

## Der nach außen getretene Kündigungsentschluss als fristauslösendes Ereignis für § 626 II BGB

Rechtsanwalt Dr. Mark-Alexander Huth und Rechtsanwalt Bastian Siemsglüss, LL. M.\*

Der nachfolgende Beitrag stellt dar, welche praktischen Fallstricke sich bei der Vorbereitung einer fristlosen Kündigung ergeben können, sofern der Kündigungsentschluss noch vor Aussprache der Kündigung nach außen kommuniziert wird.

### I. Einleitung

Langgediente Mitarbeiter mit potenziell hohen Abfindungsanspruchen oder teure und unliebsam gewordene Geschäftsführer kostengünstig(er) loswerden? Alles nur eine Frage der Vorbereitung? In der Tat haben viele Anbieter den lukrativen Markt forensischer Due Diligence für sich entdeckt, um bei gegebenen Hinweisen oder einem Anfangsverdacht für wirtschaftskriminelles Verhalten die nötige Faktenbasis für eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) zu liefern. Entsprechende Untersuchungen und deren juristische Begleitung gehören mittlerweile zum arbeitsrechtlichen Standardrepertoire. Wenig Beachtung hat bislang indes ein praktisches Problem dieser Kundigungsvorbereitenden Handlungen gefunden. Während

Huth/Siemsglüss: Der nach außen getretene Kündigungsentschluss als fristauslösendes Ereignis für § 626 II BGB(NZA-RR 2021, 635)

636

die Vorbereitung als solche als „state of the art“ gelten kann, verlieren die Beteiligten mitunter den Umstand aus den Augen, dass sich im Zuge der laufenden Ermittlungen der Kundigungswunsch nicht selten bereits verfestigt hat. Ungeachtet eines möglicherweise vorliegenden wichtigen Kündigungsgrundes kann eine frühzeitige Kommunikation der Kündigungsentscheidung zur Folge haben, dass zwingende Voraussetzungen für die Aussprache einer außerordentlichen Kündigung nicht (mehr) gegeben sind. Namentlich die Anforderungen an die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 BGB oder (im Falle einer Verdachtskündigung) die Durchführung einer ordnungsgemäßen Anhörung werden (in praktischer Hinsicht) unterschätzt und sollen im folgenden Beitrag näher untersucht werden.

### II. Beginn der Ausschlussfrist des § 626 BGB

Liegen Tatsachen vor, aufgrund derer es dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann, das Dienstverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder des vereinbarten Beendigungszeitpunkts fortzusetzen, kann das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus wichtigem Grunde gekündigt werden (§ 626 BGB). Die außerordentliche Kündigung kann indes nur innerhalb der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 II 1 BGB erklärt werden. Die Frist des § 626 II BGB soll den Kündigenden veranlassen, sich alsbald schlüssig zu werden, ob er aus einem bestimmten wichtigen Grund kündigen will, weil ansonsten zweifelhaft wird, ob der Grund wirklich so schwer wiegt, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.<sup>1</sup> Der Kündigungsgegner – auf der anderen Seite – soll frühzeitig Gewissheit erhalten, ob sein Arbeitsverhältnis aufgrund eines bestimmten Vorgangs durch eine außerordentliche Kündigung aufgelöst wird.<sup>2</sup> Nach Ablauf der Zweiwochenfrist gilt nach ständiger Rechtsprechung die unwiderlegliche Vermutung, dass auch ein noch so wichtiger Grund seine die außerordentliche Kündigung rechtfertigende Bedeutung verloren hat.<sup>3</sup> Diese zeitliche Limitierung ist

der Rechtssicherheit geschuldet. Hierdurch soll vermieden werden, dass der Kündigungsberechtigte ein Mittel in der Hand hält, um den anderen Teil während der weiteren Dauer des Dienstverhältnisses unter Druck zu setzen.<sup>4</sup> Der Beginn der Ausschlussfrist darf daher nicht länger als unbedingt nötig hinausgeschoben werden.<sup>5</sup>

Der Beginn der Ausschlussfrist, ist immer wieder Gegenstand arbeitsgerichtlicher Entscheidungen<sup>6</sup> und Diskussionen in der juristischen Literatur<sup>7</sup> gewesen. Das Gesetz stellt insoweit auf denjenigen Zeitpunkt ab, ab dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat (§ 626 II 2 BGB). Bevor wir uns mit dem für den Fristbeginn maßgeblichen Kenntnisstand beschäftigen können ist zunächst noch darauf einzugehen, auf wessen Kenntnis überhaupt abzustellen ist.

## 1. Zur Kündigung befugte Personen

Gerade bei größeren Unternehmen stellt sich häufig die Frage, wessen Kenntnis für den Beginn der Ausschlussfrist des § 626 II BGB maßgeblich ist. Genügt bereits die Kenntnis von externen oder auch internen Compliance-Verantwortlichen oder muss der Arbeitgeber selbst Kenntnis von dem Kündigungsgrund haben?

