

§ 12 Die Kündigung ohne besonderen und allgemeinen Kündigungsschutz

Weiterführende Literatur: Bopp, Kündigung und Kündigungsschutzprozess im Arbeitsrecht; Gagel/Vogt, Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Sozial- und steuerrechtliche Konsequenzen; Hager, Die Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung, BB 1989; 693 ff; Schwerdtner, die außerordentliche arbeitgeberseitige Kündigung bei ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnissen, Festschrift für Kissel, S. 1077 ff; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis; Walker, die begrenzte Bedeutung des Falles „Emmely“ für die Entwicklung der Rspr. zur außerordentlichen Kündigung, NZA 2009, 921.

1. Zum System des Kündigungsrechts

Es entspricht unserem allgemeinen Rechtsverständnis, dass alle Arten von Dauerschuldverhältnissen durch Kündigung beendbar sind. Die Rechtsfigur der Kündigung gibt dabei jeder Vertragspartei die Möglichkeit, sich einseitig von einer bestehenden Vertragsbindung für die Zukunft zu befreien. So auch im Arbeitsrecht. Da einerseits das Arbeitsverhältnis i.d.R. die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Arbeitnehmers und seiner Familie darstellt, andererseits der Arbeitgeber bei frei werdenden Arbeitsplätzen Zeit für eine Neueinstellung benötigt, sind Regelungen erforderlich, die eine Kündigung für beide Vertragsteile erträglich machen. Deshalb gehen die Kündigungsregeln im Arbeitsrecht hinsichtlich ihrer Regelungstiefe deutlich über die Kündigungsregeln anderer Dauerschuldverhältnisse hinaus.

Die gesetzlichen Regelungen zur Kündigung im Arbeitsrecht sind auf den ersten Blick schwer zu durchschauen, da sie auf verschiedene Gesetze verteilt sind: Die allgemeinen Vorschriften (wie Willenserklärung, Erklärungsfrist, Zugang, Wirksamkeit und Anfechtung) sind im Allgemeinen Teil des BGB enthalten. Die Kündigungsfristen befinden sich überwiegend in §§ 621, 622 BGB, teilweise aber auch in Spezialgesetzen wie § 89 HGB oder § 22 BBiG. Die Mitwirkung Dritter an einer Kündigung wird teils im KSchG, teils im BetrVG, aber auch im MuSchG oder im SGB IX usw. behandelt. Fragen des Kündigungsschutzprozesses werden sowohl im ArbGG als auch im KSchG angesprochen u.s.w.

Um den Umfang dieses Kapitels nicht zu sprengen, soll zunächst nur auf die Grundzüge des Kündigungsrechts eingegangen werden, d.h. die Erörterung des Allgemeinen Kündigungsschutzrechtes sowie Verfahrensfragen zum Kündigungsschutz erfolgen an anderer Stelle (vgl. Meub AR, § 13).

2. Allgemeines

Gegenstand einer Kündigung ist i.d.R. immer das **Arbeitsverhältnis als Ganzes**. Eine Teilkündigung ist gesetzlich nicht vorgesehen, was jedoch nicht bedeutet, dass sie grds. unzulässig wäre. Vielmehr können die Parteien durch ent-

sprechende Vereinbarung vorsehen, dass einzelne Vertragsbestandteile (wie besondere betriebliche Gratifikationen) gesondert gekündigt werden können.

Nach der allgemeinen Formvorschrift des § 623 BGB (besondere Formvorschriften finden sich zusätzlich in § 15 Abs. 3 BBiG, § 62 Abs. 1 SeemannsG) hat die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses **schriftlich** zu erfolgen. Das gesetzliche Schriftformerfordernis des § 623 BGB ist zwingend: es darf weder durch Einzelarbeitsvertrag noch durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag abbedungen werden. Die Schriftform ist sowohl für die arbeitgeberseitige als auch für die arbeitnehmerseitige ordentliche oder außerordentliche Kündigung (sowie für die Änderungskündigung, den Aufhebungsvertrag und den befristeten oder bedingten Arbeitsvertrag) vorgeschrieben. Schriftform bedeutet dabei nicht, dass der gesamte Text eigenhändig geschrieben sein muss. Erforderlich ist jedoch die **eigenhändige Unterschrift** i.S.d. § 126 BGB oder eine elektronische Signatur, die einer handschriftlichen Unterschrift gleichzustellen ist. Nicht ausreichend sind dementsprechend bloße Telegramme, Telefaxe oder e-mails. Kündigungen, die den Schriftformerfordernissen nicht genügen, sind unwirksam, weil nach § 125 S. 1 BGB unheilbar nichtig (näher zur Schriftform: Richardi/Annuß NJW 2000, 1231 ff, Rolfs, NJW 2000, 1227 ff).

