

DAS NACHSCHIEBEN VON KÜNDIGUNGSGRÜNDEN

Dr. Anja Nägele-Berkner
Richterin am ArbG

Gang der Darstellung

1. Teil: Allgemeine Grundlagen
2. Teil: Nachschieben von Kündigungsgründen bei nach § 102 BetrVG anhörungspflichtigen Kündigungen
3. Teil: Nachschieben bei Kündigungen von Schwerbehinderten

Grundlagen: Definition

- Keine gesetzliche Definition
- Ein Nachschieben von Kündigungsgründen ist dann gegeben, wenn der Kündigende zunächst einen Grund für die Kündigung angibt und diesen später durch andere Gründe ergänzt oder ersetzt.
- Abgrenzung zur jederzeit möglichen **Konkretisierung** des Kündigungsgrundes, vgl. BAG 18.12.1980 – 2 AZR 1006/78.
- Eine Konkretisierung liegt vor, wenn die neuen Tatsachen den Kündigungssachverhalt nicht wesentlich verändern oder ihm überhaupt erst das Gewicht eines Kündigungsgrundes verleihen.
- Beispiel: Kündigungsgrund ist das unentschuldigte Fehlen an zwei Arbeitstagen. Die ergänzende Angabe der genauen Daten stellt eine Konkretisierung dar, während der Vortrag, der Arbeitnehmer habe an insgesamt sieben Tagen gefehlt, dem Nachschieben unterfällt.

Grundlagen: Definition

- Differenzierung zwischen **ergänzendem** und **ersetzendem** Nachschieben erforderlich?
- Ansatz des BAG: ein Austausch von Kündigungsgründen könnte bei außerordentlichen Kündigungen unzulässig sein, wenn die Kündigung dadurch einen völlig anderen Charakter erhält (BAG 18.1.1980 – 7 AZR 260/78; BAG 4.6.1997 – 2 AZR 362/96; BAG 6.9.2007 – 2 AZR 264/06), soll nur bei **Extremfällen** in Betracht kommen.
- Ein solcher Extremfall soll selbst bei Austausch des Grundes „sexuelle Belästigung“ durch „Spesenbetrug“ noch nicht vorliegen (!).
- BGH: ein Zusammenhang zwischen den Kündigungsgründen ist beim Nachschieben nicht erforderlich → auch Austausch ist zulässig (BGH 1.12.2003 – II ZR 161/02).
- → Differenzierung ist obsolet. Ein nachschieben ist auch im Wege der kompletten Austausches des Kündigungsgrundes möglich!

Grundlagen: Voraussetzungen

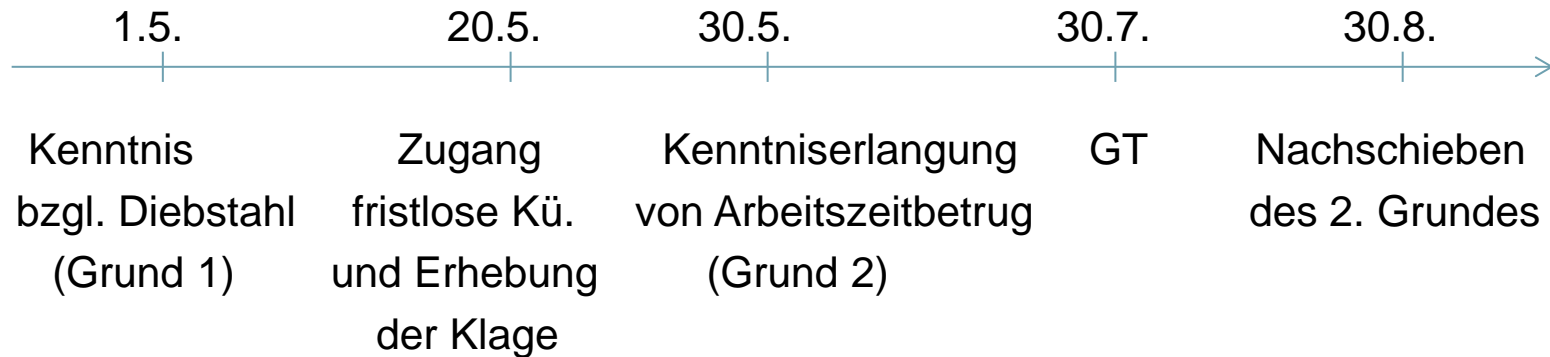
- Die wesentliche Voraussetzung für ein Nachschieben von Kündigungsgründen liegt in der **rein objektiven Relevanz** des Kündigungsgrundes.
- Ob ein Kündigungsgrund gegeben ist, bestimmt sich nach der objektiven Sachlage **zZt des Zugangs der Kündigung**.
- Trennung von Kündigungsgrund und Kündigungsmotiv, d.h. dem Kündigungsgrund wohnt **kein subjektives Element** inne
- Auch nicht im Rahmen der „Unzumutbarkeit“ nach § 626 Abs. 1 BGB
 - Der fristlos Kündigende muss die Unzumutbarkeit der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses nicht kennen.
- **Kein formelles Begründungserfordernis** von Kündigungen

