

Die Überprüfung der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung (Teil 2)

Steven Schiller, Dozent an der Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern, Fachbereich Allgemeine Innere Verwaltung

4.3.2 Interessenabwägung

Schließlich muss die außerordentliche fristlose Kündigung auch **verhältnismäßig** sein. Dies bedeutet, dass eine **Interessenabwägung** durchzuführen ist.

Auch bei diesem Prüfungspunkt kann auf Grundsätze zurückgegriffen werden, die bei der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung zu beachten sind. Auch an dieser Stelle sei auf die Ausführungen des Autors in seinem Aufsatz „Die Überprüfung der Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung (Teil 2)“ verwiesen.

Im Gegensatz zur Prüfung der Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung muss aber bei der Prüfung der Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung hier ein weiterer Aspekt geprüft werden, nämlich die Frage, ob es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen.

Bei der Interessenabwägung muss der Student bei der Prüfung der Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung auf zwei Aspekte eingehen

- a) **Überwiegen des Interesses des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses**
- b) **Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** (bzw. bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses)

Gerade der letztgenannte Aspekt (Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist) wird von Studenten in einer Klausur bei der Prüfung der Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung oft unterschlagen, obwohl sich aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 626 Abs. 1 BGB eindeutig ergibt, dass dieser Aspekt anzusprechen ist (vgl. „auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die **Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** oder bis zu der vereinbarten Beendigung des vereinbarten Dienstverhältnisses **nicht** zugemutet werden kann“).

Die außerordentliche fristlose Kündigung ist nur dann verhältnismäßig und damit wirksam, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses schwerer wiegt als das Interesse des Arbeitnehmers an einer Weiterbeschäftigung.

Zudem darf es dem Arbeitgeber nicht zumutbar sein, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen.¹

Im **kommunalen Bereich** (insbesondere wenn der Arbeitgeber eine Gemeinde ist) ergibt sich die **ordentliche Kündigungsfrist regelmäßig aus § 34 Abs. 1 TVöD** (sofern der TVöD auf das

¹ Auf die Frage der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses (und nicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist) wäre ausnahmsweise nur dann abzustellen, wenn der Arbeitgeber ein wirksam befristetes Arbeitsverhältnis vorzeitig außerordentlich fristlos kündigt und das reguläre Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses zeitlich vor dem Ende der Kündigungsfrist liegen würde.

Arbeitsverhältnis anwendbar ist aufgrund einer Einbeziehungsabrede im Arbeitsvertrag oder kraft beidseitiger Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer). **Im staatlichen Bereich** ergibt sich die **ordentliche Kündigungsfrist regelmäßig aus § 34 Abs. 1 TV-L** (sofern der TV-L auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist aufgrund einer Einbeziehungsabrede im Arbeitsvertrag oder kraft beidseitiger Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer).

Es sind alle maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, **die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung** (maßgeblicher Zeitpunkt im Kündigungsschutzrecht!) vorlagen.

Es ist das sog. „**ultima ratio**“-Prinzip zu beachten. Eine außerordentliche fristlose Kündigung ist nur dann verhältnismäßig, wenn sie das letzte Mittel (die „ultima ratio“) ist. Bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung bedeutet dies **insbesondere, dass auch eine ordentliche Kündigung** (bei der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ja zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiterbeschäftigen müsste) **als für den Arbeitnehmer milderes Mittel nicht in Betracht kommt**.

Auf dieses „ultima ratio“-Prinzip muss der Student in der Klausur zwingend eingehen.

Für das Verständnis ist Folgendes wichtig:

Die außerordentliche fristlose Kündigung wird nicht ausgesprochen, um vergangenes Fehlverhalten zu bestrafen. Vielmehr wird eine außerordentliche Kündigung deshalb ausgesprochen, weil aufgrund der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers künftig nicht mehr mit der ungestörten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist („**Prognoseprinzip**“).

Aus Arbeitgebersicht kann hier beispielsweise damit argumentiert werden, dass eine ungestörte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich ist,

- weil eine **Wiederholungsgefahr** besteht
- oder
- weil das **Vertrauensverhältnis** zerstört ist.

Wiederholungsgefahr:

Wenn der Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung begeht, obwohl er in der Vergangenheit bereits eine einschlägige Abmahnung² erhalten hat, dann hat er damit dokumentiert, dass er sich die Abmahnung nicht zur Warnung hat dienen lassen. Der Arbeitgeber könnte hier beispielsweise damit argumentieren, dass aufgrund dessen auch künftig mit vergleichbaren Pflichtverletzungen zu rechnen ist.

Auf diese Argumentationslinie kann der Arbeitgeber aber nur zurückgreifen, wenn der Arbeitnehmer in der Vergangenheit aufgrund einer gleichartigen Pflichtverletzung schon einmal wirksam abgemahnt wurde.

Zerstörung des Vertrauensverhältnisses:

Mit einer Zerstörung des Vertrauensverhältnisses kann der Arbeitgeber insbesondere bei besonders schweren Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers (beispielsweise bei einem Diebstahl zu seinen Lasten oder bei einer Tätlichkeit des Arbeitnehmers gegenüber einem Vorgesetzten) argumentieren.

Dieses Argumentationsmuster bietet sich für den Arbeitgeber insbesondere dann an, wenn eine wirksame einschlägige Abmahnung nicht vorliegt, diese aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung jedoch entbehrlich ist.

² Auf den Aspekt der Abmahnung wird unter Gliederungspunkt 4.3.3 ausführlich eingegangen.

Beurteilungsspielraum:

Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung hat der Student in der Klausurbearbeitung einen gewissen Beurteilungsspielraum.

Entscheidend ist vor allem, dass der Student bei der Klausurbearbeitung alle Umstände, die der Klausursachverhalt hergibt, und die für bzw. gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen bzw. die für und gegen die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sprechen, aufgreift, dass er sie gegeneinander abwägt, zu einem klaren Ergebnis gelangt und dieses sauber begründet.

