

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Rechtliche Grundlagen
3. Praktische Auswirkungen
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Abmahnung
 - 4.2 Änderungskündigung
 - 4.3 Auflösende Bedingung - 1
 - 4.4 Auflösende Bedingung - 2
 - 4.5 Außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit
 - 4.6 Außerordentlich, hilfsweise ordentlich
 - 4.7 Betriebsratsanhörung - 1
 - 4.8 Betriebsratsanhörung - 2
 - 4.9 Freistellung und Urlaubserteilung
 - 4.10 Kündigungsschutzklage - 1
 - 4.11 Kündigungsschutzklage - 2
 - 4.12 Mandatsträger
 - 4.13 Rechtsextreme Aktivitäten
 - 4.14 Rechtskräftige Verurteilung
 - 4.15 Umdeutung - 1
 - 4.16 Umdeutung - 2
 - 4.17 Umdeutung - 3
 - 4.18 Urlaubsgewährung
 - 4.19 Verdachtskündigung
 - 4.20 Wille des Arbeitgebers - 1
 - 4.21 Wille des Arbeitgebers - 2
 - 4.22 Zustimmung einer Behörde

Information

1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber** ist manchmal etwas **verunsichert**, wenn es darum geht, sich für eine **außerordentliche oder ordentliche Kündigung** zu entscheiden. Die außerordentliche Kündigung kann zwar regelmäßig in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Das Beste ist es jedoch, gleich **von Anfang an auf Nummer sicher** zu gehen. Dazu sind außerordentliche und ordentliche Kündigung **miteinander zu verknüpfen** - und das so, dass die außerordentliche **erste Priorität** hat und die ordentliche nur greifen soll, wenn die außerordentliche unwirksam ist.

Praxistipp:

Als Musterformulierung für eine kombinierte Kündigung bietet sich an: *"Sehr geehrte/r Herr/Frau <Name>, wir kündigen Ihr Arbeitsverhältnis hiermit außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum <Datum>."*

Eine "Hilfskündigung" kommt nicht nur im **Verhältnis fristlose/fristgemäße Kündigung** in Betracht. Der

Arbeitgeber hat die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis wegen **eines ganz bestimmten Grundes** zu kündigen, zugleich aber auch hilfsweise eine Kündigung wegen eines anderen Kündigungssachverhalts zu erklären. So kann er sein Hauptaugenmerk auf dringende betriebliche Erfordernisse richten, hilfsweise aber auch aus Gründen kündigen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Dabei muss er sich allerdings darüber im Klaren sein, dass auch die **hilfsweise erklärte Kündigung** eine **echte Kündigung** ist und nach den Maßstäben des Kündigungs(schutz)rechts bewertet wird.

2. Rechtliche Grundlagen

Kündigungen sind **bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte**. Eine Kündigungserklärung muss **klar und unmissverständlich** sein. Sie verträgt aus Gründen der **Rechtsklarheit** keinen Schwebezustand. Eine **Ungewissheit** über das Bestehen oder Nichtbestehen seines Arbeitsverhältnisses ist für den Kündigungsempfänger unzumutbar (BAG, 27.03.1987 - 7 AZR 527/85).

Praxistipp:

Auch wenn es schwer fällt und man dem Arbeitnehmer mit einer Kündigung nicht mehr als nötig wehtun möchte: Ein Satz wie "Diese Kündigung wird gegenstandslos, wenn das Geschäftsergebnis um vierten Quartal wieder positiv ist" oder "sich Ihre Leistung in den nächsten beiden Monaten erheblich gebessert hat" haben in einer Kündigungserklärung nichts verloren. Formulierung dieser Art mögen Balsam für die gestresste Arbeitnehmerseele sein und das Gewissen des Arbeitgebers etwas erleichtern - sie stellen jedoch Bedingungen dar, die die Kündigung unwirksam machen.

Grundsätzlich muss sich der Arbeitgeber **entscheiden**, wie und wann er ein **Arbeitsverhältnis beenden** will. Dafür hat er kündigungsrechtlich zwei Möglichkeiten: Er kann

- ordentlich , also **fristgemäß**, oder
- außerordentlich , also **fristlos**,

kündigen.

Die Kündigung "*fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Termin*" ist **keine bedingte Kündigung**. Der Arbeitgeber drückt auch mit "*hilfsweise*" und "*vorsorglich*" deutlich seinen Willen aus, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Dabei steht die **fristlose Kündigung auf Platz 1** der Beendigungsgründe, die "*hilfsweise*" oder "*vorsorglich*" erklärte **ordentliche Kündigung auf Platz 2**. Sie soll nur dann greifen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht bereits zuvor durch die außerordentliche Kündigung beendet worden ist (BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 54/12).

§ 158 Abs. 2 BGB sagt:

"Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endet mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein."