Nach ständiger Rechtsprechung des *BAG* kommt es auf die Kenntnis derjenigen Person an, der im konkreten Fall das Recht zur Kündigung zusteht.<sup>8</sup> Dazu gehören neben den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen und Körperschaften diejenigen Mitarbeiter, denen der Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen hat.<sup>9</sup>

Bei der Kündigung von Geschäftsführern einer GmbH kommt es auf die Kenntnis des zur Kündigung bzw. Abberufung berechtigten Gremiums an,<sup>10</sup> also gem. § 46 Nr. 5 Var. 2 GmbHG auf die Kenntnis der Gesellschafterversammlung. Der *BGH* geht für die GmbH inzwischen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Frist des § 626 II 1 BGB erst mit dem Zusammentreten des Kollegialorgans zur Beschlussfassung über die Kündigung zu laufen beginnt.<sup>11</sup> Die Kenntnis der Mitglieder oder des Vorsitzenden reichen nicht aus. Bei einem Kollegialorgan bestehe die Kenntnis vielmehr erst, wenn der für die Tatsachenkenntnis maßgebende Sachverhalt dem zur Entscheidung zusammengetretenen Organ unterbreitet wurde.<sup>12</sup> Sofern die Einberufung des Gremiums aber nicht mit der pflichtgemäßen Eile erfolgt, liege ein Fall der treuwidrigen Unkenntnis vor, so dass sich das Organ nach § 242 BGB so behandeln lassen müsse, als habe es bei korrektem Vorgehen Kenntnis erlangt.<sup>13</sup> Bezogen auf diesen hypothetischen Zeitpunkt beginnt die Frist nach § 626 II 1 BGB zu laufen. Sofern die Entscheidung zustimmungsbedürftig ist, läuft die Frist erst nach erteilter Zustimmung.<sup>14</sup> Gibt es nur einen Gesellschafter, kommt es auf den Zeitpunkt seiner Kenntnis an.<sup>15</sup>

Bei Personengesellschaften des Handelsrechts hat grundsätzlich jeder Gesellschafter (OHG) bzw. jeder Komplementär (KG) Einzelvertretungsmacht und ist damit Kündigungsberechtigter.<sup>16</sup>

Die Kenntnis eines Vorgesetzten, selbst mit Aufsichtsfunktion, reicht demnach grundsätzlich nicht aus, um den Beginn der Ausschlussfrist auszulösen. Entsprechendes gilt für externe und interne Compliance-Verantwortliche, wie zum Beispiel Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer.<sup>17</sup>

Huth/Siemsglüss: Der nach außen getretene Kündigungsentschluss als fristauslösendes Ereignis für § 626 II BGB (NZA-RR 2021, 635)

637

Allerdings kann die Kenntnis eines Vorgesetzten ausnahmsweise dann relevant sein, wenn dessen Stellung im Betrieb nach den Umständen erwarten lässt, er werde den Kündigungsberechtigten über den Kündigungssachverhalt unterrichten. Diese Person muss eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb oder der Verwaltung haben *und* tatsächlich wie rechtlich in der Lage sein, einen Sachverhalt – der Anhaltspunkte für eine außerordentliche Kündigung bietet – so umfassend zu klären, dass mit dessen Meldung der Kündigungsberechtigte ohne weitere Erhebungen und

Ermittlungen die (Kündigungs-)Entscheidung treffen kann.<sup>18</sup> Diese Voraussetzungen müssen also kumulativ vorliegen.

Hat der Kündigungsberechtigte in derartigen Fällen verspätet Kenntnis erlangt, muss er sich die frühere Kenntnis des Vorgesetzten jedenfalls dann zurechnen lassen, wenn dies auf einer unsachgemäßen Organisation des Betriebs beruht.<sup>19</sup>

## **2. Welcher Kenntnisstand ist für den Fristbeginn maßgeblich?**

Die Ausschlussfrist des § 626 II BGB soll dem Kündigungsberechtigtem von dem Zeitpunkt an zur Verfügung stehen, ab dem er anhand zuverlässiger und möglichst vollständiger Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen entscheiden kann, ob die Fortsetzung des Dienstverhältnisses zumutbar ist oder nicht.<sup>20</sup> Diese Kenntnis liegt vor, wenn der Kündigungsberechtigte alles in Erfahrung gebracht hat, was als notwendige Grundlage für die Entscheidung über den Fortbestand oder die Auflösung des Dienstverhältnisses anzusehen ist.<sup>21</sup> Grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.<sup>22</sup>

Die Frist beginnt so lange nicht zu laufen, wie der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile noch Ermittlungen über den Kündigungssachverhalt anstellt und der Kündigungsgegner dies erkennen kann.<sup>23</sup> Solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt, insbesondere dem Kündigungsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, kann die Zweiwochenfrist nicht beginnen.<sup>24</sup> § 626 II BGB will den Arbeitgeber weder zu hektischer Eile bei der Kündigung antreiben noch ihn veranlassen, ohne genügende Vorprüfung des Sachverhalts oder vorhandener Beweismittel voreilig zu kündigen.<sup>25</sup> Durch derartige Maßnahmen kann die Ausschlussfrist des § 626 II BGB aber nicht länger als unbedingt nötig hinausgeschoben werden.<sup>26</sup> Bei Verdachtskündigungen läuft die Ausschlussfrist von dem Zeitpunkt an, zu dem der Kündigungsberechtigte so viel von dem Kündigungssachverhalt mit Sicherheit kennt, dass er sich ein eigenes Urteil über den Verdacht und seine Tragweite bilden kann.<sup>27</sup> Erforderlich sind starke Verdachtsmomente, die auf objektiven Tatsachen beruhen und geeignet sind, das für die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören. Der Arbeitgeber hat alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts vorzunehmen.<sup>28</sup> Die Frist beginnt unabhängig von der besonderen Funktion der Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung nicht vor der Anhörung des Arbeitnehmers (bzw. Organmitglieds), wenn diese innerhalb angemessener Frist (in der Regel binnen Wochenfrist) erfolgt. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass der Kündigende die Zeit bis zur Anhörung noch nicht für seine abschließende Stellungnahme genutzt haben kann, da er gerade auch das Ergebnis der Anhörung seiner Kündigungsentscheidung zugrunde legen soll.<sup>29</sup>