Die Kündigung ist lediglich dann wirksam, wenn ein Tatbestand vorliegt, der bei gewissenhafter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen verständig urteilenden Arbeitgeber zur außerordentlichen fristlosen Kündigung veranlassen würde.³

Maßgeblich sind alle Umstände des Einzelfalls, wie sie zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorlagen. Die Abwägung darf sich nur auf arbeitsvertragliche und sachverhaltsbezogene Umstände beziehen.⁴

Aspekte die für eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen, können beispielsweise sein:

- Schwere der Pflichtverletzung
- kurze Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers
- einschlägige Abmahnung
- Arbeitsverhältnis ist vorbelastet
- Begehung mehrerer, gegebenenfalls gleichartiger Pflichtverletzungen
- fatale Signalwirkung gegenüber der restlichen Belegschaft, sofern das Arbeitsverhältnis nicht beendet wird (Pflichtverletzung des Arbeitnehmers könnte Nachahmer finden)
- Zerstörung des Vertrauensverhältnisses
- Arbeitnehmer zeigt keine Einsicht bzw. Reue

Aspekte, die gegen eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen, können beispielsweise sein:

- lange Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers
- Arbeitsverhältnis ist nicht vorbelastet
- Begehung einer einzigen Pflichtverletzung
- Arbeitnehmer zeigt Einsicht bzw. Reue
- Arbeitnehmer hat sich entschuldigt
- Arbeitnehmer versucht, den entstanden Schaden wiedergutzumachen

³ Vgl. BAG, 22.01.1982 NJW 1983, 700.

⁴ Vgl. ErfK/Oetker, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 1 KSchG Rn. 202.

Das Lebensalter des Arbeitnehmers ist nur von Bedeutung, wenn es bei der Vertragseingehung, also in den vorvertraglichen Beziehungen für den Vertragsabschluss relevant war, oder es sich zwangsläufig über die Dauer der Betriebszugehörigkeit auswirkt.⁵

Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers als solche dürfen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.⁶ Eine Ausnahme nimmt das Bundesarbeitsgericht an, wenn die Wahrnehmung von Unterhaltspflichten die Störung mitverursacht hat, beispielsweise wenn der Arbeitnehmer wiederholt zu spät zur Arbeit kam, weil nachts ein krankes Kind zu versorgen war.⁷

Beispiel 13:

Der Beschäftigte Müller ist bei der Stadt Adorf seit acht Monaten beschäftigt. Am 6.03.2020 hat er seinen Vorgesetzten Herbst auf der Arbeit tätlich angegriffen. Es liegt eine wirksame einschlägige Abmahnung aufgrund eines vergleichbaren Vorfalls vor, der sich vor drei Wochen ereignet hat. Als er von dem ersten Bürgermeister Schreiner am 9.03.2020 auf diesen Vorfall vom 6.03.2020 angesprochen wird, zeigt Herr Müller keinerlei Einsicht bzw. Reue. Er erklärt, dass er seinen Vorgesetzten Herbst nicht ausstehen könne und dass dieser ihm besser künftig aus dem Weg gehen solle, wenn er künftig „eine weitere Abreibung“ vermeiden wolle. Herr Müller ist in seinem Arbeitsverhältnis in der Vergangenheit schon oft negativ aufgefallen.

Daraufhin spricht der Arbeitgeber Herrn Müller nach ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats am 16.03.2020 eine außerordentliche fristlose Kündigung aus. Das Kündigungsschreiben geht Herrn Müller noch am selben Tag zu.

Herr Müller erhebt rechtzeitig beim Arbeitsgericht innerhalb der Frist des § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.V.m. § 4 Satz 1 KSchG eine Kündigungsschutzklage.

Ist die Kündigung wirksam?

Herr Müller hat rechtzeitig innerhalb der Frist des § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.V.m. § 4 Satz 1 KSchG Kündigungsschutzklage erhoben, so dass nicht die Fiktion der Rechtswirksamkeit der Kündigung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.V.m. § 7 Halbsatz 1 KSchG eintritt.

Aufgrund der Beleidigung des Vorgesetzten am 6.03.2020 hat Herr Müller eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung begangen. Er hat gegen die sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebende Nebenpflicht verstoßen.

Die Kündigung ist auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls verhältnismäßig.

Das Interesse des Arbeitgebers an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegt hier das Interesse des Herrn Müller an einer Weiterbeschäftigung.

Auch ist es dem Arbeitgeber hier nicht zumutbar, Herrn Müller bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen.

Für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses spricht die Tatsache, dass es sich hier um eine besonders schwere Pflichtverletzung handelt. Eine ungestörte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist nicht zu erwarten („Prognoseprinzip“). Es besteht eine konkrete Wiederholungsgefahr. Herr Müller hat in der Vergangenheit eine einschlägige Abmahnung aufgrund eines ähnlichen Vorfalls erhalten, die er sich nicht zur Warnung hat dienen lassen. Auch die Äußerungen des Herrn Müller gegenüber dem ersten Bürgermeister in dem Gespräch am 9.03.2020 belegen, dass auch künftig mit gleichartigen Pflichtverletzungen zu rechnen ist. Schließlich erklärt er gegenüber dem ersten Bürgermeister, dass sein Vorgesetzter Herbst ihm künftig besser aus dem Weg gehen solle, wenn er künftig „eine weitere Abreibung“ vermeiden wolle. Eine ungestörte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung auch deshalb nicht zu erwarten, da das Vertrauensverhältnis zerstört ist. Negativ ist auch zu berücksichtigen, dass Herr Müller noch nicht lange beim Arbeitgeber beschäftigt. Zudem zeigt er keinerlei Reue und Einsicht. Demgegenüber fällt nicht entscheidend ins

⁵ Vgl. ErfK/Oetker, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 1 KSchG Rn. 203.

⁶ Vgl. BAG 13.12.1984 NZA 1985, 288.

⁷ Vgl. BAG 27.02.1997, NZA 1997, 761, 762.

Gewicht, dass er am 6.03.2020 lediglich eine einzige Pflichtverletzung begangen hat. Die Kündigung ist hier die „ultima ratio“. Selbst eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist kommt vorliegend nicht in Betracht.

Es liegt eine wirksame einschlägige Abmahnung gem. § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB vor. Aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung wäre diese hier sogar entbehrlich gewesen gem. der § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB.

Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB wurde vorliegend eingehalten.⁸

Die außerordentliche fristlose Kündigung ist wirksam.

4.3.3 Vorliegen einer einschlägigen Abmahnung oder Entbehrlichkeit einer einschlägigen Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB bzw. nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB

Eine Pflichtverletzung kann regelmäßig nur dann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber aufgrund einer gleichartigen oder gleichgelagerten Pflichtverletzung zuvor mindestens einmal wirksam **abgemahnt** worden ist.

An dieser Stelle sei auf den Aufsatz „Die Bedeutung einer Abmahnung im Arbeitsrecht“ verwiesen, den der Autor des vorliegenden Beitrags im Januar 2019 im Alumni-Netzwerk unserer Hochschule veröffentlicht hat und der auch im ILIAS-System im Ordner der Fachgruppe Arbeitsrecht eingestellt ist. Das Thema „Abmahnung“ zählt zum arbeitsrechtlichen Basiswissen. Dieser Aufsatz entstand unter äußerst wertvoller Unterstützung der Kollegen Dr. Bodo Klein und Reiner Bößmann.