So eine **auflösende Bedingung** trägt die Kündigung "*fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Termin*". Die **Wirkung** der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung ist beendet, "*wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis bereits zu einem früheren Zeitpunkt aufgelöst ist*" (BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 54/12). Es handelt sich hier nicht um eine **Tatsachen-**, sondern um eine zulässige Rechtsbedingung (BAG, 03.04.2008 - 2 AZR 500/06). Das ist ein "*künftiges ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt oder Nichteintritt ein Rechtsgeschäft abhängig sein soll*" (BAG, 27.03.1987 - 7 AZR 527/85).

Eine nach § 626 BGB unwirksame **außerordentliche Kündigung** kann nach § 140 BGB in eine **ordentliche Kündigung umgedeutet** werden, wenn

- die Umdeutung dem mutmaßlichen **Willen des Kündigenden** entspricht und
- dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung **erkennbar** war (BAG, 12.05.2010 - 2 AZR 845/08).

Die **Umdeutung ist ausgeschlossen**, wenn der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig Klage erhoben hat. Dann greift die Wirksamkeitsfiktion des § 7 Halbs. 1 KSchG .

Praxistipp:

Auch wenn eine außerordentliche Kündigung bisweilen als ordentliche zum nächst zulässigen Termin ausgelegt werden kann: Es gibt Fälle, in denen das Ergebnis der Auslegung anders ausfällt. Dann ist eben *nur* eine fristlose Kündigung gewollt - mit dem Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis ungekündigt weiterläuft, wenn diese fristlose Kündigung unwirksam ist. Um das zu vermeiden, ist es angezeigt, jede außerordentliche Kündigung mit dem Zusatz *"und hilfsweise ordentlich zum ..."* zu verbinden. Das zeigt eindeutig, dass im Fall des Scheiterns der außerordentlichen Kündigung trotzdem eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewollt ist.

Ist die außerordentliche Kündigung wirksam, beendet sie das Arbeitsverhältnis. Auf die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung kommt es dann nicht mehr an (BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 273/12). Ist die außerordentliche Kündigung unwirksam, kommt es auf die ordentliche Kündigung an. Sie muss in KSchG-Betrieben sozial gerechtfertigt - also durch betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG) Gründe gedeckt - sein.

Stützt der Arbeitgeber seine **Kündigung auf einen bestimmten KSchG-Grund**, bleibt es ihm unbenommen, hilfsweise **auch wegen eines anderen KSchG-Grunds** eine Kündigung auszusprechen. So kann er beispielsweise das Arbeitsverhältnis eines Mitarbeiters wegen eines Grundes beenden, der in dessen **Verhalten** liegt. Hilfsweise kann er die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch mit Gründen rechtfertigen, die in der **Person** des Arbeitnehmers liegen oder betriebsbedingt sind.

3. Praktische Auswirkungen

Die Kündigung ist ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft. Der Arbeitgeber darf sie daher nicht vom **Eintritt- oder Nichteintritt bestimmter tatsächlicher Umstände** abhängig machen.

Beispiel:

Die Onseroth KG ist ein norddeutsches Logistikunternehmen mit einer Vielzahl von Fahrern im Ferntouren-Geschäft. Trucker Wilm Wiehl ist wiederholt arbeitsunfähig krank - sehr zum Ärger der Geschäftsleitung, weil wegen Wilms Arbeitsunfähigkeit schon etliche Touren ausgefallen sind und Kunden ihre Lieferung zu spät bekamen. Trucker Dick Dreiwier fiel bisher zwar nicht durch Zeiten von Arbeitsunfähigkeit auf, hat aber in den letzten Monaten schon den ein oder anderen - zum Teil sogar schweren - Schaden an Onseroth-Lkw verursacht.

Herr Wiehl bekommt eine Kündigung mit dem Satz *"Wenn Sie bis zum Auslauf der Kündigungsfrist nicht wieder krank werden, nehmen wir die Kündigung zurück und setzen ihr Arbeitsverhältnis fort."* In Herrn Dreiwiers Kündigung steht: *"Fahren Sie im nächsten Monat unfallfrei, betrachten Sie diese Kündigung bitte als gegenstandslos."* Nett gemeint - juristisch aber daneben. Beide Kündigungen sind bedingt. Sie sollen wegfallen, wenn bestimmte Tatsachen - keine weiteren Fehlzeiten, keine Unfälle mehr - eintreten.

Während **Tatsachenbedingungen** eine Kündigung unwirksam machen, ist eine **Rechtsbedingung unschädlich**.

Beispiel:

Max Spieth, ein Kollege der beiden Trucker aus dem Beispiel oben, vertauscht des Öfteren Ladung und Papiere, was nicht nur zu verärgerten Kunden führt, sondern auch zusätzlichen finanziellen Aufwand für die Onseroth KG bedeutet. Herr Spieth wurde deswegen bereits mehrfach abgemahnt. Als er einem Kunden wieder einmal die falsche Lieferung bringt, hat der Arbeitgeber genug: *"Sehr geehrter Herr Spieth, wir kündigen Ihr Arbeitsverhältnis hiermit fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30.11."* In diesem Fall

hängt die (ordentliche) Kündigung nicht von einer Tatsachenbedingung ab, sondern von einer Rechtsbedingung: von der (Un)Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung.

