

Arbeitsrecht

Holbeck / Schwindl

16. Auflage 2026
ISBN 978-3-8006-8008-5
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Kündigungsschutzklage kann auch keine konkludente Zustimmung zu einer Rücknahmeerklärung gesehen werden.¹⁷⁸ In der **Abwandlung** ändert sich also nichts an der Begründetheit des Auflösungsantrags, da die einseitige Rücknahme der Kündigung durch den AG nicht möglich war.

Hinweis: Kommt es nach der Kündigung zu einem Betriebsübergang, ist der Auflösungsantrag gegen den Betriebserwerber zu richten. Nur dieser ist im Prozess passiv legitimiert.¹⁷⁹ 168

2. Abfindung nach § 1a KSchG

Der Abfindungsanspruch nach § 1a I 1 KSchG ist beschränkt auf den Fall einer betriebsbedingten Kündigung und nur dann gegeben, wenn der AN gegen die Wirksamkeit der Kündigung keine Kündigungsschutzklage erhebt. Er setzt nach § 1a I 2 KSchG weiter voraus, dass der AG im Kündigungsschreiben auch darauf hinweist, dass es sich um eine betriebsbedingte Kündigung handelt und ein Abfindungsanspruch nur entsteht, sofern keine Kündigungsschutzklage erhoben wird. Die Höhe der Abfindung beträgt nach § 1a II 1 und 2 KSchG ein halbes Monatsgehalt je Beschäftigungsjahr, wobei mehr als halbe Beschäftigungsjahre nach § 1a II 3 KSchG auf volle Jahre aufgerundet werden. 169

XII. Änderungskündigung

Prüfungsschema: Klageantrag nach § 4 S. 2 KSchG

Nummer I. bis V. wie in Schema »Ordentliche Kündigung« 170

VI. Soziale Rechtfertigung, § 1 KSchG

1. Erfordernis sozialer Rechtfertigung, §§ 1 I, 23 I 2 bis 4 KSchG
2. § 2 KSchG
 - Annahme des Arbeitgeberangebots
 - Vorbehalt erklärt
 - Frist, § 2 S. 2 KSchG
3. Rechtfertigt der vorgetragene Sachverhalt die Änderung der Arbeitsbedingungen, § 2 S. 1 KSchG?

Personen-/verhaltensbedingte Gründe, § 1 II KSchG	Betriebsbedingte Gründe, § 1 II KSchG
Einzelfallbetrachtung	Soziale Auswahl, § 1 III KSchG

VII. Kündigungstermin, § 622 BGB

Fall:¹⁸⁰ X ist seit vier Jahren bei P (40 Arbeitnehmer) als einer von fünf sog. Moskito-Anschlägern tätig. Seine Aufgabe besteht im Anbringen von Werbeplakaten an von X angemieteten Werbeflächen in ganz Bayern. Er verdient monatlich 2.900 EUR brutto. Ende 2025 entschloss sich P, die Plakatlogistik und -distribution zum 31.12.2025 nicht mehr selbst durchzuführen, sondern damit eine Fremdfirma zu beauftragen. Da feststand, dass durch Ausscheiden einer Mitarbeiterin ab dem 1.1.2026 eine Halbtagsstelle in der Telefonakquise mit einem betriebsüblichen Bruttomonatsgehalt von 1.400 EUR frei würde, erhielt X am 4.11.2025 folgendes Schreiben: 171

»Sehr geehrter Herr X, hiermit kündigen wir das zu Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis zum 31.12.2025. Gleichzeitig bieten wir Ihnen an, das Arbeitsverhältnis ab 1.1.2026 halbtags mit der Aufgabe der Telefonakquise bei einem Monatsgehalt von 1.400 EUR fortzusetzen. Die übrigen Arbeitsvertragsbedingungen bleiben identisch.«

Am 14.11.2025 reicht X Klage ein (Zustellung am 18.11.2025) mit dem Antrag »festzustellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Kündigung vom 4.11.2025 nicht sozial

¹⁷⁸ BAG DB 1983, 663.

¹⁷⁹ BAG NZA 1997, 937.

¹⁸⁰ Fall nach BAG NZA 2008, 878.

gerechtfertigt ist.« Er führt aus, es könne nicht angehen, dass der AG allein aus Gründen der Gewinnmaximierung die Existenz seiner Beschäftigten aufs Spiel setze. Die geänderten Arbeitsbedingungen seien sozial nicht gerechtfertigt, mit dem angebotenen Gehalt von 1.400 EUR könne er seinen Lebensunterhalt nicht bestreiten. Da er auf den Arbeitsplatz aber angewiesen sei, werde sicherheitshalber das Angebot auf Weiterbeschäftigung zu den geänderten Bedingungen unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen.