An dieser Stelle seien die wichtigsten Ausführungen des damaligen Aufsatzes zusammengefasst.

4.3.3.1 Grundsätzliche Überlegungen zur Abmahnung

In einer Abmahnung bringt der Arbeitgeber seine Missbilligung für ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers zum Ausdruck; zugleich droht er Rechtsfolgen für die Zukunft an, sofern das missbilligte Verhalten nicht geändert wird.⁹

Der Arbeitnehmer erhält die Möglichkeit, sein Fehlverhalten künftig abzustellen und durch ein künftiges vertragsgemäßes Verhalten den Bestand seines Arbeitsverhältnisses zu erhalten.

Bei einer Abmahnung handelt es sich um eine empfangsbedürftige geschäftsähnliche Handlung, also kein Rechtsgeschäft und keine Willenserklärung. Die Regelungen über Willenserklärungen können entsprechend herangezogen werden.¹⁰

Die Erforderlichkeit einer Abmahnung ergibt sich aus dem Grundsatz, dass eine Kündigung immer das letzte Mittel (die sog. „ultima ratio“) ist. Sofern der Arbeitnehmer erstmalig eine bestimmte Pflichtverletzung begeht (er beleidigt beispielsweise seinen Vorgesetzten), ist die verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig nicht die „ultima ratio“. Als milderer Mittel muss der Arbeitgeber grundsätzlich zunächst eine wirksame Abmahnung aussprechen. Dies gilt nicht nur für die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung, sondern auch für die außerordentliche Kündigung. Bei einer außerordentlichen Kündigung (dies werden die nachfolgenden Ausführungen zeigen) ist allerdings in vielen Fällen eine wirksame einschlägige Abmahnung entbehrlich.

Das grundsätzliche Abmahnungserfordernis vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung leitet sich neben dem „ultima ratio“-Prinzip aus **§ 314 Abs. 2 Satz 1 BGB** ab.

⁸ Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB wird unter Gliederungspunkt 4.3.4 erörtert.

⁹ Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2018, § 5, Rn. 211.

¹⁰ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 492.

4.3.3.2 Anforderungen an eine wirksame Abmahnung

Eine Abmahnung bildet also gewissermaßen die grundsätzlich notwendige Vorstufe für eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung. Dazu muss die Abmahnung aber wirksam sein. Auf eine unwirksame Abmahnung kann der Arbeitgeber keine verhaltensbedingte Kündigung aufbauen.

Eine Abmahnung setzt einen objektiv gegebenen Pflichtverstoß, nicht aber vorwerfbares Verhalten des Empfängers voraus.

Die Abmahnung kann nach der Rechtsprechung von jedem Vorgesetzten ausgesprochen werden, der befugt ist, hinsichtlich der Arbeitsleistung verbindlich Weisungen zu erteilen.¹¹

Die Abmahnung verschlechtert die Rechtsstellung des Arbeitnehmers. Bei einer weiteren gleichartigen Pflichtverletzung riskiert er die Kündigung. Daher kann der Arbeitgeber die Abmahnung nicht beliebig lange hinauszögern. Es finden die Regeln über die Verwirkung Anwendung. Die Verwirkung kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer sich längere Zeit bewährt oder der Arbeitgeber ihn in Kenntnis der Pflichtverletzung gar befördert hat.¹² Im Regelfall ist nach Ablauf eines Jahres nach dem Pflichtverstoß keine Abmahnung mehr möglich.¹³

Damit eine Abmahnung wirksam ist, muss sie drei Funktionen erfüllen:

- die Beanstandungsfunktion
- die Hinweiskfunktion
- die Warnfunktion

a) Beanstandungsfunktion

Die Beanstandungsfunktion ist nur erfüllt, wenn der Arbeitgeber das Fehlverhalten des Arbeitnehmers, auf dem die Abmahnung basiert, konkret benennt und beanstandet.¹⁴

Beispiel 14:

Der Arbeitnehmer Anton Müller erhält ein Abmahnungsschreiben mit folgendem Inhalt:

„Sehr geehrter Herr Müller,

Sie haben sich in letzter Zeit des Öfteren ihrem Vorgesetzten Anton Huber gegenüber ungebührlich verhalten.

Dieses Fehlverhalten wird beanstandet. Wir fordern Sie auf, sich künftig vertragsgemäß zu verhalten. Im Wiederholungsfall müssen Sie mit einer Kündigung rechnen.

Mit freundlichen Grüßen

Fritz Zimmer

Personalamtsleiter“

Diese Abmahnung ist unwirksam. Die Beanstandungsfunktion ist nicht erfüllt, da das Fehlverhalten des Herrn Müller nicht konkret genug beschrieben wird. Es hätte hier detailliert aufgeführt werden müssen, welches ungebührliche Verhalten konkret Herrn Müller zur Last gelegt wird und wann genau er diese arbeitsrechtlichen Pflichtverletzungen begangen hat.

¹¹ BAG 18.01.1980 AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 3.

¹² Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 493.

¹³ Däubler, Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 9. Aufl. 2011, Rn. 528 mit Verweis auf LAG Köln, DB 1988, 1170.

¹⁴ Vgl. Rolfs, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 46.

b)Hinweisfunktion

Die Hinweisfunktion ist nur erfüllt, wenn der Arbeitgeber in der Abmahnung deutlich macht, dass er das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nicht duldet.¹⁵ An dieser Stelle tauchen in der Klausur regelmäßig keine Probleme auf.

c)Warnfunktion

Eine Abmahnung ist nur wirksam, wenn der Arbeitgeber in der Abmahnung individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung androht.

Hierzu gehört der unmissverständliche Hinweis, im Wiederholungsfall sei der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet. **Die ausdrückliche Erwähnung einer möglichen Kündigung oder gar einer fristlosen Kündigung ist zwar nicht erforderlich. Allerdings muss der Arbeitnehmer erkennen können, dass sich der Arbeitgeber im Falle einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung eine Kündigung vorbehält.**¹⁶

Dies zugrunde gelegt, ist eine Abmahnung unwirksam, wenn der Arbeitgeber in der Abmahnung für den Wiederholungsfall lediglich allgemein arbeitsrechtliche Maßnahmen oder arbeitsrechtliche Konsequenzen androht und der Arbeitnehmer nicht erkennen kann, dass ihm im Falle einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung auch eine arbeitgeberseitige Kündigung droht.