Die schriftliche Kündigungserklärung muss dem Erklärungsgegner im Original zugehen. Der **Zugang** richtet sich dabei nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 130 ff BGB (näher hierzu Meub, Allgem. Teil des BGB, § 5, Zif. 4 ff).

Bei **körperlicher Übergabe** des Kündigungsschreibens wird die Kündigung mit ihrer Aushändigung wirksam; aus Beweissicherungsgründen sollte die Übergabe unter Anwesenheit eines Zeugen erfolgen. Bei einer Kündigung durch den Arbeitnehmer ist zur Entgegennahme in aller Regel der Vorgesetzte oder ein Mitarbeiter der Personalabteilung (sofern er dort nicht eine ganz untergeordnete Aufgabe wie Aushilfe, Registratur oder Lohnabrechnung hat) ermächtigt.

Bei **Übersendung** der Kündigung wird die Erklärung wirksam, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter normalen Umständen mit der Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme gerechnet werden kann. Das ist beim Arbeitgeber im Rahmen des normalen Postlaufs der Fall. Bei der Zustellung einer Kündigung per Post an den Arbeitnehmer kann man von einem täglichen Öffnen des Briefkastens ausgehen. Eine ihm während des Urlaubs zugestellte Kündigung gilt selbst dann als zugegangen, wenn ihm die Post nicht nachgesandt wird. Eine per Einschreiben oder Einschreiben/Rückschein ordnungsgemäß zugestellte Kündigung, die nicht direkt zugestellt werden kann, geht erst dann zu, wenn sie tatsächlich entgegengenommen wird (Ausnahme: bewusste Zugangsvereitelung: der Arbeitnehmer hat mit der Kündigung gerechnet und das Einschreiben absichtlich nicht abgeholt, Meub, Allgem. Teil des BGB § 5, Zif. 7).

Wie jedes Gestaltungsrecht ist auch die Kündigung grundsätzlich **bedingungsfeindlich**: die Kündigung soll im Interesse des Erklärungsempfängers klare Verhältnisse schaffen. Erlaubt ist eine Bedingung ausnahmsweise dann, wenn deren Eintritt oder Nichteintritt ausschließlich vom Willen des Kündigungsempfängers abhängt.

Bsp: Unzulässige Bedingungen: Der Arbeitgeber kündigt für den Fall, dass sich die Auftragslage nicht bessert. Der Arbeitgeber kündigt, erklärt aber gleichzeitig, er werde den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen, falls er einen Nachfolgauftrag erhalte (BAG BB 2001, 1960).

Zulässige Bedingungen: Der Arbeitgeber kündigt für den Fall, dass der Arbeitnehmer veränderte Lohn- oder Arbeitsplatzbedingungen nicht akzeptiert; der An kündigt für den Fall, dass der Ag ihm künftig kein höheres Gehalt zahlt (sog. Änderungskündigung; vgl. hierzu Meub, Arbeitsrecht § 13).

3. Die ordentliche Kündigung

Unter ordentlicher Kündigung versteht man die Beendigung eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnisses ohne Geltendmachung eines wichtigen Grundes. Auf unbestimmte Zeit eingegangen ist ein Arbeitsverhältnis dann nicht, wenn es befristet (§ 620 BGB), auf Lebzeiten eingegangen (§ 624 BGB) oder -praktisch wie auf Lebzeiten- die Kündigungsmöglichkeit auf die Kündigung aus wichtigem Grund beschränkt ist.

3.1 Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer

Fall: Der ordentliche Steuerfachgehilfe

Der tariflich nicht gebundene Steuerberater S beschäftigt insgesamt drei Mitarbeiter, darunter den Steuerfachgehilfen G. G hatte vor 6 Jahren bei S seine Lehre begonnen und war dann ohne neuen schriftlichen Arbeitsvertrag unbefristet übernommen worden.

G hat zwischenzeitlich eine neue Arbeitstelle gefunden, wo er sofort beginnen soll. G möchte jedoch „ordentlich bei S ausscheiden“ und deshalb wissen, wie er ordnungsgemäß kündigen und zu welchem Zeitpunkt er die neue Stelle antreten kann.