P trägt hierzu vor, die Fremdvergabe der Arbeiten sei alleine seine unternehmerische Entscheidung, dagegen könne sich X keinesfalls wenden. Die bisherige Tätigkeit als Moskito-Anschläger sei komplett weggefallen. Ein anderer freier Arbeitsplatz als der angebotene existiere nicht, das neue Gehalt entspreche dem der übrigen Telefonistinnen.

- 172 Die Änderungskündigung ist eine Kündigung, verbunden mit dem Angebot des AG, einen neuen Arbeitsvertrag zu geänderten Bedingungen abzuschließen, § 2 S. 1 KSchG. Nimmt der AN das Änderungsangebot wie in § 2 S. 1 KSchG vorgesehen unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung an, kommt im Ergebnis ein auf die Wirksamkeit der Kündigung bedingter neuer Arbeitsvertrag zustande. Für das grundlegende Verständnis der Änderungskündigung ist es wichtig zu verstehen, dass es sich bei der Änderungskündigung dem Wesen nach um eine Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses handelt, verbunden mit einem Vertragsangebot, das Arbeitsverhältnis zu vertraglich geänderten Bedingungen fortzusetzen. Dieses Angebot kann der AN iSv § 2 S. 1 KSchG unter »Vorbehalt«, man könnte stattdessen auch sagen »Bedingung«, der Feststellung der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung annehmen, sodass der besagte neue Vertrag auflösend bedingt auf die Wirksamkeit der Kündigung zustande kommt. Im Fall der Wirksamkeit der Kündigung ist das alte Arbeitsverhältnis zu Ende gegangen und die Bedingung des geänderten Vertrages eingetreten. Bei Unwirksamkeit der Kündigung verbleibt es beim bisherigen Vertrag. Daher geht es vornehmlich um die Wirksamkeit der *Kündigung*, die zu überprüfen ist. Dass mit der Kündigung noch eine weitere Willenserklärung (Angebot) verbunden ist, spielt dabei, wie im Folgenden zu sehen sein wird, nur an wenigen Prüfungspunkten eine Rolle.
- 173 Die Änderungskündigung unterliegt denselben Kündigungsbeschränkungen wie eine Beendigungskündigung. Es ist also auch hier zB der Betriebsrat vorher anzuhören; AN mit speziellem Kündigungsschutz wie Schwangere oder Schwerbehinderte haben diesen auch bei der Änderungskündigung. Nur bei der Prüfung der *sozialen Rechtfertigung* – bei bestehendem Kündigungsschutz, §§ 1 I, 23 I 2–4 KSchG – ergeben sich gewisse Unterschiede zur Beendigungskündigung.

1. Rechtzeitige Annahme unter Vorbehalt

- 174 Der Änderungsschutzantrag nach § 4 S. 2 KSchG ist nur begründet, wenn die *Voraussetzungen des § 2 KSchG* vorliegen. Es bedarf also einer Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt innerhalb der Frist des § 2 S. 2 KSchG. Diese Frist entspricht der Kündigungsfrist, beträgt jedoch höchstens drei Wochen.¹⁸¹ Wird die Annahme unter Vorbehalt in der Klageschrift erklärt, so genügt zur Fristwahrung unter Anwendung von § 167 ZPO die fristgerechte Klageeinreichung.¹⁸² Bei Fehlen einer der Voraussetzungen des § 2 KSchG ist der Änderungsschutzantrag ohne weitere Sachprüfung als unbegründet abzuweisen.

2. Annahme ohne Vorbehalt

- 175 Der AN hat bei einer Änderungskündigung jederzeit die Möglichkeit, das im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung unterbreitete AG-Angebot vorbehaltlos anzunehmen mit der Rechtsfolge einer dann eintretenden einvernehmlichen Vertragsänderung. Die Frist für die *Annahme* bestimmt sich nach § 147 II BGB entsprechend den konkreten Umständen des Einzelfalls. Die Mindestfrist beträgt dabei entsprechend § 2 S. 2 KSchG drei Wochen.

¹⁸¹ Wenn nicht Tarifverträge kürzere Fristen vorsehen, verbleibt es also im Normalfall bei drei Wochen, da die gesetzliche (arbeitsvertraglich nicht verkürzbare) Mindestkündigungsfrist nach § 622 I BGB vier Wochen beträgt.

¹⁸² BAG NZA 2014, 924.