Die **ordentliche Kündigung** wird im Zusammenhang mit einer außerordentlichen Kündigung **hilfsweise ausgesprochen**. Sie soll das Arbeitsverhältnis nur dann beenden, wenn es nicht bereits zuvor durch die außerordentliche Kündigung beendet worden ist.

Beispiel:

Angenommen, die Onseroth KG hätte im letzten Beispielfall nur auf die außerordentliche Kündigung von Max Spieth gesetzt. Stellt das Arbeitsgericht dann im Kündigungsschutzprozess fest, dass die außerordentliche Kündigung nicht greift, weil dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Auslaufen der ordentlichen Kündigungsfrist doch zumutbar ist, wäre die fristlose Kündigung zum Scheitern verurteilt. Bei der Hilfskündigung kommt es nun dagegen auf die ordentliche Kündigung an. Ist sie sozial gerechtfertigt, wie hier, weil der Arbeitnehmer trotz mehrfacher Abmahnung keine Verhaltensänderung zeigt und seine Verhaltensprognose negativ ist, beendet sie das Arbeitsverhältnis "hilfsweise" unter Einhaltung der Kündigungsfrist.

Die ordentliche Kündigung kann "hilfsweise" gleich **zusammen mit der außerordentlichen Kündigung** erklärt, **aber auch noch später** ausgesprochen werden.

Beispiel:

Die Onseroth KG hat Max Spieth nach dem letzten Vorfall zunächst fristlos gekündigt. Im Nachhinein bekam sie jedoch Bedenken, ob die fristlose Kündigung eines Familienvaters mit nicht arbeitender Ehefrau und vier minderjährigen Kindern Ultima Ratio war. Die Onseroth KG spricht deswegen eine weitere Kündigung aus: *"Sehr geehrter Herr Spieth, wir hatten Sie mit Schreiben vom <Datum> fristlos gekündigt. Für den Fall, dass diese Kündigung einer gerichtlichen Prüfung nicht standhalten sollte, sprechen wir Ihnen hiermit aus den gleichen Gründen die ordentliche Kündigung zum 30.11. aus. Wir wollen uns in jedem Fall von Ihnen trennen."*

Praxistipp:

Soll einem Arbeitnehmer in einem mitbestimmten Betrieb außerordentlich und hilfsweise ordentlich gekündigt werden, ist der Betriebsrat zu beiden Kündigungen anzuhören. Auch wenn eine außerordentliche Kündigung in eine ordentliche umgedeutet werden kann: die Umdeutung ist ausgeschlossen, wenn keine entsprechende Anhörung erfolgt ist. Das Rechtsgeschäft ordentliche Kündigung ist in diesem Fall mangels Betriebsratsanhörung unwirksam. Ausnahme: Der Betriebsrat hat der außerordentlichen Kündigung uneingeschränkt zugestimmt.

Zudem kann eine **Kündigung** auch **"hilfsweise" auf andere Kündigungsgründe gestützt** werden.

Beispiel:

Sarah Schiffting-Giehrs ist seit etwa vier Jahren bei der Onseroth KG als Disponentin beschäftigt. In den letzten drei Jahren war sie wiederholt arbeitsunfähig krank. Während ihrer krankheitsbedingten Fehlzeiten wurde Sarah von einer Kollegin vertreten. Das klappte immer ganz gut und die Geschäftsführung trifft die unternehmerische Entscheidung, beide Arbeitsplätze zu einem zusammenzulegen. Sie kündigt Frau Schiffting-Giehrs betriebsbedingt zum 31.01., hilfsweise personenbedingt wegen Krankheit zum gleichen Beendigungstermin.

Auch in diesem Fall ist es so, dass es auf die hilfsweise erklärte Kündigung nur dann ankommt, wenn die vorrangig gewollte scheidet.

Praxistipp:

Die Hilfskündigung ist keine Kündigung zweiter Klasse oder eine "Kündigung light". Sowohl für die Haupt- als auch für die Hilfskündigung müssen sämtliche formellen und materiellen Voraussetzungen erfüllt sein. Der Arbeitgeber kann nicht davon ausgehen, dass die Hilfskündigung von sich aus greift, wenn er mit seiner Hauptkündigung scheitert. Das Gleiche gilt bei außerordentlicher und hilfsweise erklärter ordentlicher Kündigung. Ist die außerordentliche Kündigung unwirksam, wird das Arbeitsverhältnis deswegen nicht automatisch durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung beendet.

Es gibt auch Sachverhalte, bei denen ein Arbeitgeber **Arbeitsbedingungen ändern** möchte, aber nicht sicher ist, ob er dies über sein Direktionsrecht oder nur über eine Änderungskündigung hinbekommt.