Beispiel 15:

Die Arbeitnehmerin Sabine Schmidt erhält von ihrem Arbeitgeber ein Abmahnungsschreiben mit folgendem Inhalt:

„Sehr geehrte Frau Schmidt,

Sie haben am 7.05.2020 Ihrem Kollegen Alfons Meister während der Arbeit gegen 9.00 Uhr ins Gesicht gespuckt. Dies haben Sie auch zugegeben, als Sie von dem Unterzeichner am darauffolgenden Tag mit dem Vorfall konfrontiert wurden.

Hierdurch haben Sie den Betriebsfrieden erheblich gestört. Dieses Fehlverhalten war durch keinen Umstand gerechtfertigt und wird von uns nicht geduldet.

Im Falle einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung behalten wir uns arbeitsrechtliche Konsequenzen gegen Sie vor.

Mi freundlichen Grüßen

Fritz Zimmer

Personalamtsleiter“

Diese Abmahnung ist unwirksam. Sie erfüllt die Warnfunktion nicht. Es werden nur allgemein arbeitsrechtliche Konsequenzen angedroht. Frau Schmidt kann hier nicht erkennen, dass sich der Arbeitgeber im Wiederholungsfall insbesondere auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. eine Kündigung vorbehält. Dieses Schreiben ist als bloße Ermahnung zu qualifizieren, die aber nicht als Vorstufe für eine außerordentliche Kündigung taugt.

4.3.3.3 Kein Schriftformerfordernis

Eine Abmahnung muss nicht zwingend schriftlich ausgesprochen werden. Sie kann auch **mündlich erfolgen**.¹⁷ Ein entsprechendes Schriftformerfordernis wie bei der Kündigung (vgl. § 623 Halbsatz 1

¹⁵ Vgl. ErfK/Niemann, 20. Aufl. 2020, § 626 BGB Rn. 29a.

¹⁶ Vgl. ebd.

¹⁷ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Auf. 2016, Rn. 492.

Alt. 1 BGB) gibt es bei der Abmahnung nicht. Daher ist auch eine mündlich ausgesprochene Abmahnung wirksam, sofern die unter Gliederungspunkt 4.3.3.2 beschriebenen Funktionen erfüllt sind. Aus Gründen der Nachweisbarkeit ist es aus Arbeitgebersicht allerdings regelmäßig empfehlenswert, die Abmahnung schriftlich auszusprechen.

4.3.3.4 Gleichartige Pflichtverletzung

Stützt der Arbeitgeber die verhaltensbedingte Kündigung auf ein bestimmtes Fehlverhalten bzw. einen bestimmten Sachverhalt, dann kann er nur dann auf eine in der Vergangenheit ausgesprochene Abmahnung verweisen, wenn in dieser Abmahnung eine gleichartige Pflichtverletzung beanstandet wurde. Erforderlich ist keine Identität, sondern eine materielle Vergleichbarkeit im Sinne einer Gleichartigkeit der Pflichtverletzungen. Es reicht aus, dass die jeweiligen Pflichtverletzungen aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen.¹⁸ Nur dann handelt es sich um eine einschlägige Abmahnung.

Beispiel 16:

Der Arbeitnehmer Anton Müller kommt am 7.05.2020 ohne Entschuldigungsgrund eine halbe Stunde zu spät zur Arbeit und erhält für diese Pflichtverletzung noch am selben Tag eine wirksame Abmahnung. Am 10.07.2020 zeigt er seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit entgegen § 5 Abs. 1 Satz 2 EntgFG dem Arbeitgeber nicht unverzüglich an.

Der Arbeitgeber spricht Herrn Müller aufgrund der nicht unverzüglichen Anzeige seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit am 10.07.2020 eine außerordentliche Kündigung aus und verweist darauf, dass Herr Müller am 07.05.2020 schon einmal eine Abmahnung erhalten hat.

Herr Müller erhebt fristgerecht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.V.m. § 4 Satz 1 KSchG) gegen diese Kündigung Klage beim Arbeitsgericht.

Diese Klage hat Aussicht auf Erfolg. Die außerordentliche Kündigung wird voraussichtlich an der fehlenden einschlägigen Abmahnung scheitern. Die Abmahnung vom 07.05.2020 hatte eine Pflichtverletzung (verspätete Arbeitsaufnahme) zum Gegenstand, die verglichen mit der Pflichtverletzung, die Auslöser für die Kündigung war (nicht unverzügliche Anzeige der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit), nicht gleichartig ist.

Beispiel 17:

Der Arbeitnehmer Anton Müller beleidigt am 7.05.2020 seinen Kollegen Paul Schmidt in grober Weise und erhält dafür noch am selben Tag eine wirksame Abmahnung. Am 10.07.2020 beleidigt Herr Müller seinen direkten Vorgesetzten Franz Meier in grober Weise.

Der Arbeitgeber spricht Herrn Müller aufgrund der Beleidigung des direkten Vorgesetzten Franz Meier eine außerordentliche Kündigung aus und verweist darauf, dass Herr Müller am 7.05.2020 schon einmal eine einschlägige Abmahnung erhalten hat.

Herr Müller erhebt fristgerecht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.V.m. § 4 Satz 1 KSchG) gegen diese Kündigung beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage. Er macht geltend, dass die Abmahnung vom 7.05.2020 nicht verwertbar sei, da er damals keinen direkten Vorgesetzten, sondern einen Kollegen beleidigt hat.

Dieser Vortrag des Herrn Müller ist unbeachtlich. Zwar sind die Pflichtverletzungen, die Gegenstand der Abmahnung (grobe Beleidigung des Kollegen Paul Schmidt) bzw. der Kündigung (grobe Beleidigung des direkten Vorgesetzten Franz Meier) sind, nicht identisch bzw. gleich, wohl aber gleichartig.

In beiden Fällen wurde durch die Beleidigung der Betriebsfrieden gestört.

¹⁸ Vgl. ErfK/Niemann, 20. Aufl. 2020, § 626 BGB Rn. 29.

Es liegt eine einschlägige Abmahnung vor.

4.3.3.5 „Verbrauch“ der beanstandeten Pflichtverletzung als Kündigungssachverhalt

Eine Pflichtverletzung, die Gegenstand einer Abmahnung ist, kann nicht mehr als Kündigungsgrund für eine verhaltensbedingte Kündigung dienen. Diese Pflichtverletzung ist als Kündigungssachverhalt bereits „verbraucht.“ Denn mit dem Ausspruch der Abmahnung gibt der Arbeitgeber konkludent zu erkennen, dass er auf eine Kündigung wegen der mit der Abmahnung gerügten Pflichtverletzung verzichtet.¹⁹

Beispiel 18:

Der Arbeitnehmer Anton Müller macht am 7.01.2020 gegenüber seiner Kollegin Claudia Burger eine sexuell äußerst anzügliche Bemerkung. Sein Arbeitgeber spricht ihm daraufhin am nächsten Tag eine Abmahnung aus.