1. Mangels einzel- oder tarifvertraglicher Sonderregelung (auch gesetzliche Sondervorschriften wie § 15 BBiG, § 63 SeemannsG, § 29 HeimArbG greifen hier nicht) käme als Grundlage für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages mit S zunächst §§ 620 Abs. 2 i.V.m. 621 Zif. 3 BGB in Betracht. Voraussetzung dafür wäre, dass es sich bei dem Beschäftigungsverhältnis zwischen S und G um ein „... Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 ist ...“ handelt. Zu den Dienstverhältnissen, die kein Arbeitsverhältnis sind, zählen z.B. Verträge mit Angehörigen freier Berufe, Künstlern, Hebammen oder Privatlehrern (vgl. Meub, Arbeitsrecht, § 5, Zif. 3). G ist jedoch sowohl was die Art, als auch die Organisation seiner Tätigkeit anbelangt, deutlich in den Betrieb des S eingebunden und auch von ihm weisungsabhängig, so dass zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB besteht.

2. G könnte seine Kündigung auf §§ 620 Abs. 2 i.V.m. 622 Abs. 1 BGB stützen. Dann müssten die weiteren Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Arbeitnehmer vorliegen:

(1) **Schriftliche Kündigungserklärung**

Eine Kündigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, so dass zunächst die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Rechtsgeschäfte (wirksame Willenserklärung, Geschäftsfähigkeit, ggf. Vertretungsmacht) vorliegen müssen.

Inhaltlich ist die Kündigung eine einseitig rechtsgestaltende, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der ein Vertragspartner seinen Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck bringt. Eine ausdrückliche Bezeichnung der Erklärung als Kündigung ist nicht zwingend erforderlich; jedoch muss sich aus der abgegebenen Erklärung der Rechtswille eindeutig erkennen lassen (§§ 133, 157 BGB).

Da eine Kündigung die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt bewirken soll, muss das Vertragsende auch für den Erklärungsempfänger aus der Erklärung eindeutig hervorgehen. Die bloße Erklärung: „ich kündige hiermit“ reicht dementsprechend nicht; denn aus einer solchen Erklärung lässt sich nicht entnehmen, ob es sich um eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung handelt und ab welchem Zeitpunkt der Kündigungsempfänger mit dem Ende der Vertragsbeziehung rechnen muss. Es muss folglich zusätzlich der genaue Beendigungszeitpunkt, zumindest aber der Hinweis „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ mit in der Kündigungserklärung enthalten sein.

Die Kündigung ist schriftlich, im Original eigenhändig unterschrieben zu erklären (§§ 623, 126 BGB). Eine Kündigung, die nicht dieser Form entspricht, ist grundsätzlich formnichtig und damit unwirksam (sehr instruktiv zur Nichteinhaltung der Schriftform BAG BB 2005, 1119).

- (2) Es muss sich begrifflich um eine **ordentliche Kündigung** handeln. Eine ordentliche Kündigung liegt vor, wenn ein auf unbestimmte Dauer eingegangenes Arbeitsverhältnis durch einseitige Erklärung beendet werden soll, wobei der Kündigende sich nicht auf einen wichtigen Grund beruft. Für eine ordentliche Kündigung ist kein besonderer Kündigungsgrund erforderlich (Grundsatz der Kündigungsfreiheit), so dass G sein Arbeitsverhältnis ohne Angabe eines Grundes wirksam kündigen kann.
- (3) Einhaltung der jeweils geltenden **Kündigungstermine und Kündigungsfristen**. Unter Kündigungstermin ist der Zeitpunkt zu verstehen, zu dem eine Kündigung ausgesprochen werden kann. Die Kündigungsfrist bewirkt, dass die Kündigung nicht sofort mit ihrem Ausspruch wirksam wird, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt;

das gekündigte Arbeitsverhältnis besteht also mit allen Rechten und Pflichten noch bis zum Fristende fort.

Kündigungstermine und Kündigungsfristen ergeben sich üblicherweise aus dem Arbeitsvertrag oder aus Tarifverträgen; hilfsweise lässt sich die zwingend vorgeschriebene Mindestfrist aus §§ 622 BGB entnehmen.

Mangels abweichender Regelungen kann G also mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats kündigen. Eine verspätet zugestellte Kündigung wirkt erst ab dem nächsten Kündigungstermin. Die Fristberechnung erfolgt nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB (vgl. Meub, AT § 16).

Ergebnis: G könnte seinen Arbeitsvertrag mit S durch folgenden Brief kündigen:

Sehr geehrter Herr S,
hiermit kündige ich das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum ... (z.B. 31.12.)
Eigenhändige Unterschrift

Wenn die Kündigung das Arbeitsverhältnis zum 31.12. um 24.00 h beenden soll, muss die Kündigungserklärung dem S spätestens am 03.12. zugegangen sein. S könnte dann seine neue Tätigkeit ab 01.01. aufnehmen.