Beispiel:

Die Onseroth KG hat neben ihrem Hauptsitz in Hamburg noch eine Niederlassung in Rostock. Lagerleiter Lothar Freyth hat einen Arbeitsvertrag, der keinen Ort für seine Arbeitsleistung bestimmt. Da Herr Freyth aber schon etliche Jahre in Hamburg arbeitet, ist die Onseroth KG nicht sicher, ob sie ihn nach Rostock versetzen kann. Sie schreibt Lothar: *"Sehr geehrter Herr Freyth, wir haben uns entschlossen, Sie ab dem 01.02. in unsere Niederlassung Rostock zu versetzen. Der bisherige Stelleninhaber ist mit seiner Arbeit völlig überfordert, sodass wir Sie dort zukünftig als Lagerleiter beschäftigen werden. Für den Fall, dass Ihre Versetzung nicht kraft unseres Weisungsrechts möglich sein sollte, erklären wir hiermit hilfsweise die Kündigung Ihres Arbeitsvertrags zum 31.01. und bieten Ihnen gleichzeitig die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu sonst gleichen Arbeitsbedingungen am Standort Rostock an."*

Mehr dazu in den Stichwörtern

- Änderungskündigung und
- Direktionsrecht .

Bei der rechtlichen Bewertung hilfsweise erklärter Kündigungen kommt es zunächst auf die **Wirksamkeit der Hauptkündigung** an. Das Gericht muss prüfen, ob

- die außerordentliche Hauptkündigung oder
- die ordentliche Kündigung mit dem Hauptkündigungsgrund oder
- das Direktionsrecht

greift. Ist das der Fall, wird das Arbeitsverhältnis durch die

- die außerordentliche Kündigung beendet,
- durch die ordentliche Kündigung mit dem Hauptkündigungsgrund sein Ende finden oder
- mit Ausübung des Direktionsrechts auf neue Arbeitsbedingungen umgestellt.

Erst dann, wenn Hauptkündigung und Weisungsrecht unwirksam sind, **kommt es auf die hilfsweise erklärten Kündigungen an**.

Beispiel:

Bei Herrn Freyth aus dem letzten Beispiel wird die Weisung, zukünftig in Rostock zu arbeiten, okay sein. In Lothars Arbeitsvertrag ist kein spezieller Arbeitsort vereinbart. Die Onseroth KG kann daher via Direktionsrecht nach § 106 GewO auch den Ort der Arbeitsleistung festlegen. Wäre Hamburg als Arbeitsort fest vereinbart, könnte die Onseroth KG die Versetzung von Herrn Freyth dagegen nur über eine Änderungskündigung erreichen.

Eine Arbeitsanweisung kann nicht in eine Änderungskündigung umgedeutet werden. Hat der Arbeitgeber eine

außerordentliche Kündigung und hilfsweise eine ordentliche erklärt, braucht **nicht umgedeutet** zu werden. Die ordentliche Kündigung ist - wenn auch nur hilfsweise für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis nicht fristlos zu Ende geht - erklärt.

Der gekündigte **Arbeitnehmer muss sich** sowohl gegen die außerordentliche als auch gegen die ordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses **wehren**. Hat er wegen der außerordentlichen Kündigung rechtzeitig eine Kündigungsschutzklage erhoben, kann er sich nach § 6 Satz 1 KSchG bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz auch noch auf die Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung berufen. Der Arbeitnehmer kann die ordentliche Kündigung auch hinnehmen und sich ganz gezielt nur gegen die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses zur Wehr setzen.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema hilfsweise Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt.

4.1 Abmahnung

Der Arbeitgeber ist gehalten, den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** und das Ultima-Ratio-Prinzip zu beachten. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen einer Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten "*fristlos, hilfsweise ordentlich*", muss das Arbeitsgericht zunächst prüfen, ob das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung beendet wird. Kommt es hier zu dem Ergebnis, dass eine Abmahnung das richtige mildere Mittel gewesen wäre, bedeutet dieses Ergebnis für die ordentliche Kündigung, die auf den gleichen Sachverhalt gestützt wird: Sie ist sozial nicht gerechtfertigt, dem Arbeitgeber ist es zuzumuten, den Arbeitnehmer "*weiterzubeschäftigen und auf das mildere Mittel der Abmahnung zurückzugreifen*" (LAG Rheinland-Pfalz, 08.08.2013 - 10 Sa 66/13).

4.2 Änderungskündigung

Der stark vereinfachte Fall: Arbeitgeber A sah sich im Zuge von **Rationalisierungsmaßnahmen** veranlasst, Kündigungen auszusprechen. Mitarbeiter M kündigte er am 18.08.2016 zum Ablauf des 15.09.2016, **hilfsweise** zum Ablauf des 31.03.2017 und **äußerst hilfsweise** zum nächstmöglichen Termin. Gleichzeitig bot A dem M an, ihn ab dem 16.09.2016, hilfsweise ab dem 01.04.2017 und hilfsweise ab dem nächstzulässigen Termin zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. M nahm die Kündigungen unter Vorbehalt an und klagte.