Grundsätzlich können zur Rechtfertigung einer fristlosen oder ordentlichen Kündigung sämtliche Gründe nachgeschoben werden, die bereits zur Zeit des Zugangs der Kündigung objektiv vorlagen. Später entstehende Gründe können nicht nachgeschoben werden.

Grundlagen: Beschränkungen

- Beschränkungen des Nachschiebens von Gründen ergeben sich in Verfahren ohne Beteiligung von Betriebsrat oder Integrationsamt unter zwei Aspekten:
 1. Gesetzliche oder tarifvertragliche Begründungserfordernisse
 - zB § 22 Abs. 3 BBiG, § 9 Abs. 3 MuSchG und § 54 BMT-GO aF
 - Begründung ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung
 - Zweck dieser Vorschriften: Arbeitnehmer soll die Erfolgsaussichten einer Kündigungsschutzklage beurteilen können
 - Nachschieben anderer als der genannten Gründe ist unzulässig
 2. Ausschlussfrist von § 626 Abs. 2 BGB
 - Beispielsfall:

Beispielsfall : Nachschieben und Zweiwochenfrist von § 626 Abs. 2 BGB



1. Frage: Konnte der AG die Kündigung, die nicht innerhalb der Zweiwochenfrist erklärt wurde, durch das Nachschieben „retten“?
2. Frage: Konnte er dies noch am 30.8. tun?

Grundlagen: Beschränkungen

- Das Nachschieben selbst unterfällt nicht der Frist von § 626 Abs. 2 BGB. Der Arbeitgeber kann daher den neuen Grund auch nach Ablauf von zwei Wochen nachschieben (BAG 17.8.1972 – 2 AZR 415/71; BAG 4.6.1997 – 2 AZR 362/96; BAG 23.5.2013 – 2 AZR 102/12).
- Gründe, die dem Arbeitgeber zZt des Zugangs der Kündigung schon länger als zwei Wochen bekannt waren, können nicht nachgeschoben werden, da diese nach § 626 Abs. 2 BGB verfristet sind (BAG 17.8.1972 – 2 AZR 415/71).
- Durch das Nachschieben kann auch eine Kündigung „gerettet“ werden, die zunächst auf einen nach § 626 Abs. 2 BGB verfristeten Grund gestützt wurde.
- → Im Beispielsfall ist das Nachschieben möglich; der Arbeitgeber kann die Kündigung mit dem Grund des Arbeitszeitbetruges rechtfertigen.

Grundlagen: Verdachtskündigung

- Sonderfall **Verdachtskündigung**:
- Relevant: die zZt der Kündigung **objektiv** vorliegenden Tatsachen, BAG 23.10.2014 – 2 AZR 644/13.
- Hat der Arbeitgeber zunächst eine **Tatkündigung** ausgesprochen, muss er **vor** dem Nachschieben des Kündigungsgrundes des Verdachtes einer Pflichtwidrigkeit den Arbeitnehmer anhören, BAG 23.3.1984 – 2 AZR 323/84.
- Wurde zunächst eine Verdachtskündigung (nach Anhörung) ausgesprochen, ist eine erneute Anhörung des Arbeitnehmers vor dem Nachschieben neuer Verdachtstatsachen selbst dann nicht erforderlich, wenn die neuen Tatsachen sich auf eine völlig andere Pflichtverletzung beziehen, BAG 23.5.2013 – 2 AZR 102/12.
- Beispielsfall des BAG: [Verdachtskündigung nach Anhörung zum Verdacht betrügerischer Auftragsvergaben, Nachschieben des Verdachts der Verlegung von Terrassenplatten für Privathaus auf Kosten des Arbeitgebers ohne erneute Anhörung.](#)