3.2 Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber

Für die arbeitgeberseitige ordentliche Kündigung gelten im wesentlichen die bereits besprochenen Grundsätze. Dies gilt insbesondere für Form und Inhalt der Kündigungserklärung, wo vollumfänglich auf das zuvor Erörterte verwiesen werden kann. Zum Schutz der wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer, bzw. besonders exponierter oder schutzwürdiger Arbeitnehmergruppen bestehen eine Reihe von Schutzbestimmungen, die den **Grundsatz der Kündigungsfreiheit** bei Kündigungen durch den Arbeitgeber zusätzlich einschränken.

- In Unternehmen, in denen ein Betriebsrat (bzw. ein Sprecherausschuss gemäß § 31 SprAuG, eine Personalvertretung gemäß 75 BPersVG oder bei kirchlichen Einrichtungen eine Mitarbeitervertretung) besteht, ist eine Kündigung bereits aus formalen Gründen unwirksam, wenn keine **Anhörung** stattgefunden hat (ausführlich hierzu Zif. 5).
- **Besonderer Kündigungsschutz**
 - ◆ Ausgeschlossen ist die ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung gegenüber Mitgliedern des Betriebsrates, der Jugend- oder Bordvertretung, des Wahlvorstandes oder von Wahlkandidaten, § 15 KSchG oder Personalratsmitgliedern, § 95 BPersVG, gegenüber Schwangeren, § 9 Abs. 1 MuSchG bzw. während der Elternzeit, § 18 BErzGG, von Auszubildenden, § 22 Abs. 2 BBiG sowie von

Arbeitnehmern, die sich weigern, von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis zu wechseln und umgekehrt, § 11 S. 1 TzBfG (näher hierzu Meub, Arbeitsrecht, § 13, Zif. 1);

- ◆ Von der Zustimmung Dritter abhängig ist die Kündigung Schwerbehinderter, §§ 85 SGB IX, sowie die fristlose Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, § 103 BetrVG . (näher hierzu Meub, Arbeitsrecht, § 13, Zif. 1.4 f);
- **Allgemeiner Kündigungsschutz**
Im Geltungsbereich des **KSchG** (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) ist eine nicht sozial gerechtfertigte Kündigung unwirksam (näher hierzu Meub, Arbeitsrecht § 13, Zif. 2).

Weiterhin gelten zulasten des Arbeitgebers längere Kündigungsfristen und zwar unabhängig von der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter. Die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB betragen abhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses von einem bis zu sieben Monaten. Die Kündigungsfristen des § 622 BGB können durch Tarifvertrag verändert, nicht jedoch durch Einzelarbeitsvertrag verkürzt werden (Ausnahme: § 622 Abs. 5 für Aushilfsarbeitsverhältnisse und Unternehmen mit weniger als 20 Mitarbeiter).

3.3 Die ordentliche Kündigung durch den Insolvenzverwalter

Von einer Unternehmensinsolvenz bleiben die bestehenden Arbeitsverhältnisse zunächst unberührt. Im Interesse einer notwendig werdenden kompletten oder teilweisen Liquidation des Unternehmens gewährt § 113 Abs. 1 S. 2 InsO dem Insolvenzverwalter ein **Sonderkündigungsrecht** von längstens drei Monaten, wenn im Einzelfall nicht ohnehin eine kürzere Frist maßgeblich ist. Die drei Monatsfrist des § 113 InsO verdrängt selbst längere tarifliche oder vertragliche Kündigungsfristen und hebt sogar einen evtl. vereinbarten Ausschluss der ordentlichen Kündigung auf (BAG BB 2000, 1409 f). Insofern gilt hier das allgemeine arbeitsrechtliche Günstigkeitsprinzip nicht, da im Falle der Insolvenz nicht nur Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen, sondern auch die der Insolvenzgläubiger berücksichtigt werden müssen.

4. Die außerordentliche Kündigung

4.1 Die außerordentliche fristlose Kündigung

Fall: Ein Kavaliersdelikt? (nachgebildet BAG MDR 2000, 279)

Steward S war bei der Bahn beschäftigt, zuletzt als ICE-Reisebegleiter. Ihm oblag dabei der Verkauf von Speisen und Getränken an Reisende. Ihm war dazu ein Warenbestand und Wechselgeld anvertraut. Zum Dienstenende hatte S die verkauften Waren abzurechnen und bei Bedarf den Warenbestand wieder aufzufüllen.

Am Ende einer Reise wurde bei einer routinemäßigen Stichprobenkontrolle die persönliche Reisetasche des S geöffnet. Darin befanden sich neben privaten Ge-

genständen des S auch drei Tassen (Gesamtwert: 5 €), aus denen S normalerweise Reisenden Kaffee serviert sowie zwei Packungen Schinken à 100 gr. (Wert insgesamt: 3 €), welche aus dem Warenbestand der Bahn stammten. Auf entsprechende Nachfrage gab S zu, er habe die Sachen „mitgehen lassen“.

Nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats durch die Bahn erhält S zehn Tage nach dem Vorfall ein ordnungsgemäß unterschriebenes Schreiben der Bahn, mit dem ihm ohne Angabe von Gründen fristlos gekündigt wird. S möchte wissen, ob eine Klage gegen die Kündigung Aussicht auf Erfolg hat.

Eine Klage gegen die Kündigung der Bahn hätte Erfolg, wenn die fristlose Kündigung fehlerhaft oder unbegründet wäre.

1. Es gilt also zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine wirksame fristlose Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 und 2 BGB vorliegen (§ 626 BGB geht im Arbeitsrecht als *lex specialis* der generelleren Vorschrift des § 314 BGB vor).

(1) An einer **ordnungsgemäßen Kündigungserklärung** bestehen laut Sachverhalt keine Zweifel.

Eine **außerordentliche Kündigung** liegt **begrifflich** vor, wenn sich der Kündigende auf einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses beruft. Dass sich die Bahn auf einen wichtigen Grund beruft, ergibt sich bereits daraus, dass „fristlos“ gekündigt wurde.

(2) Vor jeder arbeitgeberseitigen Kündigung, also auch vor einer außerordentlichen Kündigung, ist, sofern im Unternehmen ein Betriebsrat besteht, dieser **anzuhören**, § 102 Abs. 1 BetrVG. Eine ohne die erforderliche Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG. Vorliegend ist eine Anhörung erfolgt (näher zur Anhörung Zif. 5).

(3) Es darf **kein besonderer Kündigungsschutz** eingreifen, was aber bei S offensichtlich nicht der Fall ist.

(4) Es muss ein **wichtiger Grund** i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vorliegen. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (z.B. BAG AP Nr. 14 zu § 626 BGB, BAG MDR 2000, 279) hat die Prüfung des wichtigen Grundes in zwei Stufen zu erfolgen:

- Liegen unbestrittene oder bewiesene Tatsachen vor, die den wichtigen Grund (**Kündigungsgrund**) ausfüllen (sog. **Prüfung auf der ersten Stufe**)?
- Ist dem Arbeitgeber deshalb die **Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile **nicht mehr zumutbar** (sog. **Prüfung auf der zweiten Stufe**; st. Rspr. vgl. z.B. BAG NZA 2010, 1227 m.w.N.)?

Damit sind alle Umstände gemeint, die für den wichtigen Grund von Bedeutung sein können, wie bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses, Leistung und Führung, frühere Verfehlungen, Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit, voraussetzliches künftiges Verhalten und Wiederholungsgefahr. Die hier vorzunehmende Abwägung betrifft auch die Frage, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt, zu dem ordentlich gekündigt werden könnte oder bis zum Fristablauf dem Kündigenden zugemutet werden kann oder nicht.

Im vorliegenden Fall hatte der S Waren von geringem Wert (insgesamt 8 €) gestohlen. Das BAG ist bei Eigentumsdelikten unerbittlich: Es bejaht auch bei Diebstahl oder Unterschlagung geringwertiger Sachen das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der ersten Stufe (dagegen vgl. z.B. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Rz. 1137; Schwerdtner, Münchner Kommentar zum BGB, zu § 626, Rz. 129). Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte oder andere schwerwiegende Handlungen, die unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtet sind, stellen -unabhängig vom Wert des Objekts oder der Höhe des eingetretenen Schadens- eine schwerwiegende Verletzung der schuldrechtlichen Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB dar. Solche Handlungen stellen „an sich“ auch dann einen wichtigen Grund dar, wenn sie zu einem geringfügigen, möglicherweise sogar zu überhaupt keinem Schaden geführt haben. Zur Begründung verweist das BAG regelmäßig darauf, dass die Pflicht, das Eigentum und das Vermögen des Arbeitgebers zu wahren, zum Kernbereich eines Arbeitsverhältnisses zählt und eine echte arbeitsvertragliche Nebenpflicht darstellt, die der Arbeitnehmer durch die rechtswidrige und vorsätzliche Begehung der Eigentumsverletzung unabhängig vom Wert des Schadens das in ihn gesetzte Vertrauen in erheblicher Weise verletzt.

In der **Prüfung der zweiten Stufe** ist abzuwägen, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung trotz Vorliegen einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar bleibt. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist nunmehr das Interesse des Arbeitgebers an einer sofortigen Vertragsaufhebung gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Bei der Abwägung sind u.a. das Gewicht und die Auswirkungen der Vertragsverletzung, der durch sie verursachte Vertrauensverlust und die wirtschaftlichen Folgen, der Grad des Verschuldens, die Wiederholungsgefahr, andererseits aber auch die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG DB 2010, 1709 m.w.N.) zu beachten. Eine fristlose Kündigung

kommt nur dann in Betracht, wenn es keinen angemessenen anderen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche andere Reaktionsmittel unzumutbar sind. Als mildere Mittel kommen Abmahnung oder ordentliche Kündigung in Betracht.