Hält der Kündigungsberechtigte allerdings einen bestimmten Kenntnisstand für ausreichend, um eine Verdachts- oder Tat Kündigung auszusprechen, so muss er binnen zwei Wochen nach Erlangung dieses Kenntnisstands kündigen.<sup>30</sup>

### **a) Objektive Tatsachenbasis für die Kündigungsentscheidung**

Um den Beginn der Ausschlussfrist des § 626 II BGB auszulösen bedarf es folglich zweierlei. In einem ersten Schritt ist eine objektive (zuverlässige und möglichst vollständige) Tatsachenbasis der für die Kündigungsentscheidung maßgeblichen Umstände erforderlich. Bei der Ermittlung dieser Tatsachengrundlage wird dem Kündigungsberechtigten ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Ihm wird zugestanden, die zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Maßnahmen durchzuführen.<sup>31</sup> Solange der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen

Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen, wird der Beginn der Ausschlussfrist des § 626 II BGB hinausgeschoben.<sup>32</sup>

Bei einfach gelagerten Sachverhalten kommt dieser Hemmungswirkung eher geringe Bedeutung zu. Große Relevanz kommt ihr indes im Zusammenhang mit möglichen Compliance-Verstößen leitender Angestellter oder Geschäftsleiter zu. Entsprechende Verstöße können etwa in weltweit unternehmensübergreifender Korruption, Absprachen bei Ausschreibungen, Steuerhinterziehung oder der systematischen Verletzung von Datenschutzbestimmungen bestehen. Oftmals sehen sich Unternehmen einem undurchsichtigen Netz vielfältiger und miteinander verknüpfter Pflichtverletzungen verschiedener Mitarbeiter auf unterschiedlichen Unternehmens- und Hierarchieebenen gegenüber.<sup>33</sup> In entsprechenden Konstellationen vermögen in aller Regel erst umfangreiche Ermittlungen (häufig unter Einschaltung externer Berater) Licht ins Dunkel zu bringen. Auch nach der Rechtsprechung des BAG können daher Überprüfungszeiträume von gut zwei Monaten plausibel erscheinen und den Beginn der Ausschlussfrist des § 626 II BGB hinauszögern.<sup>34</sup> In der Literatur

Huth/Siemschlüss: Der nach außen getretene Kündigungsentschluss als fristauslösendes Ereignis für § 626 II BGB (NZA-RR 2021, 635)

638

werden auch noch weit längere Ermittlungszeiträume als angemessen betrachtet.<sup>35</sup> Die Ermittlungen müssen den Kündigungsberechtigten in die Lage versetzen, eine Gesamtwürdigung vorzunehmen. Soll die außerordentliche Kündigung auf eine Pflichtverletzung gestützt werden setzt dies voraus, dass der Arbeitgeber nach seiner Überzeugung nicht nur Kenntnis von Verdachtsmomenten hat, die eine Verdachtskündigung begründen könnten, sondern so sichere Kenntnis der die Pflichtverletzung begründenden Umstände, dass er seiner Behauptungs- und Beweislast im Prozess nachkommen kann.<sup>36</sup> Dabei spielt es keine Rolle, ob die Ermittlungsmaßnahmen etwas zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder im Ergebnis überflüssig waren. Allerdings besteht für weitere Ermittlungen dann kein Anlass mehr, wenn der Sachverhalt bereits geklärt oder vom Gekündigten sogar zugestanden ist.<sup>37</sup>

Schon bei der Ermittlung der objektiven Tatsachenbasis läuft der Kündigungsberechtigte somit Gefahr, dass eine außerordentliche Kündigung aufgrund zu langer Sachverhaltsaufklärung verfristet ist § 626 II BGB und damit unwirksam sein kann. Hat der Gekündigte die gegen ihn erhobenen Vorwürfe sogar soweit zugestanden, dass der Kündigungsberechtigte eine ausreichende Grundlage für seine Kündigungsentscheidung hat, kann der Sachverhalt als geklärt gelten und weitere Ermittlungshandlungen können den Lauf der Ausschlussfrist des § 626 II BGB nicht mehr aufhalten.<sup>38</sup> Aber auch ohne ein Geständnis des Gekündigten können sich die objektiven Tatsachen dergestalt verdichten, dass der Sachverhalt als aufgeklärt gelten kann und weitere Ermittlungen zur Aufdeckung von Restzweifeln nicht mehr geboten erscheinen.<sup>39</sup> Wenn aber weitere Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung nicht mehr notwendig sind, endet auch die Hemmung der Ausschlussfrist des § 626 II BGB.<sup>40</sup>

Der Kündigungsberechtigte hat daher im Rahmen seiner Ermittlungen stets kritisch zu prüfen, ob die bislang gewonnenen Erkenntnisse nicht bereits eine so hinreichende (objektive) Tatsachenbasis geschaffen haben, dass ihm eine Gesamtwürdigung der für und gegen die Kündigung sprechenden Umstände möglich ist.<sup>41</sup> Gerade bei umfangreichen Compliance-Untersuchungen können (auch mündliche) Updates der Ermittler oder Zwischenberichte an kündigungsberechtigte Personen bereits dazu führen, dass die Ausschlussfrist des § 626 II BGB zu laufen beginnt.<sup>42</sup> Für laufende Ermittlungen (sei es durch externe Berater oder die eigene Konzern-Compliance-Abteilung) wird daher aus kündigungrechtlicher Sicht auch zu Recht empfohlen, auf die Fertigung von