Rechtlich handelt es sich hier um mehrere Änderungskündigungen. "Hat das Berufungsgericht den **Hauptantrag** abgewiesen und dementsprechend nicht über einen unechten **Hilfsantrag** entschieden, fällt letzter dem Revisionsgericht an, wenn der Kläger ihn in seinen Revisionsantrag einbezieht" (s. dazu BAG, 16.11.2010 - 9 AZR 573/09). So war es hier. Der Arbeitnehmer wehrte sich - auch in der Revisionsinstanz noch - **gegen alle Änderungskündigungen**. Das LAG hatte den gegen die Kündigung zum 15.09. gerichteten Hauptantrag abgewiesen. Folgerichtig brauchte es nicht über die unechten Hilfsanträge gegen die hilfsweise erklärten Kündigungen zu entscheiden (BAG, 18.10.2018 - 2 AZR 374/18 - mit dem Ergebnis, dass die Revision des Arbeitnehmers unbegründet war).

4.3 Auflösende Bedingung - 1

Die Kündigung ist ein **einseitiges bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft**. Kündigt der Arbeitgeber "vorsorglich zum nächstmöglichen Zeitpunkt ", ist das keine Bedingung, die zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Der Arbeitgeber drückt auch mit den Wörtern "hilfsweise" und "vorsorglich" aus, dass er das Arbeitsverhältnis (unbedingt) beenden möchte. Die Verwendung dieser beiden Wörter macht bloß deutlich, dass sich der Arbeitgeber **vorrangig auf einen anderen Beendigungstatbestand beruft** und auf dessen Rechtswirkung nicht verzichten will. Der "neue" Beendigungstatbestand soll ab bloß dann greifen, **wenn der andere keine Wirkung hat**. "Die 'hilfsweise' oder 'vorsorglich' erklärte Kündigung steht unter einer - zulässigen (...) - auflösenden Rechtsbedingung i.S.v. § 158 Abs. 2 BGB ." Die Wirkung dieser auflösenden Bedingung endet, wenn das Arbeitsverhältnis schon zu einem früheren Zeitpunkt beendet worden ist (BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 647/13).

4.4 Auflösende Bedingung - 2

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A hat Mitarbeiter M **außerordentlich gekündigt** und der Erklärung den Satz "Für den Fall, dass die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, kündige ich **hilfsweise vorsorglich** das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis **ordentlich zum nächstmöglichen Termin** auf." angehängt. Das ist nicht zu beanstanden.

Die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung hängt nicht von einer **Bedingung** ab, die ihrer Wirksamkeit entgegensteht. Der Arbeitgeber drückt in seiner Kündigungserklärung mit den Begriffen "**hilfsweise**" oder "**vorsorglich**" seinen Willen aus, **das Arbeitsverhältnis beenden zu wollen**. Die Zusätze deuten nur darauf hin, dass eigentlich der andere - außerordentliche - Beendigungstatbestand im Vordergrund steht. Auf ihn will der Arbeitgeber ja auch gar nicht verzichten. "Die 'hilfsweise' oder 'vorsorglich' erklärte Kündigung steht [somit] unter einer zulässigen auflösenden Rechtsbedingung iSv. § 158 Abs. 2 BGB. Ihre Wirkung endet, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis bereits zu einem früheren Zeitpunkt aufgelöst worden ist" (BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 782/14 - mit Hinweis auf BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 647/13).

4.5 Außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist

Kann der Arbeitgeber einen Mitarbeiter **nur noch außerordentlich kündigen**, kündigt er dann "*außerordentlich fristlos, hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslauffrist*", kommt es zunächst darauf an, ob ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung da ist. Fehlt er, ist die vorrangig gewollte außerordentliche Kündigung unwirksam. Und **ohne diesen wichtigen Grund** ist auch die hilfsweise erklärte "*außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist*" unwirksam. Hätte es dem **Gebot der Verhältnismäßigkeit** entsprochen, den Arbeitnehmer abzumahnen, hätte der Arbeitgeber das in jedem Fall tun müssen. So "*kann auch eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist keinen Bestand haben*" (BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 646/11).

4.6 Außerordentlich, hilfsweise ordentlich

"1. Der Streitwert einer Klage gegen eine außerordentlich, hilfsweise ordentlich ausgesprochene Kündigung ist mit einem **Vierteljahresentgelt** zu bewerten (§ 42 Abs. 2 Satz 1 GKG). Dies gilt auch, wenn der Klageantrag gegen die hilfsweise ordentliche Kündigung als uneigentlicher **Hilfsantrag** gesondert gestellt wird. 2. Bei einer Kündigungsschutzklage und gleichzeitigen Klage auf Verzugslohn für die Zeit nach dem Kündigungstermin in objektiver Klagehäufung sind die Streitwerte der Klageanträge gemäß § 39 GKG zu addieren. Ein Additionsverbot wegen wirtschaftlicher Identität besteht nicht. Dies gilt auch für **Verzugslohnansprüche** aus den ersten drei Monaten nach dem Kündigungstermin" (LAG Düsseldorf, 16.06.2017 - 4 Ta 211/17 - Leitsatz - unter Festhalten an der ständigen Bezirksrechtsprechung, etwa Beschluss vom 26.08.2010 - 2 Ta 507/10, und entgegen Streitwertkatalog I Nr. 6).

