

Arbeitspapier 11

Die außerordentliche Kündigung des AN

Examensrelevanz:

Klage des AN auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch außerordentliche Kündigung nicht beendet wurde (meist prozessual eingekleidet).

Leistungsansprüche des AN, die Bestand oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzen (z. Bsp. Entgelt, Urlaubsabgeltung, Weiterbeschäftigung), dann Inzidentprüfung der außerordentlichen Kündigung.

A. Kündigungserklärung des AG

Aus der Kündigungserklärung muss hervorgehen, dass AG Arbeitsverhältnis sofort (ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist) beenden will.

B. Besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen der außerordentlichen Kündigung

I. Außerordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen

Recht zur außerordentlichen Kündigung kann nicht ausgeschlossen werden.

II. Keine Nichtigkeit der Kündigung

siehe dazu Arbeitspapier 10

III. Zustimmungserfordernisse

- § 17 Abs. 1 MuSchG
- § 174 Abs. 1 i.V. mit § 168 SGB IX
- § 103 Abs. 1 BetrVG
- § 18 Abs. 1 BEEG, § 5 Abs. 2 PflegeZG

IV. Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG

siehe dazu Arbeitspapier 10

Gemäß § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG muss der Betriebsrat seine Bedenken gegenüber der außerordentlichen Kündigung innerhalb von drei Tagen dem AG mitteilen. Nach Ablauf der Drei-Tages-Frist kann AG außerordentliche Kündigung erklären; vorher nur, wenn abschließende Stellungnahme des Betriebsrates vorliegt.

V. Kündigungsschutz nach dem KSchG

Im Falle der außerordentlichen Kündigung besteht kein besonderer Schutz des AN nach dem KSchG, § 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG.

Soweit der betriebliche Anwendungsbereich des KSchG eröffnet ist (dazu Arbeitspapier 10) muss der AN, der geltend machen will, dass die außerordentliche Kündigung nicht den Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB genügt, gemäß den §§ 4, 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG in-

nerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage erheben. Das gilt auch im Kleinbetrieb (siehe § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG).

Versäumt der AN die rechtzeitige Klageerhebung (siehe dazu Arbeitspapier 10), gilt die außerordentliche Kündigung wegen § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG entsprechend § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam, insbesondere wird das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S. des § 626 Abs. 1 BGB unwiderlegbar vermutet. Entsprechendes gilt für sonstige Unwirksamkeitsgründe, da § 7 KSchG die Rechtswirksamkeit der Kündigung ohne Einschränkungen anordnet.

VI. Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung, § 626 BGB

Außerordentliche Kündigung ist nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes rechtswirksam.

Klausurhinweis: Die Prüfung des § 626 Abs. 1 BGB hat immer zweistufig zu erfolgen:

1. Stufe: Vorliegen eines an sich wichtigen Grundes
2. Stufe: umfassende Interessenabwägung im Einzelfall

1. Vorliegen eines an sich wichtigen Grundes

= Grund, der unabhängig von den Umständen des Einzelfalles eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.

Als solche kommen in Betracht:

- Verhaltensbedingte Gründe, vor allem Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (Störungen im Leistungs- und im Vertrauensbereich); außervertragliches Verhalten nur, wenn konkrete Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis vorliegen.
- Personenbedingte Gründe:
 - Verdacht schwerer Verfehlungen (siehe dazu näher unten 4.);
 - Dauerhafte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, wenn ordentliche Kündigung (tarifvertraglich) ausgeschlossen.
- Betriebsbedingte Gründe: bei tarifvertraglich unkündbaren AN, wenn es dem AG unter Einsatz aller zumutbaren Mittel nicht möglich ist, den AN weiterzubeschäftigen (nur in Ausnahmefällen, strenge Voraussetzungen!).

Klausurhinweis: Die verhaltensbedingten Kündigungsgründe stehen im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB im Vordergrund. Sollte doch einmal ein Fall einer personen- oder betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung Klausurgegenstand sein, ist der Interessenabwägung besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

2. Zeitpunkt des Vorliegens des wichtigen Grundes

Der wichtige Grund muss bereits im Kündigungszeitpunkt (Zugang der Kündigungserklärung) vorliegen; zum Nachschieben von Kündigungsgründen siehe Arbeitspapier 10.