Zwischenberichten oder mündliche Unterrichtung über den aktuellen Ermittlungsstand möglichst zu verzichten, und die Geschäftsleitung (bzw. die zur Kündigung berechtigten Personen) erst über das Endergebnis der Untersuchung zu unterrichten.<sup>43</sup>

## b) Subjektive Bewertung der vorhandenen Tatsachenbasis

Als wäre diese Abwägung in der Praxis nicht bereits schwierig genug, tritt für den Kündigungsberechtigten noch das weitere Problem seiner subjektiven Bewertung der ermittelten Tatsachenbasis hinzu. Zwar basiert die im Rahmen von § 626 II BGB relevante Kenntnis – wie gezeigt – auf einer objektiven Tatsachenbasis. Gleichwohl dient diese „nur“ dazu, eine subjektive Kündigungsentscheidung vorzubereiten. Für die Frage des Fristbeginns ist folglich nicht die Sichtweise und Bewertung eines verständigen Dritten entscheidend, sondern diejenige des konkret Kündigenden. Hält ein Kündigungsberechtigter einen bestimmten Kenntnisstand für ausreichend, um eine fristlose Kündigung wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung oder wegen begangener Straftat (bzw. Pflichtverletzung) auszusprechen, so muss er binnen zwei Wochen kündigen, nachdem er diesen Kenntnisstand erreicht hat.<sup>44</sup> Die Frist beginnt, wenn dem Kündigungsberechtigten die Kündigungsumstände, die ihm die nötige Interessenabwägung und die Entscheidung darüber ermöglichen, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht, bekannt sind.<sup>45</sup> Ist der Sachverhalt aus Sicht des Kündigungsberechtigten bereits geklärt, besteht kein Anlass mehr für weitere Ermittlungen.<sup>46</sup> Denn es widerspräche dem Zweck der Ausschlussfrist des § 626 II BGB, die Verwirkung des Kündigungsrechts zeitlich zu fixieren, wenn der Kündigungsberechtigte ihren Beginn selbst nach seinem eigenen Gutdünken durch weitere Ermittlungen hinausschieben könnte, die er nicht mehr benötigt, um sich ein hinreichend klares Urteil über die Zumutbarkeit einer Vertragsfortsetzung bilden zu können.<sup>47</sup>

Auch wenn die Feststellung subjektiver (innerer) Tatsachen naturgemäß schwierig ist, zeigen sich in der arbeitsrechtlichen Praxis nicht selten Konstellationen, in denen ein bereits gefällter Kündigungsentschluss bei noch andauernder Sachverhaltsermittlung offen nach außen zutage tritt. Gerade bei mehrmonatigen Compliance-Untersuchungen sehen sich Unternehmen zum Teil unter (zumindest so empfundenem) Zug- und Argumentationszwang, um auf Basis der bereits gewonnenen Erkenntnisse Fakten zu schaffen. So kommt es etwa vor, dass sich Kollegen oder auch Geschäftspartner über den Grund lang andauernder Freistellungen (ehemaliger) Leistungsträger im Unternehmen erkundigen. Umgekehrt muss auch das Unternehmen selbst aktiv werden, um etwa Interimslösungen für die betroffenen Arbeitsplätze zu schaffen oder (zB durch Einschaltung von Personalvermittlern) Nachfolger zu suchen. Bei der Beantwortung entsprechender Fragen und Planung entsprechender Interimslösungen ist größte Vorsicht geboten, um nicht (versehentlich) selbst die Ausschlussfrist des § 626 II BGB in Gang zu setzen. Kommuniziert der Kündigungsberechtigte (und sei es aus mangelnder Vorsicht) die Botschaft, dass die Kündigungsentscheidung bereits gefallen sei, so gibt er hiermit zugleich zu erkennen, dass die durchzuführende Abwägung der für und gegen eine außerordentliche Kündigung sprechenden Umstände offenbar bereits stattgefunden hat und zulasten des Arbeitnehmers (bzw. Organmitglieds) ausgefallen ist. Der Arbeitgeber macht damit deutlich, auf Basis des erreichten Kenntnisstands bereit zu sein, eine außerordentliche Kündigung auszusprechen. In

Huth/Siemschlüss: Der nach außen getretene Kündigungsentschluss als fristauslösendes Ereignis für § 626 II BGB (NZA-RR 2021, 635)

639

diesem Fall jedoch besteht für weitere Sachverhaltsermittlungen kein Anlass mehr. Vielmehr muss der Arbeitgeber gem. § 626 II BGB binnen zwei Wochen kündigen, nachdem er – dokumentiert durch seinen nach außen tretenden Kündigungsentschluss – den von ihm für ausreichend empfundenen Kenntnisstand erreicht hat. Erkennt der Arbeitgeber diesen Zeitpunkt nicht, kann er