Bsp(e) für eine ausreichende Sanktionierung durch Abmahnung: Mutmaßlicher Einwilligung durch den Arbeitgeber wie beim Aufladen eines privaten Handys am Arbeitsplatz oder die Mitnahme wertloser, als Abfall deklarerter Gegenstände zum Eigenverzehr oder bei der Einlösung von Lehrgutcoupons im Wert von 1,40 € bei über 30 jähriger unbeanstandeter Beschäftigungsdauer –zum letzten Beispiel vgl. BAG NZA 2010,1227 = 2395 „Emmely“; kritisch hierzu Walker NZA 2009, 921)

Im vorliegenden Fall verweist das BAG (MDR 2000, 279) darauf, dass die Straftat nicht lediglich bei Gelegenheit der Arbeitsleistung erfolgte, sondern vielmehr mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhang stand: denn als Steward waren S der Schinken und die Becher zur Obhut anvertraut. Dieser schwere Missbrauch des in ihn gesetzten Vertrauens verhindert auch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zu einem fristgerechten Ende. Denn das notwendige Vertrauen in die Rechtschaffenheit des Arbeitnehmers wurde durch die Tat zerstört und es ist nicht auszuschließen, dass im Falle der Fortsetzung das Eigentum der Bahn weiterhin gefährdet sein würde.

- (5) Die **Kündigungserklärungsfrist** des § 626 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB muss eingehalten worden sein. Danach ist eine fristlose Kündigung nur wirksam, wenn sie **innerhalb von zwei Wochen** nach Bekanntwerden der maßgeblichen Tatsachen erklärt worden (sprich: zugegangen) ist. Der Grund für die kurze Frist liegt darin, dass ein zeitlich naher Zusammenhang zwischen Tat und Kündigung bestehen soll und der Kündigungserklärende nicht die Möglichkeit hat, Kündigungsgründe quasi zu sammeln, um sie dann irgendwann zu nutzen. Eine Fristversäumnis führt zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Im vorliegenden Fall ist die Kündigung bereits 10 Tage nach Bekanntwerden, also rechtzeitig, ausgesprochen worden.

2. Es bleibt noch dem Umstand nachzugehen, dass die Kündigung nicht begründet wurde. Auch eine fristlose Kündigung ist nach der gesetzlichen Regelung ohne Angabe eines Kündigungsgrundes voll wirksam (BAG AP Nr. 65 zu § 626 BGB; jedoch sehen viele Tarifverträge vor, dass zumindest außerordentliche Kündigungen begründet werden müssen). Gemäß § 626 Abs. 2 S. 3 BGB kann der Kündigungsempfänger lediglich verlangen,

dass ihm der Kündigungsgrund nachträglich unverzüglich schriftlich mitgeteilt wird. Somit ergeben sich im vorliegenden Fall keine Bedenken daraus, dass die Bahn die fristlose Kündigung ohne Begründung ausgesprochen hat.

Ergebnis: Die fristlose Kündigung der Bahn ist formal ordnungsgemäß und sachlich begründet, so dass eine Klage des S gegen die Kündigung keine Aussicht auf Erfolg haben wird.

Weitere Beispiele für einen wichtigen Grund:

- **Zulasten des Arbeitnehmers:**

Nachhaltige, vorsätzliche und nicht gerechtfertigte Verweigerung der Arbeitsleistung; Eigenmächtiger Urlaubsantritt; Urlaubsüberschreitung; „Androhen“ einer künftigen Erkrankung (ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich aufgetretene Erkrankung BAG BB 209, 271); ungerechtfertigtes und unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz; Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik (BAG NJW 1971, 1668); vorsätzlicher und nachhaltiger Verstoß gegen berechnete Weisungen des Arbeitgebers (BAG DB 2010, 2508 in Falle eines bereits ordentlich gekündigten Privatschullehrers, der sich beharrlich weigerte, an Schulkonferenzen teilzunehmen); Verrat von Betriebsgeheimnissen; unerlaubte Nebentätigkeit; in schwerwiegenden Fällen auch Arbeitsunfähigkeit infolge von Trunkenheit am Arbeitsplatz; bei Berufskraftfahrern ist auch die private Trunkenheitsfahrt ein wichtiger Grund; tätlicher Angriff auf oder Beleidigung des Arbeitgebers, seiner Angehörigen oder eines Vorgesetzten oder eines Kollegen (zu den Voraussetzungen vgl. BAG DB 2003, 1797); Verschweigen des Wegfalls der Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis bei Ausländern; Diebstahl, Unterschlagung, Betrug oder Untreue; Umfangreiche private, nicht abgerechnete Telefonate (BAG NZA 2006, 484 spricht von einer gravierenden Pflichtverletzung und betont die Gefahr der Nachahmung); Gleitzeitmanipulationen (beim Arbeitszeitmissbrauch ist das BAG von kompromissloser Härte: bereits eine einmalige Manipulation von 30 Minuten stellt einen schweren Vertrauensmissbrauch dar, BAG Urt. vom 12.08.1999, 2 AZR 832/98); wiederholte Unpünktlichkeit, wenn der Betriebsablauf oder der Arbeitsfrieden dadurch beeinträchtigt werden.