Grundlagen: Rechtsfolgen

- Rechtsfolge **zulässigen Nachschiebens** ist die **Verwertbarkeit** des neuen Grundes für die ausgesprochene Kündigung; ein Mangel der Kündigung auf der Ebene des Kündigungsgrundes kann so noch während des Prozesses korrigiert werden.
- Rechtsfolge **unzulässigen Nachschiebens** ist das Eingreifen eines **Verwertungsverbotes** des neuen Grundes für die konkrete Kündigung, ohne diesen aber für eine Folgekündigung zu sperren oder zu verbrauchen. Der Arbeitgeber bleibt mit dem neuen Grund lediglich im laufenden Verfahren präkludiert.

Nachschieben bei Betriebsratsbeteiligung

- Problem: Darf der Arbeitgeber Gründe nachschieben, zu denen er den Betriebsrat nicht zuvor angehört hat?
- Es sind hier drei Konstellationen denkbar:
 1. Die Betriebsratsanhörung war insgesamt unwirksam nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG oder
 2. es liegt eine jederzeit zulässige Konkretisierung des dem Betriebsrat genannten Grundes vor oder
 3. die Anhörung genügte zwar den Anforderungen an § 102 Abs. 1 BetrVG, aber der neue Sachvortrag geht über eine Konkretisierung hinaus.
- Nur in der dritten Konstellation geht es um ein Nachschieben, während in der ersten Fallgruppe die Kündigung unheilbar unwirksam ist.
- Beispielsfall: Kündigung nach Betriebsratsanhörung wegen Trennung von Frau und 4 Kindern. AG weiß von gelegentlichem Arbeitszeitbetrug, hielt dies aber bisher für tolerabel und wollte die Kündigung hierauf nicht stützen. Erst nach rechtlicher Beratung möchte er diesen Grund nachschieben.

Nachschieben bei Betriebsratsbeteiligung

- Theorie der subjektiven Determination:
 - AG muss die für ihn zZt der Kündigung subjektiv maßgeblichen Gründe dem Betriebsrat nennen
 - Kein Gleichlauf zu den Darlegungslasten im Kündigungsschutzverfahren im Hinblick auf die erforderliche Substantiierung und Detailliertheit
- Für den Beispielsfall gilt: Die Anhörung war ordnungsgemäß, so dass eine Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG ausscheidet.
- → Damit stellt sich die Frage, ob der neue Grund nachgeschoben werden kann.
- Ursache des Problems ist die **Diskrepanz zwischen objektiver Relevanz der Kündigungsgründe und subjektiver Determination der Betriebsratsanhörung**
- Bis heute ist das Thema – jedenfalls in Bezug auf nachträglich bekannt werdende Kündigungsgründe – umstritten (vgl. die Darstellung von *Etzel* in KR, 10. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 185)

Nachschieben bei Betriebsratsbeteiligung

- Gefestigte Rspr. des BAG aus drei Grundsatzentscheidungen (BAG 18.12.1980 – 2 AZR 1006/78; BAG 1.4.1981 – 7 AZR 1003/78 und BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84; s.a. BAG 4.6.1997 - 2 AZR 362/96.

Dem Arbeitgeber war der nachzuschiebende Grund bei Ausspruch der Kündigung bereits bekannt.

→ Er kann diesen nicht nachschieben. Der neue Grund ist in diesem Verfahren unverwertbar.

Der Arbeitgeber hat den neuen Grund erst nach Ausspruch der Kündigung erfahren.