eine „verspätet“ (mithin nach Ablauf der Zweiwochenfrist) ausgesprochene Kündigung nur noch auf neue Tatsachen stützen, die ihm erst nach Kommunikation seines Kündigungsentschlusses bekannt geworden sind. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der Ausschlussfrist liegt beim Kündigenden.<sup>48</sup> Je nach Einzelfall kann der Kündigende somit auch und gerade bei komplexen Compliance-Verstößen von der Geltendmachung möglicher Kündigungsgründe (weitestgehend) ausgeschlossen sein. Beispiele aus der Praxis sind etwa Gespräche mit wichtigen Kunden, Lieferanten oder auch Mitarbeiterversammlungen über bevorstehende Änderungen im Management sowie die Suche nach und Einstellung von Nachfolgern bereits freigestellter Mitarbeiter. Auch vertrauliche Einzelgespräche mit Mitarbeitern können eine Gefahrenquelle darstellen. Entscheidend ist jeweils, ob bereits ein abschließender Kündigungsentschluss kommuniziert wird (Frau/Herr Müller hat das Unternehmen verlassen/wird nicht zurückkehren/werden wir kündigen), oder unter Verweis auf laufende Ermittlungen lediglich ein vorübergehender Zustand mitgeteilt wird (Frau/Herr Müller ist vorübergehend freigestellt/Ihre/Seine Tätigkeiten werden vorübergehend von Frau/Herrn Maier wahrgenommen). Im erstgenannten Fall bringt sich der Arbeitgeber selbst in Beweisnot. Im letztgenannten Fall hingegen gibt er zu erkennen, dass die Ermittlungen noch andauern und eine abschließende Bewertung noch nicht stattgefunden hat. Nur wenn der Kündigungsentschluss noch nicht gefällt ist, kann der Arbeitgeber vernünftiger Weise weitere Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung für erforderlich halten und eine Hemmung der Ausschlussfrist für sich in Anspruch nehmen.

### **c) Kommunizierter Kündigungsentschluss auch relevant für Wirksamkeit einer Anhörung bei Verdachtskündigungen**

Dass die Kommunikation des Kündigungsentschlusses nach außen den Beginn der Ausschlussfrist auslöst, ist von den Arbeitsgerichten implizit auch im Zusammenhang mit fehlerhaften Anhörungen bei Verdachtskündigungen entschieden worden. Die Rechtsprechung verlangt vom Arbeitgeber, alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts zu unternehmen.<sup>49</sup> Zu diesen vor Ausspruch der Verdachtskündigung erforderlichen Aufklärungsmaßnahmen zählt insbesondere die Anhörung des verdächtigten Angestellten, um ihm Gelegenheit zu geben, die bestehenden Verdachtsmomente auszuräumen.<sup>50</sup> Diese Grundsätze zur Verdachtskündigung gelten auch bei einem GmbH-Geschäftsführer.<sup>51</sup> Allein um dieser Aufklärung willen wird dem Arbeitgeber die Anhörung abverlangt.<sup>52</sup> Vor Durchführung der Anhörung kann die Ausschlussfrist des § 626 II BGB deshalb grundsätzlich nicht zu laufen beginnen. Das Anhörungsgespräch muss jedoch vor dem nach außen getretenen Kündigungsentschluss erfolgen. Der Arbeitnehmer (bzw. das Organmitglied) muss die Möglichkeit erhalten, die Verdachtsgründe zu beseitigen oder zu entkräften und gegebenenfalls Entlastungsmaterial zu bezeichnen.<sup>53</sup> Wird die Anhörungspflicht schuldhaft verletzt, ist eine ausgesprochene Verdachtskündigung ohne Weiteres rechtsunwirksam, also unabhängig davon, wie dringend der Verdacht tatsächlich war oder als wie dringend er sich im Prozess letztlich herausstellt.<sup>54</sup> Das Aufklärungsgebot des Arbeitgebers besteht nicht abstrakt, als lediglich formelles Gebot, sondern konkret, als notwendiger Schritt auf dem Weg zur Bildung des konkreten Kündigungsentschlusses wegen eines sorgfältig überprüften Tatverdachts.<sup>55</sup>

So kann etwa ein Arbeitgeber, der die Anhörung eines Arbeitnehmers erst dann durchführt, wenn er die betriebliche Interessenvertretung bereits zum beabsichtigten Ausspruch einer Verdachtskündigung angehört hat und zur Kündigung bereits fest entschlossen ist, keine wirksame Verdachtskündigung mehr aussprechen. Denn mit der erfolgten Anhörung des Betriebsrats ist der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers bereits nach außen kommuniziert worden, ehe dem Kündigungsempfänger die Gelegenheit gegeben wurde, die Verdachtsgründe zu beseitigen oder zu entkräften.<sup>56</sup> Dann aber kann der Sinn und Zweck der Anhörung, den Sachverhalt aufzuklären und

dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, sich zu entlasten, nicht mehr erreicht werden. Die Anhörung ist unwirksam, da das Anhörungsergebnis inhaltlich nicht mehr in den Entscheidungsprozess einfließen kann.<sup>57</sup> Ist sie jedoch unwirksam, kann sie auch den Fristablauf des § 626 II BGB nicht hemmen. Die Frist beginnt vielmehr – wie vorstehend geschildert – zu demjenigen Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber sich seine (nach außen dokumentierte) abschließende Meinung zur Kündigung gebildet hatte. Denn genau der Vorbereitung dieser Entscheidungsfindung, die dann unabhängig von der Anhörung bereits abschließend stattgefunden hat, sollte die Anhörung dienen.