Eine Woche später überlegt es sich der Arbeitgeber anders. Er kommt zu der Auffassung, dass die Abmahnung nicht das angemessene Mittel ist, insbesondere da Herr Müller in der Vergangenheit schon einmal eine einschlägige Abmahnung erhalten hat.

Der Arbeitgeber spricht Herrn Müller daher aufgrund des Vorfalles vom 7.01.2020 eine außerordentliche fristlose Kündigung aus.

Diese Kündigung ist unwirksam. Der Vorfall vom 7.01.2020 ist als Kündigungssachverhalt verbraucht, da er bereits Gegenstand der Abmahnung vom 8.01.2020 ist.

Beispiel 19:

Die Arbeitnehmerin Franziska Meister kommt am 7.05.2020 ohne Entschuldigungsgrund eine Stunde zu spät zur Arbeit und erhält von ihrem Arbeitgeber daraufhin noch am selben Tag eine Abmahnung.

Am 22.05.2020 kommt Frau Meister ohne Entschuldigungsgrund sogar zwei Stunden zu spät zur Arbeit.

Der Arbeitgeber möchte nun eine außerordentliche fristlose Kündigung aussprechen.

Er bittet den Personalamtsleiter Fritz Zimmer, rechtsgutachtlich die Wirksamkeit dieser außerordentlichen fristlosen Kündigung zu prüfen.

Herr Zimmer erörtert in dem Rechtsgutachten zunächst, dass ein an sich wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung vorliegt.

Bei der Darstellung des Kündigungsgrundes bzw. des Kündigungssachverhalts stellt er auf zwei Vorgänge ab:

- auf die verspätete Arbeitsaufnahme am 7.05.2020
- auf die verspätete Arbeitsaufnahme am 22.05.2020

Er führt in dem Rechtsgutachten an, dass das Interesse des Arbeitgebers an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses im konkreten Fall schwerer wiegt als das Interesse der Frau Meister an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und dass es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, Frau Meister bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Er verweist in dem Rechtsgutachten dann noch darauf, dass eine einschlägige Abmahnung vorliegt und dass die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist gem. § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB zu beachten ist.

Das Rechtsgutachten des Herrn Zimmer ist nicht zutreffend.

Die verspätete Arbeitsaufnahme am 7.05.2020 darf bei der Darstellung bzw. Prüfung des Kündigungssachverhalts bzw. des Kündigungsgrundes nicht erwähnt werden. Sie ist als Kündigungssachverhalt verbraucht, da sie bereits Gegenstand der am 7.05.2020 ausgesprochenen Abmahnung ist.

¹⁹ ErfK/Niemann, 20. Aufl. 2020, § 626 BGB Rn. 33.

Allein die verspätete Arbeitsaufnahme am 22.05.2020 taugt als Kündigungsgrund bzw. als Kündigungssachverhalt.

Die verspätete Arbeitsaufnahme am 7.05.2020 ist für die Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung nur insoweit relevant, als sie Gegenstand der Abmahnung vom 7.05.2020 ist.

Das Rechtsgutachten des Herrn Zimmer weist einen groben systematischen Fehler auf, den auch Studenten bei der Klausurbearbeitung oft begehen.

4.3.3.6 Verlust der Wirkung der Abmahnung durch Zeitablauf

Es ist umstritten, ob eine Abmahnung durch Zeitablauf unwirksam wird. Das Bundesarbeitsgericht geht nur in Ausnahmefällen davon aus, dass eine Abmahnung durch Zeitablauf unwirksam wird.²⁰ Es lehnt zudem eine starre Frist ab, nach deren Verstreichen die Abmahnung ihre Wirkung verliert und stellt allein auf die Umstände des Einzelfalls ab.²¹ So kommt insbesondere der Schwere der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers eine maßgebliche Bedeutung zu. So wird die Ansicht vertreten, dass bei geringfügigen Pflichtverletzungen eine Löschung der Abmahnung nach etwa zwei Jahren in Betracht kommt.²²

4.3.3.7 Ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Abmahnung

Sofern in einer Klausur keine (wirksame) Abmahnung vorliegt, bedeutet dies nicht automatisch, dass die außerordentliche Kündigung unwirksam ist.

Es ist dann zu prüfen, ob die Abmahnung nicht entbehrlich ist.

Vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ist in vielen Fällen eine vorherige einschlägige Abmahnung nicht erforderlich. Dies betrifft im Wesentlichen Konstellationen, in denen **§ 314 Abs. 2 Satz 2 BGB** oder **§ 314 Abs. 2 Satz 3 BGB** einschlägig ist.

a) Besonders schwere Pflichtverletzung

Entbehrlich ist eine Abmahnung bei besonders schweren Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers, bei denen dem Arbeitnehmer bewusst sein musste, dass sie zur Kündigung führen können (zum Beispiel Diebstähle im Betrieb, tätliche Angriffe auf den Arbeitgeber).²³ Gleiches gilt, wenn durch das Fehlverhalten des Arbeitnehmers das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien so erschüttert worden ist, dass es durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden kann.²⁴

Rechtlich lässt sich dies aus **§ 314 Abs. 2 Satz 3 BGB** ableiten, weil dann „besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen“.

Beispiel 20:

Der bei der Stadt Adorf als Kämmerer beschäftigte Alexander Bach unterschlägt zum Nachteil der Stadt Adorf einen Betrag in Höhe von 15.000 Euro.

Daraufhin kündigt der Arbeitgeber Herrn Bach außerordentlich fristlos.

Eine einschlägige Abmahnung existiert nicht.

²⁰ Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016, Rn. 496 mit Verweis auf BAG, NZA 2013, 201 ff.

²¹ Rolfs, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 47 mit Verweis auf BAG, NZA 2013, 91, 92 f.

²² Vgl. Däubler, Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, 9. Aufl. 2011, Rn. 530.

²³ Rolfs, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 48 mit Verweis auf BAG, NZA 2011, 571, 573; BAG, NZA 2013, 27, 29.

²⁴ Rolfs, Studienkommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 48 mit Verweis auf BAG, NZA 2006, 980, 984,

Zwar ist grundsätzlich auch vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung eine einschlägige Abmahnung erforderlich nach § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Allerdings hat Herr Bach hier eine besonders schwere Pflichtverletzung begangen, mithin ein Vermögensdelikt zu Lasten seines Arbeitgebers, das einen erheblichen Schaden herbeigeführt hat.

Es liegen daher „besondere Umstände vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen“.

Eine Abmahnung war hier nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB entbehrlich.