Nicht jedoch: Ursachen, die in die Verantwortungs- und Risikosphäre des Arbeitgebers fallen, wie Auftragsmangel, Betriebsstilllegungen oder Betriebsumstellungen. Die politische Gesinnung oder das religiöse Bekenntnis eines Arbeitnehmers, insbesondere wenn sie nicht verfassungswidrig sind, kommen nur in Betracht, wenn dadurch der Betriebsfrieden gestört oder erheblich beeinträchtigt wird.

- **Zulasten des Arbeitgebers:**

Zahlungsverzug; vorsätzliche oder grob fahrlässige Fürsorgepflichtverletzungen, insbes. aus §§ 617, 618 BGB; Straftaten, wenn sie gegen den Ar-

beitnehmer gerichtet sind; Ehrverletzungen, insbesondere Beleidigungen; sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz.

4.2 Die befristete außerordentliche Kündigung

I.d.R. wird eine außerordentliche Kündigung fristlos ausgesprochen, d.h. die Auflösung des Arbeitsverhältnisses tritt mit Zugang der Kündigungserklärung ein. Möglich ist aber auch eine befristete außerordentliche Kündigung, bei der zwar aus wichtigem Grund gekündigt wird, die Kündigungswirkung jedoch nicht sofort eintritt, sondern um eine Auslauffrist hinausgeschoben wird. Will eine Vertragspartei eine solche befristete außerordentliche Kündigung aussprechen, so muss sie dies deutlich erklären; sonst kann der Gekündigte aufgrund der Nennung einer Kündigungsfrist davon ausgehen, dass ihm ordentlich gekündigt wurde.

Der Gekündigte braucht die Auslauffrist nicht anzunehmen. Er kann vielmehr die sofortige Auflösung verlangen (a.A. BAG AP Nr. 1 zu § 123 GewO und Nr. 17 zu § 66 BetrVG 1952).

Die befristete außerordentliche Kündigung ist vor allem dort von Bedeutung, wo eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit gänzlich fehlt.

Bsp(e): Befristete oder bedingte Arbeitsverhältnisse; Arbeitsverhältnisse auf Lebenszeit; vertraglicher oder tariflicher Ausschluss der ordentlichen Kündigung.

Eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist kommt allerdings nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht, nämlich wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung gerade darin zu sehen ist, dass wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bis zum Erreichen der Altersgrenze weiterbeschäftigen müsste und dies für ihn unzumutbar ist (BAG BB 2003, 2131). Allerdings hat in solchen Fällen der Arbeitgeber zu beweisen, dass er ohne diese Kündigungsmöglichkeit gezwungen wäre, ein an sich sinnlos gewordenes Arbeitsverhältnis fortzuführen und auch keine andere Möglichkeit besteht, das „sinnlos gewordene Arbeitsverhältnis“ durch eine anderweitige Beschäftigung ggfs. auch nach einer Umschulung fortzusetzen (BAG BB 2003, 2131). Besteht hingegen irgendeine Möglichkeit, den Arbeitnehmer anderweitig sinnvoll zu beschäftigen, ist eine außerordentliche befristete Kündigung ausgeschlossen (außerordentliche Kündigung als ultima ratio).

Die Dauer der Vertragsauslauffrist sollte sich dann an den üblichen Kündigungsfristen orientieren (gleicher Ansicht: Zöllner/Loritz, § 22, Zif. 6; ebenso BAG BB 2001, 418 = DB 2001, 338).