→ Er kann diesen Grund nachschieben, wenn er zuvor den Betriebsrat hierzu angehört hat („Anhörung zum Nachschieben“ analog § 102 Abs. 1 BetrVG). Weitere Folge: Widerspruch, § 102 Abs. 3-5

Nachschieben bei Betriebsratsbeteiligung

- Argument für diese Differenzierung: „...*diesem Zweck* [des Anhörungsverfahrens] *widerspricht es, dem Arbeitgeber zu gestatten, sich im späteren Kündigungsschutzprozess auf Kündigungsgründe zu berufen, die zwar seinen Kündigungsentschluss mitbeeinflusst haben, hinsichtlich der er jedoch dem Betriebsrat keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte*“. (BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84)
- Argumente der h.M. für die Zulässigkeit des Nachschiebens neuer, zunächst unbekannter Gründe nach erneuter Betriebsratsbeteiligung analog § 102 BetrVG:
 1. Prozessökonomie
 2. Angemessener Ausgleich zwischen den Interessen von Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Betriebsrat

Nachschieben bei Betriebsratsbeteiligung

- Kritik an der h.M.: Der Differenzierung zwischen bekannten und unbekanntem Gründen liegt die Annahme zugrunde, dass alle dem Arbeitgeber bekannten Gründe auch seine Kündigungsabsicht kausal beeinflusst haben.
 - Der Beispielsfall zeigt, dass dies nicht zwingend der Fall ist!
 - Zudem hätte die nicht vollständige Mitteilung subjektiv relevanter Kündigungsgründe zwingend die nicht heilbare Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG.
-
- Dem Betriebsrat bei Anhörung **bereits bekannte Umstände** können nachgeschoben werden, wenn dieser erkennen konnte, dass diese zum maßgeblichen Tatsachenkomplex, der den Kündigungsgrund bildet, gehören, BAG 12.11.2003 – 2 AZR 536/02 („Mosaiksteine aus demselben Bild“).

Nachschieben bei Betriebsratsbeteiligung

- **Niemals** kann das Nachschieben allerdings eine wegen nicht ordnungsgemäß erfolgter Betriebsratsanhörung unwirksame Kündigung „**heilen**“.
- Die fehlerhafte Betriebsratsanhörung führt zur Nichtigkeit der Kündigung, da die Kündigung als einseitige Willenserklärung keinen Schwebезustand zulässt, BAG 25.11.1976 – 2 AZR 751/75.
- Hieran ändert auch eine nachfolgende Anhörung analog § 102 BetrVG vor dem Nachschieben eines neuen Kündigungsgrundes nichts. Das Nachschieben betrifft stets die **Ebene des Kündigungsgrundes**. Das Fehlen anderer Kündigungsvoraussetzungen kann hier nicht korrigiert werden.

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- **Beispielfall 1:** Der AG beantragt beim Integrationsamt die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des schwerbehinderten AN mit der Behauptung, dieser habe ihn bestohlen. Nachdem das Integrationsamt die Zustimmung erteilt und der AG die Kündigung ausgesprochen hat, stellt sich im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren die Unschuld des AN heraus. Unterdessen hat der AG aber erfahren, dass der AN vor Ausspruch der Kündigung seinen Arbeitskollegen schwer misshandelt hat und möchte diesen Grund nachschieben.
- **Beispielfall 2 (ArbG Lüneburg):** Der Arbeitgeber erhält vom Integrationsamt die Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung seines schwerbehinderten Tischlergesellen aus **betriebsbedingten** Gründen. Nach Ausspruch der Kündigung führt der Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht an, der Arbeitnehmer sei aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, an laufenden Maschinen, auf Leitern und Podesten zu arbeiten.

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- Fragestellung: müssen die Gründe im Zustimmungsverfahren nach §§ 85 ff. SGB IX kongruent zu denen im Kündigungsschutzverfahren sein?
- BAG: grundsätzlich nicht; BVerwG: in der Regel ja.
- Zustimmung = privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt (VA); sie ist zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung, indem sie eine öffentlich-rechtliche Verbotsschranke beseitigt.
- Ohne Zustimmung ist die Kündigung unheilbar unwirksam.
- Die Zustimmung muss seit 1974 **vor** der Kündigung eingeholt werden
- Im Verfahren des präventiven (weil vor der Kündigung stattfindend) Kündigungsschutzes prüft das Integrationsamt die beabsichtigte Kündigung im Hinblick auf ihre sozialrechtliche Zulässigkeit.