### III. Beweislast

Die dargelegten Grundsätze und Gefahren zum Beginn der Ausschlussfrist des § 626 II BGB wirken sich auch und insbesondere im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast aus.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Wahrung der Ausschlussfrist trifft den Kündigenden.<sup>58</sup> Er muss konkret darlegen, die für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen erst innerhalb der letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung zur Kenntnis erlangt zu haben.<sup>59</sup> Hierzu hat er den konkreten Tag zu benennen. Mit der pauschalen Behauptung etwa, die Kenntnis erst „Ende des Vormonats“ erlangt zu haben, genügt der Kündigungsrechte seiner Darlegungs- und Beweislast nicht.<sup>60</sup>

Huth/Siemsglüss: Der nach außen getretene Kündigungsentschluss als fristauslösendes Ereignis für § 626 II BGB (NZA-RR 2021, 635)

640

Beruft sich der Arbeitgeber auf eine Hemmung des Fristbeginns muss er substantiiert vortragen, weshalb noch weitere Ermittlungen erforderlich waren und welche Nachforschungen er tatsächlich unternommen hat.<sup>61</sup> Hat der Kündigungsrechte noch Ermittlungen durchgeführt, muss er hierzu weiter darlegen, welche Tatsachenbehauptungen unklar und daher ermittlungsbedürftig waren, und welche – sei es auch nur aus damaliger Sicht – weiteren Ermittlungen er zur Klärung der Zweifel angestellt hat.<sup>62</sup>

Der Kündigende braucht allerdings nicht bereits in der Klagerwiderung ausdrücklich und eingehend darzulegen, dass die Ausschlussfrist gewahrt ist.<sup>63</sup> Dies muss vielmehr erst und nur dann erfolgen, wenn entweder schon aufgrund des zeitlichen Abstands zwischen den behaupteten Kündigungsgründen und dem Ausspruch der Kündigung zweifelhaft erscheint, ob die Ausschlussfrist gewahrt ist, oder wenn der Gekündigte geltend macht, die Kündigung sei verfristet.<sup>64</sup>

Den Kündigungsrechtlerten bringen die strengen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf den Beginn der Ausschlussfrist somit in ein doppeltes Dilemma.

Mit Blick auf die objektive Tatsachenbasis für die Vorbereitung der Kündigungsentscheidung muss er stets in der Lage sein verständige Gründe dafür anzuführen, weshalb noch weitere Ermittlungen zur Sachverhaltsaufklärung erforderlich waren, und darlegen, dass er diese auch mit der nötigen Eile betrieben hat. Ihm könnte hierbei im Einzelfall entgegengehalten werden, dass der Sachverhalt bereits ausermittelt und kein verständiger Grund für weitere Ermittlungen gegeben war oder diese jedenfalls zu langsam betrieben wurden.

Soweit seine subjektive Bewertung der ermittelten Tatsachenbasis betroffen ist, muss der Kündigungsrechte stets darauf achten, dass ein bereits nach außen kommunizierter Kündigungsentschluss geeignet ist, den Beginn der Ausschlussfrist auszulösen. Gelingt es dem Kündigungsgegner im Prozess, den Zeitpunkt der Kommunikation der bereits gefällten Kündigungsentscheidung darzulegen und nachzuweisen, wird der Kündigungsrechte sich nicht mehr auf eine Hemmung der Ausschlussfrist berufen können. Kündigungsgründe, die ihm bereits bei Kommunikation seines Kündigungsentschlusses bekannt waren, kann er nach Ablauf von zwei

Wochen nicht mehr geltend machen. Wird die außerordentliche Kündigung erst „verspätet“ ausgesprochen, kann sich der Kündigungsberechtigte somit nur noch auf neue Kündigungsgründe berufen, die ihm im Zeitpunkt seines bereits nach außen kommunizierten Kündigungsentschlusses noch nicht bekannt waren. Dies kann gerade dann, wenn die weiteren Ermittlungen keine (wesentlichen) neuen Tatsachen für eine außerordentliche Kündigung zutage gefördert haben, zu erheblichen Beweisproblemen für den Kündigungsberechtigten führen. Aufgrund der eindeutigen Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast für die Wahrung der Ausschlussfrist des § 626 II BGB müsste er im Zweifelsfall stets nachweisen, die relevante Kenntnis der Kündigungsumstände nicht bereits bei Kommunikation seines Kündigungsentschlusses, sondern erst innerhalb der letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung erlangt zu haben.

#### IV. Fazit

Die rechtlichen Hürden für die außerordentliche Kündigung eines Dienstverhältnisses liegen hoch. Insbesondere bei komplexen Compliance Verstößen, deren Aufdeckung meist aufwendige Ermittlungen interner und externer Compliance- Verantwortlicher vorausgehen, stellen sich besondere Probleme im Zusammenhang mit dem Beginn der Ausschlussfrist des § 626 II BGB. Fehlt es an verständigen Gründen, um weitere Ermittlungen durchzuführen, weil der Sachverhalt als ausermittelt gelten kann, oder werden die Ermittlungen zu lange oder nicht mit der notwendigen Eile durchgeführt, endet die Hemmung der Ausschlussfrist.

Ein weiteres und häufig unterschätztes Praxisproblem stellt es dar, wenn der Kündigungsberechtigte bei fortdauernden Ermittlungen nach außen zu verstehen gibt, seine Kündigungsentscheidung unabhängig vom weiteren Fortgang der Ermittlungen bereits gefällt zu haben. In diesem Fall kann er nicht mehr für sich in Anspruch nehmen, dass weitere Ermittlungshandlungen erforderlich waren. Vielmehr gibt er durch seine kommunizierte Kündigungsentscheidung zu erkennen, bereits über eine ausreichende Tatsachengrundlage für seine Kündigungsentscheidung verfügt zu haben, was den Lauf der Ausschlussfrist in Gang setzt. Da den Kündigenden die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der Ausschlussfrist trifft, drohen ihm im Prozess erhebliche Beweisprobleme.