5. Die Anhörung des Betriebsrates bei Kündigungen, § 102 BetrVG

Besteht in einem Unternehmen ein Betriebsrat, muss dieser vor jeder beabsichtigten Kündigung gehört werden. Die Einhaltung des Anhörungsverfahrens ist dabei Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Eine ohne Anhörung oder nach mangelhafter Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist wegen Formverstößes von vorneherein **unwirksam**, ohne dass es noch auf die materiellen Gründe für die Kündigung ankäme. Unter Kündigung ist dabei jede Art der Kündigung gemeint; es ist also unerheblich, ob es sich um eine ordentliche oder außerordentliche, eine Kündigung während der Probezeit, eine Änderungskündigung, eine Massenentlassung oder um eine Kündigung durch den Konkursverwalter handelt (Ausnahme: Aussperrung während eines Arbeitskampfes und außerordentliche Kampfkündigung aus Anlass rechtswidriger Arbeitsniederlegungen, vgl. BAG AP Nr. 57 zu Art. 9 GG). Hingegen besteht bei anderen Beendigungsgründen wie Nichtigkeit oder Anfechtung des Arbeitsvertrages, Fristablauf oder Zweckerreichung oder Aufhebungsvertrag keine Anhörungspflicht.

Der Arbeitnehmerbegriff des BetrVG ergibt sich aus § 5 BetrVG und weicht von dem anderer Gesetze deutlich ab. So fallen nicht unter seinen Arbeitnehmerbegriff Organe juristischer Personen, vertretungsberechtigte Gesellschafter und i.d.R. leitende Angestellte.

Die Anhörung des Betriebsrates muss erfolgen, **bevor die Kündigung erklärt** wird, d.h. die Kündigungserklärung darf den Machtbereich des Arbeitgebers noch nicht verlassen haben. Eine nachträgliche Anhörung heilt den Mangel selbst dann nicht, wenn der Betriebsrat die Kündigung billigt.

Eine ordnungsgemäße Anhörung setzt weiterhin voraus, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung so ausführlich schriftlich oder mündlich informiert, dass der Betriebsrat sich alsbald ein umfassendes Bild von der bevorstehenden Kündigung machen kann. Neben den Personalien des Arbeitnehmers, dem gekündigt werden soll, ist die Art der Kündigung, die Kündigungsfrist und der Kündigungstermin sowie die konkreten Gründe für die Kündigung anzugeben, einschließlich der zugunsten des An sprechenden Umstände und Kriterien für die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG bei betriebsbedingten Kündigungen. Der Arbeitgeber hat dabei alle Kündigungsgründe anzugeben, die ihm bisher bekannt sind und auf die er seine Kündigung stützen will. Zur Entgegennahme ist nur der Betriebsratsvorsitzende (oder der Vorsitzende des nach § 28 BetrVG gebildeten Personalausschusses) und im Fall seiner Verhinderung dessen Stellvertreter befugt. Die Mitteilung hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass dem Betriebsrat (oder dem Personalausschuss) genügend Zeit bleibt, um über die beabsichtigte Kündigung zu beraten und seine Entscheidung dem Arbeitgeber mitzuteilen. Zumindest die Wochenfrist bei ordentlichen Kündigungen und die drei Tages Frist bei außerordentlichen Kündigungen muss dem Betriebsrat eingeräumt werden, § 102 Abs. 2 BetrVG.

Der Betriebsrat hat nur ein Anhörungsrecht, er muss der beabsichtigten Kündigung nicht positiv zustimmen. D.h. der Arbeitgeber wird bezüglich der Vertragsbeendigung in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beschränkt und der Betriebsrat kann innerhalb der vorgesehenen Fristen lediglich Bedenken gegen die geplante Maßnahme äußern und Widerspruch einlegen (§ 102 Abs. 2 und 3 BetrVG). Dabei hat der betroffene Arbeitnehmer keinen einklagbaren Anspruch gegen den Betriebsrat auf Tätigwerden. Der Betriebsrat kann nach pflichtgemäßem Ermessen Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung einlegen, wenn einer der in Abs. 3 Nr. 1 – 5 angegebenen Gründe (, die sich mit den Kündigungsschutzgründen des § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG decken,) vorliegt. Will der Betriebsrat keinen Widerspruch einlegen, kann er auch schweigen und die Frist schlicht verstreichen lassen. In diesem Fall gilt mit Fristablauf die Zustimmung zur Kündigung als erteilt, § 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG.

Der Widerspruch hat keine unmittelbare rechtliche Wirkung, er kann insbesondere eine Kündigung nicht verhindern. Anders gewendet: der Arbeitgeber kann trotz Widerspruchs des Betriebsrates das Arbeitsverhältnis kündigen. War der Widerspruch jedoch berechtigt, ist die Kündigung dann gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 u. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt (näher hierzu Meub, Arbeitsrecht, § 13, Zif. 2.3). Außerdem steht dem Arbeitnehmer nach Maßgabe des § 102 Abs. 5 BetrVG ein Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Kündigungsschutzverfahrens zu (näher hierzu Meub, Arbeitsrecht, § 13, Zif. 2.3).