Eine zu kurz bestimmte Annahmefrist durch den AG ist nicht gänzlich unwirksam, sondern setzt die angemessene Annahmefrist des § 2 S. 2 KSchG in Lauf.¹⁸³

3. Soziale Rechtfertigung

Wegen der Verweisung des § 2 S. 1 KSchG auf § 1 II 1 bis 3 und III 1 und 2 KSchG gilt hinsichtlich der sozialen Rechtfertigung grundsätzlich der gleiche Prüfungsmaßstab wie bei einer Beendigungskündigung, dh, es muss ein personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Grund vorliegen, der zur Folge hat, dass das Arbeitsverhältnis nicht wie bisher fortgeführt werden kann. Hinsichtlich des Prüfungsumfanges ergeben sich im Vergleich zur Beendigungskündigung kaum Besonderheiten. Ein wesentlicher Unterschied besteht lediglich in den (für die gerichtliche Entscheidung unerheblichen) Rechtsfolgen einer wirksamen Kündigung. Während bei der Beendigungskündigung das Arbeitsverhältnis sein Ende findet, wird es bei der Änderungskündigung zu geänderten Bedingungen fortgeführt. Der Prüfungsgegenstand ist dagegen bei beiden Kündigungsarten gleichermaßen die Frage, ob Gründe vorliegen, die die ursprüngliche Vertragsgestaltung nicht mehr zulassen. 176

Die einzelnen Prüfungspunkte der personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründe für die Änderungskündigung sind die gleichen wie bei der Beendigungskündigung. Insofern wird auf die Darstellung in den entsprechenden Kapiteln verwiesen. Weiterer Überlegungen bedarf nur noch die rechtliche Einordnung des Änderungsangebots. Die Änderungskündigung ist ein aus zwei Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Zur Kündigungserklärung muss als zweites Element ein bestimmtes, zumindest bestimmbares und somit den Voraussetzungen des § 145 BGB entsprechendes Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen hinzukommen. Das Änderungsangebot muss so konkret gefasst sein, dass es der AN ohne Weiteres in der angebotenen Form annehmen kann. Ihm muss klar sein, welche Vertragsbedingungen künftig gelten sollen. Die mangelnde Bestimmtheit des Änderungsangebots führt dazu, dass die Änderungskündigung sozial ungerechtfertigt ist.¹⁸⁴ Auch müssen nach der Diktion des BAG die angebotenen neuen Vertragsbedingungen *zumutbar* sein. Dieser Begriff wird oftmals missverstanden. 177

Im Fall beeinträchtigt die Gehaltsreduzierung die Belange des AN ganz erheblich. Dennoch ist das Änderungsangebot zumutbar. Unzumutbarkeit ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit, das heißt, ob sich der AG darauf beschränkt hat, nur das zur Erlangung des Zweckes Erforderliche anzubieten bzw. ob ein anderweitiger, weniger belastender Arbeitsplatz vorhanden ist, der vorrangig hätte angeboten werden müssen. Ist nur eine freie Stelle vorhanden, so ist ein dahingehendes Angebot von vornherein zumutbar.¹⁸⁵ Es ist Sache des AN zu entscheiden, ob er das Angebot annimmt und die Fortführung des verschlechterten Arbeitsvertrages einer Arbeitslosigkeit vorzieht oder nicht.¹⁸⁶ Einzig wenn die angebotenen Arbeitsbedingungen nicht zulässig sind, etwa weil sie den zwingenden Tariflohn unterschreiten (§ 4 I TVG) oder gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, ist das Angebot unzumutbar. Wird eine Änderungskündigung mit dem Ziel einer *Entgeltreduzierung* ausgesprochen, so ist diese nur dann verhältnismäßig und stellt das mildeste Mittel dar, wenn ohne die angestrebte Senkung der Personalkosten Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder einer Schließung des Betriebs führen.¹⁸⁷ Sollen mehrere Umstände aus dem ursprünglichen Arbeitsvertrag verändert werden (zB Tätigkeit und Stundenlohn), so bedarf es *für jeden einzelnen* eines rechtfertigenden Kündigungsgrundes.

¹⁸³ BAG NZA 2006, 1092; 2007, 925. Zwar betrifft § 2 S. 2 KSchG nach seinem Wortlaut lediglich die Vorbehaltserklärung, jedoch ist diese Frist als Mindestfrist auch auf die vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebots zu erstrecken.

¹⁸⁴ NZA 2019, 1143.

¹⁸⁵ BAG NZA 2011, 460.

¹⁸⁶ S. dazu auch BAG NZA 2006, 486.