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- Zweck des Verfahrens: Der Schwerbehinderte soll vor Nachteilen geschützt werden, die mit seiner Behinderung in Zusammenhang stehen (= Ausgrenzungsschutz zur Herstellung von Chancengleichheit mit Nichtbehinderten, BT-Drs. 14/5074, S. 92)
- Maßgeblich für die Entscheidung des Integrationsamtes ist immer, inwieweit der Grund für die Kündigung **in Zusammenhang mit der Behinderung** des Arbeitnehmers steht:
 - Folgt bei der **außerordentlichen** Kündigung aus Soll-Regelung in § 91 Abs. 4 SGB IX
 - Im Rahmen der **ordentlichen** Kündigung ist dieser Aspekt maßgeblich für die Ermessensausübung: je enger der Zusammenhang, umso gewichtiger müssen die Belange des Arbeitgebers sein, um eine Zustimmung zu erwirken.
- → Die Behörde richtet ihr Augenmerk vor allen auf die Frage der Behinderungsbedingtheit des Kündigungsgrundes!
- → bei betriebsbedingten Kündigungen (**Tischlergesellenbeispiel**) ist die Zustimmung verhältnismäßig leicht zu erlangen.

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- Das Integrationsamt führt **keine arbeitsrechtliche Vorprüfung** durch, BVerwG 2.7.1992 – 5 C 39/90.
- Streitig: Evidenzprüfung auf „offensichtliche arbeitsrechtliche Unwirksamkeit“ durch das Integrationsamt? (so Bay. VGH 19.1.2012 – 12 C 10.3017); BVerwG lässt dies unentschieden
- Abzulehnen, denn:
 - Es droht Rechtsverweigerung gegenüber dem Arbeitgeber, indem ihm die Prüfung der Kündigung durch das Arbeitsgericht verwehrt bliebe und
 - innerhalb der kurzen Entscheidungsfristen sind kaum tragfähige Entscheidungen über arbeitsrechtliche Fragen zu erzielen.
- **Amtsermittlungsgrundsatz** gilt zwar gem. § 20 SGB X, aber dieser reicht nicht so weit, dass die Behörde andere als die vom Arbeitgeber mitgeteilten Kündigungssachverhalte umfassend ermitteln müsste.
- → Das Integrationsamt berücksichtigt nur den vom Arbeitgeber vorgebrachten Grund für die Kündigung, BVerwG 2.7.1992 – 5 C 39/90).

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- **Auffassung des BAG:**
- Jedenfalls dann, wenn der nachgeschobene Kündigungsgrund nicht in Zusammenhang mit der Behinderung steht und die Behörde die Zustimmung deshalb nicht verweigern dürfte, ist ein Nachschieben dieses Grundes möglich.
- Die beiden Verfahren (Zustimmungsverfahren und Kündigungsschutzverfahren) sind grundsätzlich als unabhängig voneinander zu betrachten. Aus dem Zustimmungsverfahren ergeben sich keine Beschränkungen gegenüber dem Bestandsschutzverfahren.
- Durch die erteilte Zustimmung wird die Kündigungssperre beseitigt. Nur die Zustimmung als solche entfaltet Bindungswirkung, nicht aber die in ihr enthaltenen Gründe und tatsächlichen Feststellungen.
- BAG 20.1.1984 – 7 AZR 143/82; BAG 19.12.1991 – 2 AZR 367/91