4.7 Betriebsratsanhörung - 1

In der Regel ersetzt die Anhörung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung nicht die Anhörung **zur ordentlichen Kündigung**. Das **Anhörungsverfahren** ist in § 102 Abs. 5 BetrVG und § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG recht **unterschiedlich ausgestaltet**, sodass in der Betriebsratsanhörung zur außerordentlichen Kündigung nicht "*schon immer eine ausreichende Beteiligung des Betriebsrats zu einer (hilfsweise) erstrebten fristgemäßen Kündigung*" steckt. Mit einer wichtigen **Ausnahme**:

"Stimmt der Betriebsrat der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zu und ist auch aus den sonstigen Umständen nicht erkennbar, dass er einer umgedeuteten ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre, so scheidet eine Umdeutung nicht an der fehlenden Beteiligung des Betriebsrats zur ordentlichen Kündigung. Es entspricht vielmehr der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Betriebsrat auch einer ordentlichen Kündigung zugestimmt hätte, wenn der Arbeitgeber das entsprechende Anhörungsverfahren mit eben den Gründen, die er zur außerordentlichen Kündigung geltend gemacht hat - ausdrücklich (und richtigerweise) - eingeleitet hätte" (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 388/07).

4.8 Betriebsratsanhörung - 2

Beabsichtigt der Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich **wegen des Verdachts der Untreue** und der Unterschlagung zu kündigen, muss er den Betriebsrat von diesem Schritt im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG unterrichten. Dazu gehört die **Mitteilung der Sozialdaten** ebenso wie die **Mitteilung der maßgeblichen Kündigungsfrist**. Dabei ist eine hilfsweise erklärte ordentliche Verdachtskündigung: *"sozial nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. (...). Für beide Kündigungsarten muss der Verdacht gleichermaßen erdrückend sein"* (BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11).

4.9 Freistellung und Urlaubserteilung

Kündigt ein Arbeitgeber fristlos, ist das Arbeitsverhältnis mit Zugang der fristlosen Kündigung beendet. Um auf Nummer sicher zu gehen, wird mit der außerordentlichen Kündigung häufig hilfsweise noch eine ordentliche Kündigung mit Freistellung unter **Anrechnung auf den Erholungsurlaub** ausgesprochen, beispielsweise mit dem Satz "Im Falle der **Wirksamkeit der hilfsweise fristgemäßen Kündigung** werden Sie mit sofortiger Wirkung unter Anrechnung sämtlicher Urlaubs- und Überstundenansprüche unwiderruflich von der Erbringung Ihrer Arbeitsleistung freigestellt". Außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung stehen in einem **Entweder-oder-Verhältnis**. Greift die außerordentliche Kündigung, kommt es auf die ordentliche nicht mehr an. Das bedeutet für die mit der Freistellungserklärung vorgenommene Urlaubserteilung: "Ein Arbeitgeber gewährt durch eine Freistellungserklärung für den Zeitraum nach dem Zugang einer fristlosen Kündigung nur dann wirksam Urlaub, wenn er dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt" (BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 - Leitsatz).

4.10 Kündigungsschutzklage - 1

Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgemäß gekündigt, muss sich der Arbeitgeber in der Regel **gegen beide Kündigungen** - die außerordentliche und die ordentliche - wehren. Erhebt der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage mit dem **Antrag** festzustellen, *"dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die schriftliche, außerordentliche Kündigung ... aufgelöst worden ist"*, fügt er der Kündigungsschutzklage das Kündigungsschreiben bei und verbindet er seine Klage zusätzlich mit einem **Weiterbeschäftigungsantrag**, muss die Klage so ausgelegt werden, dass sie sich auch gegen die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung richtet (BAG, 11.07.2013 - 2 AZR 597/12).

4.11 Kündigungsschutzklage - 2

Das Arbeitsgericht kann einer Kündigungsschutzklage **nur stattgeben**, *"wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht bereits aufgrund anderer Beendigungstatbestände aufgelöst ist."* So kann das Arbeitsverhältnis bereits durch die außerordentliche Kündigung beendet sein und über die soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung braucht gar nicht mehr zu entschieden zu werden. Hat der Arbeitnehmer gar keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, ist die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung sozial nicht gerechtfertigt (BAG, 24.10.2013 - 2 AZR 1078/12).

4.12 Mandatsträger

Betriebsräte haben einen besonderen Kündigungsschutz. § 15 Abs. 1 KSchG setzt für die Kündigung von Mandatsträgern einen wichtigen Grund voraus. Das führt dazu, dass eine **unwirksame (Verdachts-)Kündigung** nicht über § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann. Gegenüber einem Betriebsratsmitglied "ist gem. § 15 KSchG sowohl eine ordentliche als auch eine außerordentliche Kündigung mit einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit aus Gründen in seinem Verhalten ausgeschlossen." Die **Umdeutung** einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung ist gegenüber dem Personenkreis des § 15 KSchG unzulässig (BAG, 21.06.2012 - 2 AZR 343/11).