¹⁸⁷ BAG NZA 2006, 92; 2007, 1445; 2010, 333.

- 178 Entfällt die Beschäftigung für *mehrere AN* und konkurrieren diese um anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten, hat der AG nach § 1 III KSchG analog zu entscheiden, welchen AN er auf dem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt.¹⁸⁸
- 179 Im Fall ist die Klage unbegründet. Der Kläger hat zwar rechtzeitig nach § 2 KSchG die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt erklärt und auch rechtzeitig gem. § 4 S. 2 KSchG Klage erhoben. Die Änderungskündigung ist jedoch nicht sozial ungerechtfertigt nach §§ 2 S. 1, 1 II KSchG. Die Beklagte hat eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen. Die vom Arbeitsgericht nicht überprüfbare Unternehmerentscheidung der Fremdvergabe von Arbeiten führt zu einem Entfall der Beschäftigungsmöglichkeit zu den ursprünglichen Arbeitsbedingungen.¹⁸⁹ Der neue Arbeitsplatz und die damit verbundene Vergütung sind die einzige zur Verfügung stehende Maßnahme. Der angebotene Verdienst entspricht dem üblichen Gehaltsgefüge bei P.

4. Besonderheiten

- 180 Dem AN, für den etwa die neuen Arbeitsbedingungen nicht in Betracht kommen, ist es nach Erhalt einer Änderungskündigung möglich, diese nicht unter Vorbehalt anzunehmen¹⁹⁰ und statt eines Änderungsschutzantrags nach § 4 S. 2 KSchG einen *Kündigungsschutzantrag nach § 4 S. 1 KSchG* dahingehend zu stellen, »dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom ... nicht aufgelöst worden ist«.¹⁹¹ Dasselbe gilt, wenn der Vorbehalt nicht fristgerecht erklärt wurde. Häufig wird dieser Antrag auch neben einem Änderungsschutzantrag (meist hilfsweise für den Fall seiner Unbegründetheit) gestellt. Er kann dann unter analoger Anwendung von § 6 KSchG auch nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erfolgen, sofern nur der Änderungsschutzantrag rechtzeitig gestellt wurde.¹⁹² Der Prüfungsgegenstand bei einem Antrag nach § 4 S. 1 KSchG ist weiterhin die Wirksamkeit der ausgesprochenen (Änderungs-)Kündigung. Der Prüfungsmaßstab für den Kündigungsgrund bleibt derselbe, auch wenn bei fehlender Annahme sich die Kündigung für den AN als tatsächliche Beendigungskündigung darstellt.
- 181 Spricht der AG eine Änderungskündigung aus, obwohl er das Ergebnis auch anstatt durch eine Änderungskündigung mit einer einfachen Weisung nach § 106 GewO erreichen könnte (sog. *überflüssige Änderungskündigung*, zB Versetzung eines AN von Landshut nach München im Wege einer Änderungskündigung, obwohl arbeitsvertraglich eine Versetzung kraft Direktionsrechtes möglich wäre), so ist die ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung sozial nicht gerechtfertigt und damit unwirksam iSv § 1 I, II 1 KSchG. Die Beschäftigungsmöglichkeit in Landshut mag weggefallen sein, es ist jedoch eine anderweitige Einsatzmöglichkeit in München vorhanden. Die erstrebte Änderung der Beschäftigungsbedingungen kann durch Ausübung des Weisungsrechts des AG gem. § 106 GewO ohne eine mit einer Änderungskündigung zusammenhängenden Bestandsgefährdung infolge der Kündigung des Arbeitsverhältnisses erreicht werden. Damit ist das Vorgehen des AG nicht das mildeste zur Verfügung stehende Mittel und damit unverhältnismäßig. Dabei spielt es keine Rolle, ob der AN das Angebot unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen und eine Klage nach § 4 S. 2 KSchG erhoben¹⁹³ oder ob er das Angebot abgelehnt hat und nach § 4 S. 1 KSchG vorgegangen ist.¹⁹⁴
- 182 Bei der *Sozialauswahl* ist nach § 2 S. 1 iVm § 1 III KSchG zu berücksichtigen, dass sich die Vergleichbarkeit der in die Sozialauswahl einzubeziehenden AN (die *austauschbaren AN*) nicht nur auf die bisherige Beschäftigung, sondern auch auf die angebotene Beschäftigung beziehen muss.¹⁹⁵ Fehlt einem der AN, die auf dem alten Arbeitsplatz vergleichbar waren,

¹⁸⁸ BAG NZA 2011, 460.

¹⁸⁹ Vgl. BAG NZA 2008, 878.