Hinweis:

Wenn die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers so schwer wiegt, dass sich daraus ein „wichtiger Grund“ für eine außerordentliche fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB ergibt (zum Beispiel bei einer Straftat zu Lasten des Arbeitgebers wie einer Unterschlagung), dann wird in vielen Fällen eine vorherige einschlägige Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB entbehrlich sein, da dann regelmäßig „besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen“.

Daher hat bei der Überprüfung der Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung die Vorschrift des § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB, die eine vorherige einschlägige Abmahnung entbehrlich macht, in Klausuren eine hohe Relevanz.

In vielen Fällen ist vor Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung eine vorherige einschlägige Abmahnung entbehrlich nach § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB.

b) Keine Verhaltensänderung zu erwarten

Eine Abmahnung ist auch dann entbehrlich, wenn sie keinen Erfolg verspricht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer nicht in der Lage oder gar nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten.²⁵ Auch dies stellt eine wichtige Fallkonstellation dar.

Grund hierfür ist die Tatsache, dass in diesem Fall eine Abmahnung ihren Zweck (dem Arbeitnehmer wird Gelegenheit gegeben, sich künftig vertragsgemäß zu verhalten; es soll mit der Abmahnung eine Verhaltensänderung bewirkt werden) nicht erreichen kann.

Sofern der Arbeitnehmer nicht gewillt ist, sein Verhalten zu ändern, lässt sich die Entbehrlichkeit der Abmahnung aus § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB herleiten. Hiernach ist eine Abmahnung nicht erforderlich, wenn der Arbeitnehmer als Schuldner der Arbeitsleistung die (vertragsgemäße) Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.

Beispiel 21:

Der Arbeitnehmer Anton Müller hat seinen Kollegen Paul Schmidt grob beleidigt.

Der Arbeitgeber möchte aufgrund dieses Vorfalles arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen Anton Müller ergreifen. Zunächst gibt er Herrn Müller Gelegenheit, seine Sicht der Dinge darzulegen.

Herr Müller äußert Folgendes:

„Ich werde dem Kollegen Schmidt auch künftig in aller Deutlichkeit sagen, was ich von ihm halte, auch wenn er sich dabei auf den Schlipps getreten fühlt. Sie können mich ruhig abmahnen. Das macht mir überhaupt nichts aus. Es ist schließlich für mich eine Zumutung, mit solch einem inkompetenten Menschen zusammenarbeiten zu müssen.“

²⁵ Vgl. BAG, NZA 1985, 96; BAG NZA 2015, 294.

Daraufhin spricht der Arbeitgeber Herr Müller eine außerordentliche fristlose Kündigung aus.

Die Wirksamkeit dieser Kündigung scheidet jedenfalls nicht an der fehlenden vorherigen einschlägigen Abmahnung.

Zwar ist grundsätzlich auch vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung eine vorherige einschlägige Abmahnung gemäß § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB erforderlich.

Allerdings hat hier Herr Müller klar und unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass er auch künftig seinen Kollegen Paul Schmidt beleidigen wird. Eine Verhaltensänderung des Herrn Müller ist hier auch nach einer etwaigen Abmahnung gerade nicht zu erwarten.

Eine Abmahnung verspricht hier keinen Erfolg.

Die Abmahnung ist entbehrlich nach § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

4.3.4 Einhalten der Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB

Schließlich ist eine außerordentliche Kündigung materiell-rechtlich nur wirksam, wenn der Arbeitgeber nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB die außerordentliche Kündigung innerhalb von zwei Wochen ausspricht.

Diese Zwei-Wochenfrist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. „Kündigungsberechtigter“ ist hier der Arbeitgeber.

Wenn in einer Gemeinde eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird bzw. werden soll, kommt es auf die Kenntnis des nach Art. 43 GO für die Kündigungsentscheidung zuständigen Organs an.

Dies ist in einer Gemeinde bei einem Arbeitnehmer bis einschließlich Entgeltgruppe 8 grundsätzlich der erste Bürgermeister gemäß Art. 43 Abs. 2 Satz 1 GO i.V.m. Art. 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO, bei einem Arbeitnehmer ab Entgeltgruppe 9 ist dies grundsätzlich der Gemeinderat nach Art. 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO.

Insoweit sei auf die Ausführungen unter Gliederungspunkt 3.4 und die dort auch angesprochenen Sonderkonstellationen zur „**Vertretungsmacht**“ verwiesen.

Bei einer außerordentlichen Kündigung bedeutet „Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen“ im Sinne des § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB insbesondere: Kenntnis von der arbeitsrechtlichen Pflichtverletzung, die Ursache für die Kündigung ist.

Es handelt sich hier um eine **Ereignisfrist**. Ereignis ist die Kenntnis des Arbeitgebers (in einer Gemeinde: die Kenntnis des nach Art. 43 GO für die Kündigungsentscheidung zuständigen Organs) von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen, also die Kenntnis des Arbeitgebers von dem Kündigungssachverhalt.

Die Frist beginnt am Folgetag zu laufen gem. **§ 187 Abs. 1 BGB**.

Für das Fristende ist **§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB** maßgeblich.

Wird erst nach Ablauf der Frist gekündigt, hat § 626 Abs. 2 BGB die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung ausgelöst, dass der Grund seine Bedeutung für eine außerordentliche Kündigung verloren hat.²⁶

²⁶ Vgl. BAG 8.06.1972 NJW 1972, 1878.

Die Vorschrift des § 626 Abs. 2 BGB enthält somit eine **materiell-rechtliche Ausschlussfrist. Ihre Versäumung führt zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung.**²⁷

Hintergrund für diese gesetzgeberische Regelung ist Folgender:

Bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung argumentiert der Arbeitgeber damit, dass aufgrund einer schweren Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ein wichtiger Grund für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht und dass es ihm nicht einmal zumutbar ist, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Wenn der Arbeitgeber sich aber, nachdem er von dem Kündigungssachverhalt erfahren hat, mehr als zwei Wochen Zeit lässt, um die Kündigung auszusprechen, dann setzt er sich damit zu der Argumentation, die die außerordentliche fristlose Kündigung tragen soll, in Widerspruch. Dann kann die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers offensichtlich gar nicht so schwerwiegend gewesen sein, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist.

Beispiel 22:

Der Arbeitnehmer Wolfgang Schneider wird am 14.04.2020 gegenüber seiner Kollegin Andrea Sommer sexuell übergriffig. Davon erfährt sein Arbeitgeber noch am selben Tag.

Am 4.05.2020 spricht der Arbeitgeber Herrn Schneider eine außerordentliche fristlose Kündigung aus.