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- **Gegenauffassung des BVerwG:**
- Die Zustimmung wird nur erteilt für eine ganz bestimmte Kündigung aus den vom Arbeitgeber gegenüber der Behörde angegebenen und der präventiven Kontrolle unterzogenen Gründen. Daher: kein Nachschieben anderer Gründe vor dem ArbG möglich.
- Unentschieden lässt das BVerwG, ob Gründe, die nicht in Zusammenhang mit der Behinderung des Arbeitnehmers stehen, ausnahmsweise nachgeschoben werden können.
- BVerwG 02.07.1992 – 5 C 39/90; BVerwG 18.09.1996 – 5 B 109/96; BVerwG 12.07.2012 – 5 C 16/11 – NZA 2013, 97.
- Die Auffassungen im **Schrifttum** sind vielfältig:
- Unter anderem wird eine nachträgliche Beteiligung des Integrationsamtes vor dem Nachschieben diskutiert (u.a. KR-*Etzel/Gallner*, §§ 85-90 SGB IX Rn. 140 und § 91 SGB IX Rn. 39b).

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- Mögliche Lösung/ eigene Auffassung:
- Kernfrage ist nicht die nach der **Bindungswirkung** der Gründe des Zustimmungsbescheides, sondern die nach dem **Regelungsgehalt** des Verwaltungsakts Zustimmung: Lässt die Zustimmung die Kündigungssperre von § 85 SGB IX partiell oder generell entfallen?
- Vergleich mit Baugenehmigung: lediglich das beabsichtigte Bauvorhaben wird hier erlaubt, nicht irgendein Bauvorhaben
- Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsaktes ergibt sich aus seinem Regelungsinhalt, dem zugrundeliegenden Fachrecht und der Prüfungskompetenz der Behörde.
- → Der Regelungsgehalt der Zustimmung des Integrationsamtes ist die Entscheidung, dass einer ganz bestimmten Kündigung aus den vom Arbeitgeber angegebenen Gründen keine sozialrechtlichen Einwendungen entgegenstehen.

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

Verwaltungsakt

Tenor: Die Zustimmung zur Kündigung wird erteilt.

beachten

Gründe: Der Arbeitsplatz entfällt und es gibt keinen anderen geeigneten Arbeitsplatz

Wirkung

→ Bindungswirkung mit dem Regelungsgehalt: die Zustimmung liegt für die beabsichtigte Kündigung vor.
→ das ArbG muss sie

→ keine Bindung dahin, dass der Arbeitsplatz wegfällt und damit der betriebsbedingter Kündigungsgrund feststeht

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- Im Ergebnis ist daher dem Ansatz des BVerwG zuzustimmen mit folgenden Konsequenzen:
- Die Zustimmung lässt die Kündigungssperre nicht generell, sondern partiell entfallen.
- Die Gründe für die Zustimmung müssen mit denen zur arbeitsrechtlichen Rechtfertigung übereinstimmen.
- Ein Nachschieben anderer Gründe, als der vor dem Integrationsamt genannten ist nicht zulässig, denn in Bezug auf andere Gründe fehlt es an der erforderlichen Zustimmung.

- Ausblick:
Trendwende durch BAG 15.11.2012 – 8 AZR 827/11?
Fall: Ein Betriebserwerber darf eine durch den Veräußerer erwirkte Zustimmung nicht nutzen, weil die Gefahr bestehe, dass dieser aus anderen Gründen kündige, als ursprünglich angegeben.

Nachschieben bei Integrationsamtsbeteiligung

- Ausweg: Nachträgliche Beteiligung des Integrationsamtes analog § 85 SGB IX, „**Zustimmung zum Nachschieben**“ (ähnlich der h.M. zum Nachschieben unbekannter Gründe bei § 102 BetrVG), vertreten u.a. von KR-*Etzel/Gallner*, §§ 85-90 SGB IX Rn. 140 und § 91 SGB IX Rn. 39b?
- **Contra:** Es gibt hier keine planwidrige Regelungslücke, denn der Gesetzgeber hat sich 1974 bewusst gegen die Möglichkeit einer nachträglichen Zustimmung entschieden. Eine „Zustimmung zum Nachschieben“ ist aber im Ergebnis nichts anderes als eine nachträgliche Zustimmung zu einer bis dato unbegründeten Kündigung. Im Übrigen: prozessual kaum handhabbar.
- → Auch auf diesem Wege ist das Nachschieben anderer Gründe nicht möglich.
- → Der Arbeitgeber ist auf eine Folgekündigung zu verweisen!

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit und
„Feuer frei“ für Fragen.