¹⁹⁰ Gesetzeswortlaut § 2 S. 1 KSchG: »kann annehmen«.

¹⁹¹ NZA 2016, 1461 Rn. 10.

¹⁹² BAG NJW 1983, 2719.

¹⁹³ BAG NZA 2016, 225.

¹⁹⁴ BAG NZA 2016, 1461.

¹⁹⁵ BAG NZA 2011, 460.

auf dem neuen Arbeitsplatz die nötige Qualifikation und kann er daher die neue Tätigkeit gar nicht verrichten, so kommt er für die Änderungskündigung nicht in Frage.¹⁹⁶

Entfällt die Beschäftigung für mehrere AN und konkurrieren diese um anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten, so hat der AG nach § 1 III KSchG analog zu entscheiden, welchen AN er auf dem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt.¹⁹⁷ 183

Bei der Annahme unter Vorbehalt hat der AN nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Pflicht zur Arbeit unter den geänderten Vertragsbedingungen. Ein Anspruch auf *Weiterbeschäftigung zu den alten Arbeitsbedingungen* bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Änderungsschutzklage besteht nicht, da kein entsprechendes Interesse aus Art. 2 GG iSd Rechtsprechung des Großen Senats des BAG¹⁹⁸ ersichtlich ist. Das Persönlichkeitsrecht des AN ist bei einer Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz als von ihm gewünscht nicht in ausreichender Weise beeinträchtigt.¹⁹⁹ 184

Die Änderungskündigung ist auch als *außerordentliche* möglich. Die Erklärung des Vorbehalts muss in entsprechender Anwendung von § 2 S. 2 KSchG in diesem Fall nicht innerhalb von drei Wochen, sondern mangels existierender Kündigungsfrist unverzüglich (iSd § 121 BGB) erfolgen.²⁰⁰ Eine außerordentliche Änderungskündigung wird meist dann ausgesprochen, wenn die ordentliche Kündbarkeit tariflich ausgeschlossen ist.²⁰¹ 185

Der *Streitwert* beim Änderungsschutzantrag bestimmt sich nach dem dreijährigen Differenzbetrag zwischen dem bisherigen Lohn und dem auf dem angebotenen Arbeitsplatz, § 42 II 2 GKG analog, darf jedoch ein Vierteljahresgehalt nach § 42 II 1 GKG nicht übersteigen.²⁰² 186

Abschließend die Frage: Welchen Sinn und Zweck hat die Möglichkeit der Annahme unter Vorbehalt nach § 2 KSchG? Der Vorteil für den AN besteht darin, dass er trotz einer Klageabweisung – wenn auch unter geänderten Vertragsbedingungen – weiterarbeiten kann. Bei einer Klagestattgabe kehrt er zu seiner alten Arbeit zurück (die Änderungskündigung gilt dann als von Anfang an unwirksam, § 8 KSchG). Er behält damit auf jeden Fall einen Arbeitsplatz. Hat der AN jedoch nicht angenommen oder den Vorbehalt zu spät erklärt, dann ist die Möglichkeit der Arbeit unter geänderten Vertragsbedingungen nicht mehr gegeben; seinen Kündigungsschutzprozess führt er nur noch darum, ob für ihn überhaupt ein Arbeitsplatz besteht. 187

XIII. Besondere Kündigungsfälle

1. Verdachtskündigung

Fall: Dem AN Z werden während der Arbeitszeit 150 EUR aus seiner Briefftasche entwendet. Die sofort durchgeführten Nachforschungen des AG ergeben einen dringenden Tatverdacht beim Arbeitskollegen A. Dieser erhält daraufhin am selben Tag vom AG eine ordentliche Kündigung wegen des Verdachts des Kollegendiebstahls, ohne allerdings zum Tathergang befragt worden zu sein. A erhebt fristgerecht Kündigungsschutzklage. Ist die Kündigung sozial gerechtfertigt? 188

Bei einer Verdachtskündigung wird die Kündigung auf den dringenden Verdacht eines schwerwiegenden Fehlverhaltens des AN gestützt. Sie stellt einen Sonderfall der *personenbedingten* Kündigung dar.²⁰³ Eine Verdachtskündigung ist allerdings nur in sehr engen Grenzen möglich. Voraussetzung ist, dass dem AN

- ein schweres, für das Arbeitsverhältnis wesentliches Fehlverhalten vorgeworfen wird,
- der Verdacht dringend ist und objektiv nachweisbare Tatsachen für den Verdacht bestehen
- der AG alles ihm Zumutbare getan hat, um den Verdacht aufzuklären.