Für die Praxis verdeutlicht dies einmal mehr, dass außerordentliche Kündigungen sehr sorgfältig vorbereitet werden müssen. Neben der bekannten Empfehlung, das Team der „Eingeweihten“ möglichst klein zu halten und die Ermittlungen professionell begleiten zu lassen, zeigt sich, dass auch der die Ermittlungen begleitenden Kommunikation nach innen und außen größeres Augenmerk geschenkt werden sollte, um nicht an den Anforderungen für den Beginn und die Hemmung der Ausschlussfrist zu scheitern. Die Schwierigkeiten bei der Wahrung der Ausschlussfrist lassen sich im Zweifelsfall durch eine frühzeitige Kündigung und das Nachschieben später ermittelter Kündigungsgründe im Prozess begrenzen. Auch ist es dem Arbeitgeber möglich, nach bereits erfolgter Kündigung eine erneute außerordentliche Kündigung, gestützt auf eine veränderte bzw. erweiterte Tatsachengrundlage zu stützen, ohne dass dies eine unzulässige Wiederholungskündigung darstellen würde.<sup>65</sup>

Kündigungsgegnern wiederum ist zu empfehlen, ihr Netzwerk zu nutzen und sich nach gegebenenfalls bereits kommunizierten Kündigungsentscheidungen trotz vordergründig fortlaufender Sachverhaltsermittlungen zu erkundigen, um den Kündigenden so in Beweisnot zu bringen.

---

\* Der Autor *Huth* ist Partner und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, der Autor *Siemsglüss* ist Senior Associate bei *Schulz Noack Bärwinkel* Rechtsanwälte in Hamburg.



- 1 MüKoBGB/*Henssler*, 8. Aufl. 2020, § 626 Rn. 313.
- 2 MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 313.
- 3 *BAGE* 24, 401 = AP BGB § 626 Nr. 65 = NJW 1973, 533 Ls. = BeckRS 9998, 151382 mwN.
- 4 BeckOK ArbR/*Stoffels*, 58. Ed. 1.12.2020, BGB § 626 Rn. 173.
- 5 *BAG* v. 16.8.1990 – 2 AZR 113/90, NZA 1991, 141 (144) = NJW 1991, 518.
- 6 *BAG* v. 6.7.1972 – 2 AZR 386/71, *BAGE* 24, 341 = NJW 1973, 214 Ls. = BeckRS 9998, 151403; v. 29.7.1993 – 2 AZR 90-93, NZA 1994, 171 = NJW 1994, 1675; v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744.
- 7 MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 321 ff.; ErfK/*Niemann*, BGB § 626 Rn. 209-211; *Schaub*, ArbR-HdB, § 127 Außerordentliche Kündigung Rn. 22.
- 8 *BAG* v. 28.10.1971 – 2 AZR 32/71, *BAGE* 23, 475 = NJW 1972, 463; *LAG Berlin-Brandenburg* v. 11.5.2020 – 12 TaBV 1966/19, NZA-RR 2020, 524 (525).
- 9 *Schaub*, ArbR-HdB, § 127 Außerordentliche Kündigung Rn. 30.
- 10 MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 332.
- 11 *BGH* v. 15.6.1998 – II ZR 318/96, *BGHZ* 139, 89 = NZA 1998, 1005 = NJW 1998, 3274; v. 10.1.2000 – II ZR 251/98, NZA 2000, 376 = NJW 2000, 1864; v. 9.4.2013 – II ZR 273/11, NJW 2013, 2425 = NZG 2013, 615.
- 12 MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 166 Rn. 92.
- 13 *BGH* v. 15.6.1998 – II ZR 318/96, *BGHZ* 139, 89 = NZA 1998, 1005 = NJW 1998, 3274; v. 10.1.2000 – II ZR 251/98, NZA 2000, 376 = NJW 2000, 1864; v. 9.4.2013 – II ZR 273/11, NJW 2013, 2425 = NZG 2013, 615.
- 14 MüKoBGB/*Schubert*, § 166 Rn. 92.
- 15 Vgl. *BGHZ* 139, 89 = NZA 1998, 1005 = NJW 1998, 3274; MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 333 aE.
- 16 *KR-Fischmeier*, 11. Aufl., § 626 BGB Rn. 404.
- 17 *LAG Berlin-Brandenburg* v. 23.10.2014 – 21 Sa 800/14, NZA-RR 2015, 241 (Erst die Übergabe des Endberichts an den Vorstand löst Erklärungsfrist aus); *LAG Hamm* v. 15.7.2014 – 7 Sa 94/14, BeckRS 2014, 71879; hierzu auch ausf. *Dzida/Förster*, NZA-RR 2015, 561.
- 18 ErfK/*Niemann*, 21. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 206.
- 19 *BAG* v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161.
- 20 *BAG* v. 2.2.2006 – 2 AZR 57/05, NZA-RR 2006, 440 (441); v. 28.10.1971 – 2 AZR 32/71, *BAGE* 23, 475 = NJW 1972, 463 (464).
- 21 MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 328.
- 22 *BAG* v. 6.7.1972 – 2 AZR 386/71, *BAGE* 24, 341 = NJW 1973, 214 Ls. = BeckRS 9998, 151403.
- 23 *BAG* v. 6.7.1972 – 2 AZR 386/71, *BAGE* 24, 341 = NJW 1973, 214 Ls. = BeckRS 9998, 151403; v. 10.6.1988 – 2 AZR 25/88, NZA 1989, 105 = NJW 1989, 733 (734).
- 24 *BAG* v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 (746).
- 25 *BAG* v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744.
- 26 *BAG* v. 28.4.1994 – 2 AZR 730/93, NZA 1994, 934 (935) = NJW 1994, 3117.
- 27 MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 344 mwN.
- 28 *BAG* v. 28.11.2007 – 5 AZR-952/06, NZA-RR 344 (346).
- 29 MüKoBGB/*Henssler*, § 626 Rn. 344.
- 30 *BAG* v. 28.4.1994 – 2 AZR 730/93, NZA 1994, 934 (935) = NJW 1994, 3117; v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 = NJW 1994, 1675 (1677).
- 31 *BAG* v. 28.4.1994 – 2 AZR 730/93, NZA 1994, 934 (935) = NJW 1994, 3117.