Diese Kündigung ist unwirksam,

Die außerordentliche Kündigung wurde erst nach Ablauf der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB ausgesprochen.

Maßgebliches Ereignis ist hier die Kenntnisnahme des Arbeitgebers von den sexuellen Übergriffen des Herrn Schneider gegenüber seiner Kollegin Andrea Sommer am 14.04.2020.

Die Frist begann hier am Folgetag, also am 15.04.2020 zu laufen gem. § 187 Abs. 1 BGB.

Die Frist endete mit Ablauf des 28.04.2020 gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB.

Da die außerordentliche Kündigung erst nach Ablauf dieser Frist ausgesprochen wurde, ist sie materiell-rechtlich unwirksam.

5 Die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrist

Im Folgenden sei kurz auf die Sonderkonstellation der **außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufrist** eingegangen.

Die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrist kann dann zum Tragen kommen, **wenn der Arbeitnehmer** gesetzlich, tariflich oder aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung **ordentlich unkündbar ist**.

Relevant ist dies in erster Linie bei Mitarbeitern, die aufgrund des **§ 34 Abs. 2 TVöD** (im kommunalen Bereich) oder aufgrund des **§ 34 Abs. 2 TV-L** (im staatlichen Bereich) ordentlich unkündbar sind.

Die Problematik soll anhand eines Beispiels erläutert werden.

²⁷ Vgl. BAG 6.07.1972 AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3.

Beispiel 23:

Der Arbeitnehmer Hans Zuber ist bei der in Oberfranken gelegenen Stadt Adorf seit 17 Jahren beschäftigt. Er ist 45 Jahre alt. In seinem Arbeitsvertrag findet sich folgende Klausel: „Auf das Arbeitsverhältnis finden die Bestimmungen des TVöD Anwendung“.

Am 6.03.2020 beleidigt er seine Kollegin Antonia Schuster als blöde Ziege. Aufgrund eines ähnlichen Vorfalles wurde er zwei Wochen zuvor schon einmal wirksam abgemahnt.

Der Arbeitgeber kommt zu folgenden Erkenntnissen:

Eine dauerhafte Weiterbeschäftigung des Herrn Zuber ist nicht tragbar. Die Gründe, die für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprechen, wiegen schwerer als die Gründe, die für eine Weiterbeschäftigung des Herrn Zuber sprechen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis erheblich vorbelastet ist, da Herr Zuber in der Vergangenheit schon oft negativ aufgefallen ist. Aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles wäre jedoch angesichts der langen Betriebszugehörigkeit des Herrn Zuber eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses unverhältnismäßig. Es ist zumindest zumutbar, Herrn Zuber unter Einhaltung der Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Schluss eines Kalendervierteljahres (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 2 Alt. 6 TVöD) bis zum 30.09.2020 weiter zu beschäftigen.

Der Arbeitgeber möchte das Arbeitsverhältnis in jedem Falle beenden. Die Kündigung soll nach ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats innerhalb der nächsten zwei Wochen ausgesprochen werden.

Eine ordentliche Kündigung ist hier aufgrund des besonderen Kündigungsschutzes des § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD ausgeschlossen: Der TVöD findet aufgrund einer Einbeziehungsabrede im Arbeitsvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, Herr Zuber ist im Tarifgebiet West (§ 38 Abs. 1 b) TVöD) beschäftigt, er hat das 40. Lebensjahr vollendet und er weist eine Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren auf.

Eine außerordentliche fristlose Kündigung ist ebenfalls nicht möglich, da diese (aufgrund seiner langen Beschäftigungszeit) an der tatbestandlichen Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist im Sinne der Vorschrift des § 626 Abs. 1 BGB scheitern würde (vgl. Prüfungspunkt b) bb) der Prüfstruktur des § 626 BGB unter Gliederungspunkt 4.3).

Alle anderen Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 BGB liegen jedoch vor (vgl. Prüfstruktur des § 626 BGB unter Gliederungspunkt 4.3):

Aufgrund der Beleidigung seiner Kollegin am 6.03.2020 liegt ein an sich wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor.

Laut Sachverhalt überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Interesse des Herrn Zuber an einer Weiterbeschäftigung, insbesondere da das Arbeitsverhältnis erheblich vorbelastet ist.

Es liegt auch eine einschlägige Abmahnung nach § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB vor.

Da die Kündigung innerhalb der nächsten zwei Wochen ausgesprochen werden soll, ist davon auszugehen, dass die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB eingehalten wird.

In dieser Konstellation wäre es nicht tragbar, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht wirksam durch eine Kündigung beenden könnte, nur weil diese an der „Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist“ im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB scheitert.

Für Fälle dieser Art hat die Rechtsprechung das Rechtsinstitut der **außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufrist** anerkannt.²⁸

Der Arbeitgeber kann hier außerordentlich kündigen. Er muss allerdings eine soziale Auslaufrist einhalten. **Die soziale Auslaufrist entspricht der ordentlichen Kündigungsfrist** (die der Arbeitgeber bei einer ordentlichen

²⁸ Vgl. BAG 28.03.1985 NZA 1985, 559; 11.3.1999 NZA 1999, 818.

Kündigung einhalten müsste, wenn diese ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre).²⁹ Die Kündigungsfrist beträgt hier nach § 34 Abs. 1 Satz 2 Alt. 6 TVöD sechs Monate zum Schluss eines Kalendervierteljahres.

Der Arbeitgeber kann im vorliegenden Fall also eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit zum 30.09.2020 aussprechen.

Hinweis:

Die Studenten sollten das Rechtsinstitut der außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit kennen. Sie sollten wissen, wie sich dieses Rechtsinstitut herleitet. Zudem sollte bekannt sein, dass die außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit am Maßstab des § 626 BGB geprüft wird, und zwar nach denselben Grundsätzen wie eine außerordentliche fristlose Kündigung mit einer einzigen Ausnahme: es wird nicht geprüft bzw. es ist nicht erforderlich, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist.

6 Unwirksamkeit einer bereits ausgesprochenen außerordentlichen fristlosen Kündigung

Im letzten Kapitel geht es um eine Sonderkonstellation, die nur zum Tragen kommen kann, wenn eine außerordentliche fristlose Kündigung bereits ausgesprochen ist und auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen ist.

Sofern der Student in der Klausurbearbeitung zu dem Ergebnis kommt, dass die außerordentliche fristlose Kündigung unwirksam ist, ist das weitere Vorgehen von der konkreten Aufgabenstellung der Klausur abhängig.

Variante 1:

In der ersten Variante ist die Aufgabenstellung ausschließlich auf die Überprüfung der Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung beschränkt.