¹⁹⁶ BAG DB 1987, 335.

¹⁹⁷ BAG NZA 2011, 460.

¹⁹⁸ → Rn. 312.

¹⁹⁹ BAG DB 1990, 1773.

²⁰⁰ BAG DB 1986, 2604.

²⁰¹ Vgl. BAG DB 2011, 476.

²⁰² LAG München AP ArbGG 1979 § 12 Nr. 10; LAG Hessen DB 1999, 1276.

²⁰³ BAG NZA 2019, 893.

- 190 Nur der Verdacht einer *schwerwiegenden Verfehlung* ist geeignet, eine Verdachtskündigung zu rechtfertigen. Auch als ordentliche Kündigung ist sie nur sozial gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten.²⁰⁴ Der Verdacht muss zudem *objektiv* durch bestimmte Tatsachen begründet sein; auf die subjektive Wertung des AG kommt es nicht an. Auch ist die strafrechtliche Bewertung nicht maßgebend. Entscheidend sind der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch.²⁰⁵ Der Verdacht ist *dringend*, wenn eine auf Indizien gestützte große Wahrscheinlichkeit für die Tat gerade dieses AN besteht. Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen nicht aus.²⁰⁶ Zur *Aufklärung des Verdachts* gehört auch, dass der AN vor Ausspruch der Verdachtskündigung angehört wird. Grundsätzlich ist eine Kündigung ohne Anhörung nicht sozial gerechtfertigt. Nur wenn von vornherein feststeht, dass der AN sich weigert, an der Aufklärung mitzuwirken, kann auf die Anhörung verzichtet werden.²⁰⁷ Im Fall ist die Verdachtskündigung somit bereits wegen der fehlenden Anhörung des A nicht sozial gerechtfertigt.
- 191 Zu den Besonderheiten der Verdachtskündigung gehört, dass auch nach Zugang der Kündigung bis zur letzten mündlichen Verhandlung noch *Tatsachen berücksichtigt werden, die den Verdacht entkräften*.²⁰⁸ Wenn sich nach Abschluss des Kündigungsrechtsstreits herausstellt, dass der Verdacht unbegründet war, steht dem AN ein *Wiedereinstellungsanspruch* zu. Dieser Anspruch resultiert aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht des AG, §§ 611a, 241 II BGB.²⁰⁹
- 192 Nach ständiger Rechtsprechung des BAG²¹⁰ ist die Verdachtskündigung strikt von der Tat- oder Verdachtskündigung zu unterscheiden und keinesfalls in dieser enthalten. Ob eine Tat- oder Verdachtskündigung vorliegt, ist nach dem entsprechenden Vortrag des AG im Prozess zu beurteilen. Danach ist vom Arbeitsgericht eine Verdachtskündigung zu prüfen, wenn der AG seine Kündigung damit begründet, dass gerade der *Verdacht* eines nicht erwiesenen vertragswidrigen Verhaltens das Vertrauen für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zerstört habe. Dagegen liegt eine Tat- oder Verdachtskündigung vor, wenn der AG seinen Kündigungsentschluss auf die *Überzeugung der begangenen Pflichtverletzung* stützt. Keinesfalls ist es möglich, nach einer unwirksamen Tat- oder Verdachtskündigung ohne weiteren Vortrag des AG die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung zu prüfen. Es ist dem AG selbstverständlich unbenommen, seine Kündigung auch auf beide Gründe zu stützen oder nach einer unwirksamen Tat- oder Verdachtskündigung den weiteren Kündigungsgrund des Verdachts nachzuschieben.
- 193 **Hinweis:** Auch die Anhörung des Betriebsrats hängt vom Kündigungsgrund ab. Will der AG eine Kündigung wegen der Tat und gleichzeitig wegen des Verdachts aussprechen, dann muss der Betriebsrat auch zu beiden Gründen gehört worden sein.

2. Druckkündigung

- 194 **Fall:** Der bei M angestellte Busfahrer Anton hat nicht nur ungehobelte Manieren, sondern ist auch schon des Öfteren an einzelnen Tagen nicht zur Arbeit gekommen, ohne dass er dafür irgendwelche Gründe angeben konnte. Die Kollegen mussten daher wiederholt auf die Schnelle für ihn einspringen, um den Busverkehr aufrechtzuerhalten. Daher ist Anton bei ihnen nicht sehr beliebt; im Übrigen werfen sie ihm seine arrogante Art vor. Als wieder einmal die Kollegen Überstunden machen müssen, weil Anton nicht zur Arbeit erschienen ist, beschließen sie, sich das nicht mehr gefallen zu lassen. Sie suchen M auf und erklären, sie hätten nun kein Verständnis mehr für die Marotten des Anton, die auf ihrem Rücken ausgelebt würden. Entweder

²⁰⁴ BAG DB 2014, 367; NZA 2016, 287; 2019, 893.