4.13 Rechtsextreme Aktivitäten

Der stark vereinfachte Fall: Im Juni 2017 breitete eine Gruppe grölender junger Männer in einer Diskothek auf Mallorca eine Fahne aus, die einer **Reichskriegsflagge** nachempfunden war. Arbeitnehmer A war zu diesem Zeitpunkt in der Diskothek. Arbeitgeber G bekam über die **Anfrage einer Zeitung** von dem Vorfall Kenntnis.

Er kündigte A außerordentlich , hilfsweise ordentlich, und stellte auch gleich einen Auflösungsantrag . Begründung u.a.: **rechtsradikales Verhalten**, Verstoß gegen die für alle Beschäftigten verbindlichen Verhaltensgrundsätze und die Betriebsvereinbarung zum partnerschaftlichen Verhalten am Arbeitsplatz.

Das Berufungsgericht hat keine der beiden Kündigungen - weder die außerordentliche noch die hilfsweise erklärte ordentliche - durchgehen lassen und selbst den Auflösungsantrag zurückgewiesen: Hier liege ein **außerdienstliches Verhalten** vor, mit dem der Arbeitnehmer **keine Nebenpflicht** aus dem Arbeitsverhältnis **verletzt** habe. G sei kein öffentlicher Arbeitgeber und er verfolge auch keine politische Tendenz. Zudem gebe es keine belastbaren Gründe, A's Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. A könne daher seine Weiterbeschäftigung verlangen - nur nicht an einem bestimmten Ort und in einem bestimmten Bereich zu einer bestimmten Zeit . Diese Arbeitsbedingungen könne G mit seinem Direktionsrecht festlegen (LAG Niedersachsen, 21.03.2019 - 13 Sa 371/18).

4.14 Rechtskräftige Verurteilung

Der vereinfachte Fall: Die Brandenburger Landtagsfraktion DIE LINKE hatte einen Mitarbeiter außerordentlich und hilfsweise ordentlich gekündigt. Anlass der Kündigung war der Umstand, dass der Arbeitnehmer aufgrund falscher Angaben Leistungen des Landtags erhalten hatte und deswegen rechtskräftig zu einer **Bewährungsstrafe** verurteilt worden war. Sowohl das ArbG Potsdam als auch das Berufungsgericht hielten die ordentliche Kündigung aus personenbedingten Gründen für sozial gerechtfertigt. Die **rechtskräftige Verurteilung** habe in der Öffentlichkeit zu einem **Vertrauensverlust** geführt, der Mitarbeiter könne die politischen Auffassungen der Fraktion nach außen hin nicht mehr glaubwürdig vertreten (LAG Berlin-Brandenburg, 19.02.2019 - 7 Sa 2068/18 - mit dem Hinweis, dass die außerordentliche Kündigung wegen nicht eingehaltener Ausschlussfrist scheiterte).

4.15 Umdeutung - 1

"Eine nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksame außerordentliche Kündigung kann in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB umgedeutet werden, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erkennbar ist [es folgen Rechtsprechungshinweise, u.a. auf BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 388/07] ." Einer Umdeutung können **besondere Umstände**, die den Schluss zulassen, der Arbeitgeber habe ausschließlich eine fristlose Kündigung gewollt, entgegenstehen. Die Prüfung der Umdeutungsvoraussetzungen ist grundsätzlich Aufgabe der Tatsacheninstanz - kann bei eindeutiger Sachlage aber auch noch in der Revisionsinstanz erfolgen (BAG, 12.05.2010 - 2 AZR 845/08).

4.16 Umdeutung - 2

"Grundsätzlich kann eine zu einem bestimmten Termin erklärte, nicht zu einem anderen Termin auslegbare und deshalb unwirksame Kündigung in eine solche zum nächstzulässigen Termin umgedeutet werden. Die Umdeutung nach § 140 BGB erfordert die Ermittlung des hypothetischen Willens des Kündigenden, also dem, was er bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Kündigungsfrist und damit der Unwirksamkeit der Kündigung gewollt hätte (...). Dabei steht die Überzeugung des Arbeitgebers, mit richtiger Frist gekündigt zu haben, der Annahme, er hätte bei Kenntnis der objektiven Fehlerhaftigkeit der seiner Kündigung zugrunde gelegten Frist das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen, sondern zum nächstzulässigen Termin beenden wollen, nicht entgegen" (BAG, 01.09.2010 - 5 AZR 700/09).