Die Aufgabenstellung lautet beispielsweise: „Prüfen Sie, ob die ausgesprochene außerordentliche fristlose Kündigung wirksam ist. Es ist nicht zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis im Wege einer ordentlichen Kündigung beendet wurde.“

In dieser Variante ist die Prüfung in der Klausur beendet, wenn der Student zu dem Ergebnis gelangt, dass die außerordentliche fristlose Kündigung unwirksam ist.

Variante 2:

In der zweiten Variante ist die Aufgabenstellung nicht ausschließlich auf die Überprüfung der Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung beschränkt.

Die Aufgabenstellung lautet beispielsweise: „Prüfen Sie, ob das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung oder zu einem späteren Zeitpunkt beendet wurde.“

In dieser Variante darf die Prüfung in der Klausur nicht beendet werden, wenn der Student zu dem Ergebnis kommt, dass die außerordentliche fristlose Kündigung unwirksam ist (beispielsweise weil sie unverhältnismäßig ist).

Der Student muss sich jetzt mit der Frage beschäftigen, ob das Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung (nach Ablauf der Kündigungsfrist) beendet wurde bzw. wird.

²⁹ Vgl. BAG 28.03.1985 NZA 1985, 559; 11.3.1999 NZA 1999, 818.

Hierbei sind wiederum zwei Konstellationen denkbar:

Variante 2a:

Es wurde neben der außerordentlichen Kündigung hilfsweise (oder vorsorglich) eine ordentliche Kündigung ausgesprochen.

Die „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ erklärte Kündigung steht unter der – zulässigen³⁰ - auflösenden Rechtsbedingung, dass das Arbeitsverhältnis nicht aus anderem Grund aufgelöst wird.³¹

Beispiel 24:

Herr Franz Meier ist als Arbeitnehmer bei der Gemeinde Rosenberg in Oberfranken beschäftigt. Am 6.04.2020 zeigt er dem Arbeitgeber entgegen § 5 Abs. 1 Satz 1 EntgFG seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nicht unverzüglich an. Herr Meier hat damit seine Anzeigepflicht verletzt. Aufgrund gleichartiger Pflichtverletzungen wurde Herr Meier in den letzten zwei Jahren schon zweimal wirksam abgemahnt. Das Kündigungsschutzgesetz ist auf das Arbeitsverhältnis des Herrn Meier anwendbar.

Aufgrund des Vorfalls am 6.04.2020 händigt ihm der erste Bürgermeister Michael Klug ein Kündigungsschreiben aus.

Dieses ist wie folgt formuliert:

„Sehr geehrter Herr Meier,

hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Termin.

Mit freundlichen Grüßen

Michael Klug“

Es soll nun laut Aufgabenstellung geprüft werden, ob das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung oder zu einem späteren Zeitpunkt beendet wird.

Zunächst wird die außerordentliche fristlose Kündigung auf ihre Wirksamkeit hin überprüft.

Die Verletzung der Anzeigepflicht stellt zwar eine Pflichtverletzung dar, allerdings keine besonders grobe Pflichtverletzung. Daher ist die außerordentliche fristlose Kündigung unverhältnismäßig und daher nicht wirksam.

Aufgrund der Aufgabenstellung darf die Prüfung nun aber nicht beendet werden.

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet wird.

Es ist also zu prüfen, ob die hilfsweise ausgesprochene Kündigung sozial gerechtfertigt bzw. wirksam ist.

Variante 2b:

Es wurde lediglich eine außerordentliche fristlose Kündigung ausgesprochen.

Hier ist eine Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen fristlosen Kündigung in eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach **§ 140 BGB** möglich.

Denn bei Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung ist durch den Arbeitgeber im Zweifel die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum nächstzulässigen Termin beabsichtigt.³²

³⁰ Vgl. BAG 3.04.2008 NZA 2008, 812 Rn. 22.

³¹ Vgl. BAG 23.05.2013 NZA 2013, 1197; 10.04.2014 NZA 2015, 162 Rn. 12.

Eine Umdeutung ist nur dann ausgeschlossen, wenn diese dem erkennbaren Willen des Arbeitgebers widersprechen würde.

Sofern es keine Anhaltspunkte im Sachverhalt dafür gibt, dass es der erkennbare Wille des Arbeitgebers ist, eine solche Umdeutung auszuschließen, ist die Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen fristlosen Kündigung in eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung vorzunehmen.

In der Klausurbearbeitung ist eine solche Umdeutung regelmäßig durchzuführen.

Beispiel 25:

Frau Stefanie Brunner ist als Arbeitnehmerin bei der Gemeinde Rosenberg in Oberfranken beschäftigt. Sie ist ab 6.04.2020 krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Am 9.04.2020 legt sie dem Arbeitgeber entgegen § 5 Abs. 1 Satz 2 EntgFG keine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer vor, obwohl die Arbeitsunfähigkeit schon länger als drei Tage besteht. Frau Brunner hat damit ihre Nachweispflicht verletzt. Aufgrund gleichartiger Pflichtverletzungen wurde Frau Brunner in den letzten zwei Jahren schon zweimal wirksam abgemahnt. Das Kündigungsschutzgesetz ist auf das Arbeitsverhältnis der Frau Brunner anwendbar.

Aufgrund des Vorfalls am 9.04.2020 händigt ihr der erste Bürgermeister Michael Klug ein Kündigungsschreiben aus.

Dieses ist wie folgt formuliert:

„Sehr geehrte Frau Brunner,

hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos.

Mit freundlichen Grüßen

Michael Klug“

Es soll nun laut Aufgabenstellung geprüft werden, ob das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung oder zu einem späteren Zeitpunkt beendet wird.

Zunächst wird die außerordentliche fristlose Kündigung auf ihre Wirksamkeit hin überprüft.

Die Verletzung der Nachweispflicht stellt zwar eine Pflichtverletzung dar, allerdings keine besonders grobe Pflichtverletzung. Daher ist die außerordentliche fristlose Kündigung unverhältnismäßig und daher nicht wirksam.

Aufgrund der Aufgabenstellung darf die Prüfung nun aber nicht beendet werden.

Die unwirksame außerordentliche fristlose Kündigung wird nun gem. § 140 BGB umgedeutet in eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung.

Schließlich gibt es keine Anhaltspunkte im Sachverhalt dafür, dass es der erkennbare Wille des Arbeitgebers ist, eine solche Umdeutung auszuschließen.

Es muss nun geprüft werden, ob das Arbeitsverhältnis durch diese ordentliche verhaltensbedingte Kündigung beendet wird.

Es ist also zu prüfen, ob die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt bzw. wirksam ist.

³² Vgl. BAG 23.10.2008 AP BGB § 626 Nr. 217.