²⁰⁵ BAG NZA 2013, 371; 2013, 137.

²⁰⁶ BAG NZA 2016, 287; 2017, 1051.

²⁰⁷ BAG DB 1987, 1998.

²⁰⁸ Dies bleibt jedoch der einzige Fall, dass bei einer Kündigung Tatsachen nach deren Zugang noch berücksichtigt werden!

²⁰⁹ BAG AP BGB § 611 Nr. 3 – Fürsorgepflicht.

²¹⁰ ZB NZA 2016, 287.

Anton werde gekündigt oder sie selber suchten sich einen anderen Arbeitsplatz. Daraufhin spricht M dem Anton gegenüber schriftlich eine ordentliche Kündigung aus.

Die Prüfung der sozialen Rechtfertigung dieser Kündigung als *verhaltensbedingter (unechte Druckkündigung* – Kündigungsgrund ist nicht das Entlassungsverlangen) ergibt folgenden Befund: Unentschuldigtes Fehlen stellt einen Kündigungsgrund an sich dar; Anton hat gegen seine Hauptleistungspflicht verstoßen. Jedoch ist die Kündigung nicht verhältnismäßig, da M bisher noch keine Abmahnung ausgesprochen hat. **195**

Die Drohung der Kollegen kann die Kündigung aber unter Umständen trotzdem rechtfertigen. Es handelt sich dann um eine (*echte*) *Druckkündigung*, die von der Rechtsprechung des BAG²¹¹ als *betriebsbedingte* eingeordnet wird. Da eine Druckkündigung zur Entlassung von AN führen kann, denen nichts vorzuwerfen ist, ist sie nur unter strengen Voraussetzungen möglich: **196**

- Es gibt für den AG keine andere Möglichkeit als die Kündigung, um einen unzumutbaren eigenen Schaden abzuwenden.
- Aufgrund seiner Fürsorgepflicht darf der AG dem Druck nicht ohne Weiteres nachgeben, sondern muss versuchen, die Druckausübenden von ihrer Drohung abzubringen.

Der AG muss argumentativ deutlich machen, dass aus seiner Sicht ein objektiver Anlass für eine Kündigung nicht besteht. Er muss hierbei konkret ausführen, dass er für eine Entlassung des AN keinen Grund sehe und dass eine Kündigung ohne das Vorliegen objektiv geeigneter Kündigungsgründe auch nicht von ihm gewünscht sei.²¹²

Die Kündigung muss also das einzige in Betracht kommende Mittel sein, um den drohenden schweren Schaden abzuwenden. Hinzuzufügen ist noch, dass der AG nicht die Drucksituation selbst herbeigeführt haben darf, sonst wäre seine Kündigung rechtsmissbräuchlich. Im Fall ist die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt. Zwar liegt ein Kündigungsverlangen und eine massive Drohung vor, die zu einem schweren Schaden für M führen kann. Da M aber keine Maßnahmen unternommen hat, den Druck abzuwenden, sondern sich ihm sofort gebeugt hat, ist die Kündigung unwirksam. Hauptanwendungsfälle der Druckkündigung sind neben dem hier geschilderten Fall einer Drohung mit Kündigung die definitive Weigerung der Kollegen, mit dem betreffenden AN weiter zusammenzuarbeiten. Ebenso kann die Drohung eines Geschäftspartners, die Geschäftsbeziehungen abzubrechen, wenn ein bestimmter AN nicht entlassen wird, eine Druckkündigung rechtfertigen. **197**

XIV. Außerordentliche Kündigung

Prüfungsschema: Außerordentliche Kündigung

I. Klageerhebungsfrist, § 13 I 2, § 4, § 7 KSchG

(Ausnahme: Schriftform, § 623 BGB und Vertretungsmacht, § 180 BGB)

II. Allgemeine Unwirksamkeitsgründe

- Schriftform, §§ 623, 126 BGB
- Vertretungsmacht, § 174 BGB und §§ 180, 177 BGB
- Bedingung
- §§ 138, 242 BGB

III. Kündigungsverbote und Zustimmungserfordernisse

- Schwangere, § 17 MuSchG
- Elternzeit, § 18 BEEG
- Schwerbehinderte, §§ 174, 168 ff. SGB IX
- Betriebsräte, § 103 BetrVG
- Betriebsübergang, § 613a IV 1 BGB
- Maßregelungsverbot, § 612a BGB, § 11 TzBfG

198

²¹¹ BAG NZA 2014, 109; 2017, 116; 2017, 500.

