmte Verfehlung begangen, schiebt er einen neuen, **andersartigen Kündigungsgrund** nach. Dabei unterliegt er kollektivrechtlichen Beschränkungen, muss der Betriebsrat nach § 102 BetrVG doch vor jeder Kündigung angehört werden. Deswegen kann der Arbeitgeber selbst bei unverändert gebliebener Sachlage nicht den Verdacht als Kündigungsgrund nachschieben, wenn er seinem Betriebsrat diesen Kündigungsgrund **im Anhörungsverfahren nicht mitgeteilt** hat (LAG Hamm, 17.08.2006 - 15 Sa 720/06).

5.11 Verdachtskündigung - 3

Vor einer Verdachtskündigung muss der Arbeitgeber seinen **Mitarbeiter anhören**. Fehlt die Anhörung zu bestimmten Verdachtstatsachen, können diese **Tatsachen** in einem späteren Kündigungsschutzprozess nicht verwertet werden. Ein **Nachschieben** von Kündigungsgründen ist hier nicht möglich (LAG Düsseldorf, 24.05.2007 - 13 Sa 1287/06).

5.12 Verdachtskündigung - 4

Will der Arbeitgeber in erster Linie wegen des dringenden Verdachts einer erheblichen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung kündigen, muss er dies dem **Betriebsrat mitteilen** und dabei die Umstände angeben, aus denen sich dieser dringende Verdacht konkret ergeben soll. Unterrichtet er seinen Betriebsrat nur über eine aus seiner Sicht **erfolgte Pflichtverletzung**, kann er seine Kündigung im späteren Kündigungsschutzprozess nicht mehr auf den Verdacht stützen, wenn die Verdachtsmomente bei Ausspruch der Kündigung bereits bekannt waren. Hier liegt dann ein **unzulässiges Nachschieben** von Kündigungsgründen vor (BAG, 23.04.2008 - 2 ABR 71/07).

5.13 Verdachtskündigung - 5

*"In einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung sind nicht nur die dem Arbeitgeber **bei Kündigungsausspruch bekannten tatsächlichen Umstände** von Bedeutung. So sind auch solche **später bekannt gewordenen Umstände** zu berücksichtigen - zumindest wenn sie bei Kündigungszugang objektiv*

*bereits vorlagen -, die den ursprünglichen Verdacht abschwächen oder verstärken (...). Daneben können selbst solche Tatsachen in den Prozess eingeführt werden, die den **Verdacht eines eigenständigen - neuen - Kündigungsvorwurfs** begründen. Voraussetzung ist, dass der neue Kündigungsgrund bei Ausspruch der Kündigung objektiv schon gegeben, dem Arbeitgeber nur noch nicht bekannt war" (BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 102/12).*

5.14 Verdachtskündigung - 6

Für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung durch das Arbeitsgericht können Umstände, die **objektiv erst nachträglich eingetreten** sind, nur ausnahmsweise von Bedeutung sein. Ua. wird dabei vorausgesetzt, diese Umstände lassen die **Vorgänge, die zur Kündigung geführt haben**, in einem neuen Licht erscheinen. Um diese Voraussetzung zu erfüllen, ist es erforderlich, dass zwischen den alten Gründen und den neuen Vorgängen so **enge innere Beziehungen** bestehen, dass ein einheitlicher Lebensvorgang auseinandergerissen würde, ließe man sie außer Acht. So können diese Umstände gerade bei einer Verdachtskündigung Bedeutung bei der Würdigung der verdachtsbegründenden Tatsachen haben (BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 644/13 - hier: fehlende Verdachtsmomente für eine arbeitsvertragswidrige Konkurrenztaetigkeit des Mitarbeiters).

5.15 Zeitpunkt

Gegen das Nachschieben von neuen Kündigungsgründen, die nicht nur der **Erläuterung** bereits vorgetragener Gründe dienen, bestehen unter kündigungsschutzrechtlichen Gründen keine Bedenken. Vorausgesetzt, die **Gründe bestanden bereits bei Ausspruch der Kündigung** (LAG Hamm, 19.04.2007 - 17 Sa 32/07).