Das Nachschieben von Kündigungsgründen wird weder durch die Zwei-Wochen-Frist noch die Begründungspflicht des § 626 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

3. *Umfassende Interessenabwägung im Einzelfall*

Liegt ein wichtiger Grund vor, müssen zusätzlich Tatsachen bestehen, aufgrund derer dem AG unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann, § 626 Abs. 1 BGB.

Außerordentliche Kündigung stellt ultima ratio dar; AG muss daher zuvor alle milderen Mittel ausschöpfen. Dazu zählt insbesondere die Abmahnung, vgl. § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB (siehe dazu Arbeitspapier 10); ggf. auch eine Versetzung.

Kommt kein milderes Mittel in Betracht, müssen alle Umstände des Einzelfalles im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung gegeneinander abgewogen werden (z. Bsp.: Dauer der Betriebszugehörigkeit, frühere Verfehlungen des AN, Verschuldensgrad, Auswirkungen des Fehlverhaltens, Prognose über zukünftiges Verhalten).

AG darf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung unter keinen Umständen mehr zumutbar sein.

Beachte: In besonderen Fällen ist die außerordentliche Kündigung auch mit einer sog. **Auslaufrist** zu erklären. Das gilt dann, wenn ordentlich nicht kündbaren AN aus betriebsbedingten oder krankheitsbedingten Gründen ausnahmsweise außerordentlich gekündigt werden kann. Da der AN nicht schlechter stehen soll, als wenn ihm ordentlich gekündigt werden könnte, ist die außerordentliche Kündigung mit einer Auslaufrist im Umfang der ansonsten einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist zu erklären, sofern nicht im Einzelfall auch deren Wahrung unzumutbar ist.

4. *Sonderfall: Verdachtskündigung*

Gegeben, wenn AG die Kündigung nicht auf ein Fehlverhalten des AN, sondern auf den bloßen Verdacht eines Fehlverhaltens stützt.

= Personenbedingte außerordentliche Kündigung; Anknüpfungspunkt ist das allein durch den bestehenden Verdacht zerstörte Vertrauen.

Hinweis: Ist das Fehlverhalten nachgewiesen, kommt nur eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung in Betracht (sog. Tat Kündigung). Besteht nur ein Verdacht der Tatbegehung, kann der AG zwischen der Tat Kündigung und der Verdachtskündigung wählen oder die Kündigung auf beide Gründe stützen, selbst wenn der Verdacht erdrückend ist. Jeder Kündigungsgrund ist dann für sich daraufhin zu prüfen, ob er die außerordentliche Kündigung rechtfertigt.

Voraussetzungen:

- Verdacht beruht auf objektiven Umständen
- Es liegt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Tatbegehung vor (dringender Verdacht).
- Tat, deren der AN verdächtigt wird, muss im Falle ihrer tatsächlichen Begehung einen an sich wichtigen Kündigungsgrund darstellen.
- AG muss alle zumutbaren Aufklärungshandlungen unternommen haben.

Beachte: AG kann auch bis zum Abschluss eines laufenden Strafverfahrens warten und dann eine Verdachts- oder Tat Kündigung erklären. Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt vor Abschluss des Strafverfahrens nicht zu laufen. AG und Arbeitsgericht sind an Ausgang des Strafverfahrens nicht gebunden.

- AG muss den AN angehört haben.

Zur Verdachtskündigung s. näher *Müller-Glöge* Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 626 BGB Rdnr. 173 ff.

5. Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB (Ausschlussfrist)

Außerordentliche Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis des AG von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen erklärt werden, § 626 Abs. 2 Satz 1, 2 BGB. Lässt der AG die Erklärungsfrist verstreichen, ist die außerordentliche Kündigung nicht mehr möglich. Maßgeblich für die Wahrung der Frist ist nicht die Abgabe der Kündigungserklärung, sondern deren Zugang. Wegen § 130 Abs. 1 BGB ist die Kündigung erst dann i.S. von § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB „erfolgt“.