²¹² BAG NZA 2017, 116.

IV. Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG und der Schwerbehindertenvertretung, § 178 II 3 SGB IX

V. Kündigungsgrund

1. Kündigungserklärungsfrist, § 626 II BGB

2. Wichtiger Grund, § 626 I BGB

a) Rechtfertigt der vorgetragene Sachverhalt grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung?

b) Einzelfallbetrachtung/Interessenabwägung (Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist)

VI. Umdeutung in ordentliche Kündigung, § 140 BGB

VII. Auflösungs- und Abfindungsantrag, § 13 I 3, II KSchG

- 199 Eine außerordentliche Kündigung ist nach dem Wortlaut des § 626 I BGB nur wirksam, wenn dem AG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann. Bei der außerordentlichen Kündigung geht es also nicht um die Frage »Kündigung ja oder nein« sondern um die Frage »Beendigung sofort oder später«. Abgesehen vom wichtigen Grund nach § 626 BGB ist die Prüfung einer außerordentlichen Kündigung weitgehend identisch mit der einer ordentlichen Kündigung. Aber auch die Beurteilung des wichtigen Grundes ist rechtssystematisch der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung sehr ähnlich. Nach § 13 I 2 KSchG kann die Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung aber nur geprüft werden, wenn die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gewahrt wurde.

1. Kündigungserklärungsfrist

200 **Fall 1:** Die 22-jährige A ist seit zwei Jahren bei der X-GmbH als Sekretärin beschäftigt. X betreibt ein großes Kaufhaus. Am 29.6. konnte A nicht widerstehen und ließ beim Heimgehen eine Dose Krabben im Wert von 2,60 EUR aus der Lebensmittelabteilung mitgehen. Sie wurde dabei vom Hausdetektiv gestellt, der den Vorfall am 5.7. dem Geschäftsführer der X meldete. Am 16.7. erhielt A eine fristlose Kündigung.

Fall 2: E wird am 4.6. wegen Überziehung seines Urlaubs fristlos gekündigt. In der Güteverhandlung am 2.7. gibt der Vorsitzende zu erkennen, dass er die Kündigung für unwirksam hält. Daraufhin erklärt der AG, er habe am 5.6. auch davon erfahren, dass E während seines Urlaubs einer unerlaubten Nebentätigkeit nachgegangen sei. Er stütze seine Kündigung auch auf diesen Sachverhalt. Ist dieser weitere Kündigungsgrund vom Arbeitsgericht noch sachlich zu überprüfen?

- 201 Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn sie nicht innerhalb von *zwei Wochen seit Kenntnis des Kündigungssachverhalts* erfolgt ist, § 626 II BGB; genau gesagt muss die Kündigung innerhalb dieses Zeitraums *zugehen*.²¹³ Es kommt dabei auf die positive Kenntnis des Kündigungsberechtigten, nicht auf das Kennenmüssen an; selbst grobe Fahrlässigkeit schadet nicht.²¹⁴ Im Normalfall ist der Beginn der Zwei-Wochen-Frist unschwer festzustellen. Nur in einigen Fallgruppen ist dieser problematisch.²¹⁵ Bei einem *Dauerverhalten* (zB unerlaubtes Fehlen) beginnt die Frist nicht vor der Beendigung dieses Verhaltens zu laufen.²¹⁶ Bei der Kündigung wegen der Begehung einer *Straftat* kann der AG ein etwaiges Strafverfahren abwarten und dann innerhalb von zwei Wochen ab Kenntniserlangung von der Tatsache der Verurteilung oder der Rechtskraft des Urteils kündigen.²¹⁷ Grundsätzlich beginnt die Frist erst dann, wenn der AG eine möglichst vollständige Kenntnis der Kündigungstatsachen hat. Dazu gehören sowohl die für die Kündigung als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände sowie die Beschaffung möglicher Beweismittel für die

²¹³ Zur Problematik des Zugangs → Rn. 26 ff.

²¹⁴ BAG NZA 2007, 744.

²¹⁵ S. detaillierte Kommentierung bei Grüneberg/Weidenkaff BGB § 626 Rn. 21 ff.

²¹⁶ BAG DB 1998, 1290. S. dazu auch Grüneberg/Weidenkaff BGB § 626 Rn. 27.

²¹⁷ BAG DB 2000, 725; NZA 2006, 101.