4.17 Umdeutung - 3

Eine **unwirksame außerordentliche Kündigung** mit Auslaufrfrist kann bei individual- oder kollektivvertraglicher "Unkündbarkeit" nach § 140 BGB **nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet** werden - schon gar nicht, wenn der (Betriebs-) oder Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung über eine geplante Kündigung verlangt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat insbesondere die **Art der beabsichtigten Kündigung** mitteilen muss. "Will er sich im Fall einer außerordentlichen Kündigung die Möglichkeit einer Umdeutung in eine ordentliche Kündigung offenhalten, muss er die Mitarbeitervertretung deutlich darauf hinweisen, dass die beabsichtigte außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentliche gelten soll. Die Beteiligung allein zu einer außerordentlichen ersetzt nicht die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung . Etwas anderes gilt nur dann, wenn das zu einer

außerordentlichen Kündigung angehörte Gremium dieser ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat und nicht ersichtlich ist, dass es für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung einer ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 783/13 - mit Hinweis auf BAG, 20.09.1984 - 2 AZR 633/82).

4.18 Urlaubsgewährung

Erklärt der Arbeitgeber bei einer "fristlos und hilfsweise ordentlich" ausgesprochenen Kündigung im Kündigungsschreiben, dass er den gekündigten Mitarbeiter für den Fall, dass die **außerordentliche Kündigung unwirksam** sein sollte, unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche **von der Arbeitsleistung freistellt**, erfüllt er mit dieser Vorgehensweise nicht den Anspruch seines (Noch)Mitarbeiters auf bezahlten Erholungsurlaub, wenn die fristlose Kündigung unwirksam ist. Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs setzt nach § 1 BUrlG a) die Freistellung und b) die Zahlung des Urlaubsentgelts voraus. Durch die **bloße Freistellungserklärung in einem Kündigungsschreiben** wird nur dann wirksam Urlaub erteilt, wenn der Arbeitgeber dem Mitarbeiter die Urlaubsvergütung a) vor Urlaubsantritt zahlt oder b) vorbehaltlos zusagt (BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13) .

4.19 Verdachtskündigung

Spricht der Arbeitgeber wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung eine außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung aus, muss für beide Kündigungen **ein dringender Tatverdacht** vorliegen. Fehlt er und sind Straftat und Pflichtverletzung **nicht bewiesen**, zielt die rechtliche Würdigung sowohl auf den wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB als auch auf die soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung. *"Auch die soziale Rechtfertigung einer auf einen Verdacht oder eine als erwiesen angesehene Tat gestützten ordentlichen Kündigung ist ohne Vorliegen eines dringenden Tatverdachts bzw. den Nachweis der betreffenden Tat nicht denkbar"* (BAG, 11.07.2013 - 2 AZR 597/12).

4.20 Wille des Arbeitgebers - 1

"Auch eine 'hilfsweise' oder 'vorsorglich' erklärte Kündigung drückt den Willen des Arbeitgebers aus, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Der Zusatz 'hilfsweise' oder 'vorsorglich' macht lediglich deutlich, dass der Arbeitgeber sich in erster Linie auf einen anderen Beendigungstatbestand beruft, auf dessen Rechtswirkungen also nicht etwa verzichten will (...). Die 'hilfsweise' oder 'vorsorglich' erklärte Kündigung steht unter einer - zulässigen (...) - auflösenden Rechtsbedingung i.S.v. § 158 Abs. 2 BGB . Ihre Wirkung endet, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis bereits zu einem früheren Zeitpunkt aufgelöst worden ist" (LAG Rheinland-Pfalz, 31.03.2014 - 3 Sa 572/13).

4.21 Wille des Arbeitgebers - 2

Eine Kündigung muss als **einseitige Willenserklärung** bestimmt sein. Kündigt der Arbeitgeber "*fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Termin*", ist das eine Kündigung, die dem **Bestimmtheitserfordernis** gerecht wird. Der Arbeitgeber erklärt die ordentliche Kündigung nicht "*isoliert als solche*". Er will **vorrangig "fristlos"** entlassen - und nur, wenn das nicht klappt, "hilfsweise ordentlich". Der Arbeitnehmer bleibt damit nicht im Unklaren darüber, "*wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung ... [des Arbeitgebers] beendet sein soll*" - nämlich mit Zugang des Kündigungsschreibens (BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 54/12).

4.22 Zustimmung einer Behörde

Bei der **Kündigung schwerbehinderter Mitarbeiter** muss das Integrationsamt der Kündigung nach § 85 SGB IX zustimmen. Dabei ist bei der außerordentlichen Kündigung auch noch § 91 SGB IX zu beachten. Scheitert die außerordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten, kann diese außerordentliche Kündigung **nicht ohne weiteres** in eine ordentliche **umgedeutet** werden. Die Umdeutung setzt nämlich voraus, dass das Integrationsamt auch der ordentlichen Kündigung zuvor zugestimmt hat. In der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung "ist weder die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung konkludent enthalten, noch kann .. [die] Entscheidung nach § 43 Abs. 1 SGB X in eine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung umgedeutet werden" (BAG, 07.07.2011 - 2 AZR 355/10 ; s. dazu auch BAG, 23.01.2014 - 2 AZR 372/13).