32 BAG v. 27.1.1972 – 2 AZR 157/71, BAGE 24, 99 = NJW 1972, 1486; v. 10.6.1988 – 2 AZR 25/88, NZA 1989, 105 = NJW 1989, 733; v. 31.3.1993 – 2 AZR 492/92, BAGE 73, 42 = NZA 1994, 409 = NJW 1994, 1891.

33 Göpfert/Dräger, CCZ 2011, 25.

34 BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 (im entschiedenen Fall waren mehr als 12.000 Rechnungen und Sammelrechnungen mit mehreren Lieferscheinen zu prüfen).

35 Vgl. Dzida/Förster, NZA-RR 2015, 561 (564) und Dzida, NZA 2014, 809 (812), die Zeiträume von bis zu mehreren Jahren diskutieren.

36 BAG v. 15.11.1995 – 2 AZR – 974/94, NZA 1996, 419 = NJW 1996, 1556 (1558).

37 BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 (746).

38 BGH v. 24.11.1975 – II ZR 104/73, NJW 1976, 797.

39 LAG Hamm v. 15.7.2014 – 7 Sa 94/14, BeckRS 2014, 71879.

40 BAG v. 5.12.2002 – 2 AZR 478/01, NZA 2003, 1055 Os. = NJOZ 2003, 2491.

41 Vgl. für Compliance Untersuchungen Heinemeyer/Thomas, BB 2012, 1218 sowie Dzida/Förster, NZA-RR 2015, 561.

42 LAG Hamm v. 15.7.2014 – 7 Sa 94/14, BeckRS 2014, 71879.

43 Dzida/Förster, NZA-RR 2015, 561 (565).

44 BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 = NJW 1994, 1675 (1677); v. 28.4.1994 – 2 AZR 730/93, NZA 1994, 934 (935) = NJW 1994, 3117.

45 BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 = NJW 1994, 1675 (1676).

46 BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744.

47 BAG v. 24.11.1975 – 2 AZR – 104/73, NJW 1976, 797.

48 Vgl. hierzu noch die Ausführungen unter III.

49 BAG v. 13.9.1995 – 2 AZR 587/94, BAGE 81, 27 = NZA 1996, 81 (83) = NJW 1996, 540; v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809.

50 MüKoGmbHG/Jaeger/Steinbrück, 3. Aufl. 2019, § 35 Rn. 426.

51 BGH v. 15.11.2016 – II ZR 217/15, NJW-RR 2017, 490; Schaub, ArbR-Hdb, 18. Aufl. 2019, § 127 Rn. 136.

52 Schaub, ArbR-Hdb, § 127 Rn. 139; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809; LAG Köln v. 8.11.2012 – 6 Sa 578/12, NZA-RR 2013, 239.

53 Vgl. BAG v. 25.4.2018 – 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405 (1407 f.) Rn. 31; LAG Köln v. 30.11.1992 – 11 Sa 413/92, BeckRS 1993, 40337.

54 BAG v. 23.6.2019 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136 (1142).

55 LAG Köln v. 30.11.1992 – 11 Sa 413/92, BeckRS 1993, 40337; Eylert, NZA-RR 2014, 393 (400) aE.

56 LAG Köln v. 30.11.1992 – 11 Sa 413/92, BeckRS 1993, 40337.

57 LAG Köln v. 30.11.1992 – 11 Sa 413/92, BeckRS 1993, 40337; BAG v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, NZA-RR 2008, 344.

58 StRspr BAG v. 17.8.1972 – 2 AZR 359/71, BAGE 24, 383 (393 ff.) = AP BGB § 626 Nr. 4 = BeckRS 9998, 151405; v. 28.4.1994 – 2 AZR 730/93, NZA 1994, 934 (935) = NJW 1994, 3117.

59 MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl. 2020, § 626 Rn. 381 mwN.

60 KR-Fischmeier, 11. Aufl., § 626 BGB Rn. 403 mit Verweis auf die nv Entscheidung des BAG v. 30.5.1974 – 2 AZR 252/73.

61 BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 (746).

62 BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 333/06, NZA 2007, 744 (746).

63 KR-Fischmeier, § 626 BGB Rn. 404.

<sup>64</sup> BAG v. 28.3.1985 – 2 AZR 113/84, BAGE 48, 220 = NZA 1985, 559 = NJW 1985, 2606.

<sup>65</sup> BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BAGE 137, 54 = NZA 2011, 798 = NJW 2011, 2231 – Die Frist beginnt mit Kenntnis der verdachtsverstärkenden Tatsachen erneut zu laufen.