Beachte: Bei § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB handelt es sich um eine Kündigungserklärungsfrist (= Frist, innerhalb der die außerordentliche Kündigung erklärt werden muss); die Kennzeichnung als Kündigungsfrist ist grob falsch, da eine Kündigungsfrist den Zeitraum zwischen Zugang der Kündigungserklärung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezeichnet. Dies ist bei der außerordentlichen Kündigung jedenfalls im Rahmen von § 626 BGB denknotwendig ausgeschlossen.

Fristbeginn, § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB:

- Tatsächliche Kenntnis des Kündigungsberechtigten maßgeblich.
- Kündigungsberechtigter (AG, Personalchef) muss alle wesentlichen Umstände, die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind, kennen.
- Sofern nicht alle Tatsachen bekannt sind, ist Sachverhalt durch Kündigungsberechtigten in der gebotenen Eile aufzuklären. Frist des § 626 Abs. 2 BGB ist während der Aufklärungsmaßnahmen gehemmt, sofern diese Maßnahmen in der gebotenen Eile (pflichtgemäßes Ermessen) erfolgen. Weitere Ermittlungen sind nicht erforderlich, wenn der AN den Sachverhalt einräumt.

C. Umdeutung in ordentliche Kündigung

Ist die außerordentliche Kündigung rechtsunwirksam, ist im Weiteren zu prüfen, ob diese in eine ordentliche Kündigung gemäß § 140 BGB umgedeutet werden kann.

Hinweis: Erwägungen zur Umdeutung sind nur sinnvoll, wenn die außerordentliche Kündigung nicht aus einem Grund scheidet, der auch ohne Weiteres auch zur Rechtsunwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung führen würde (z. Bsp. Betriebsrat wurde nicht angehört).

Voraussetzungen:

- Umdeutung muss dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen (subjektive Ebene: AG muss seinen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf jeden Fall von dem AN lösen zu wollen).
- Wirksamkeitsvoraussetzungen für das Ersatzgeschäft müssen vorliegen (Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung).

Besteht ein Betriebsrat, muss der AG den Betriebsrat auch zur ordentlichen Kündigung ordnungsgemäß angehört haben; Anhörung kann nicht nachgeholt werden.

§ 623 BGB steht der Umdeutung nicht entgegen, weil nur die Kündigungserklärung als solche der Schriftform bedarf, nicht aber die Art der Kündigung angegeben werden muss.

- Das Ersatzgeschäft darf in seiner Wirkung nicht weiter reichen als das ursprüngliche (die ordentliche Kündigung stellt im Verhältnis zur außerordentlichen Kündigung ein „Weniger“ dar).

Hinweis: Auf die Umdeutung ist aber dann nicht einzugehen, wenn der AG die ordentliche Kündigung neben der außerordentlichen Kündigung hilfsweise erklärt hat. Dann liegt bereits eine ordentliche Kündigung vor, die ihre Wirkungen entfalten soll, wenn die außerordentliche Kündigung rechtsunwirksam ist.

Prüfungsschema (außerordentliche Kündigung)

- A. Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen
- B. Zulässigkeit der (Kündigungsschutz-)klage
- C. Begründetheit
 - I. Wirksam begründetes Arbeitsverhältnis
 - II. Begriffliches Vorliegen einer außerordentlichen Kündigung
 - III. Kündigungserklärung des AG
 - IV. Wirksamkeit der Kündigung
 - 1. Zugang, § 130 Abs. 1 BGB
 - 2. Form, § 623 BGB
 - 3. Keine unwiderlegbare Vermutung der Rechtswirksamkeit gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.V. mit § 7 KSchG
 - 4. Kein unzulässiger Inhalt
 - 5. Vorliegen von Zustimmungserfordernissen
 - 6. Keine Nichtigkeit gemäß § 134 BGB i. V. mit den §§ 612a, 613a Abs. 4 BGB; Art. 3 Abs. 2, 3 GG; § 138 BGB; § 242 BGB
 - 7. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates (keine Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG)
 - a) Bestehen eines Betriebsrates
 - b) Ordnungsgemäße Anhörung vor Ausspruch der Kündigung
 - c) Zustimmung oder Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG
 - 8. Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten
 - 9. Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB gegeben
 - a) An sich wichtiger Grund
 - b) Umfassende Interessenabwägung im Einzelfall

Kontrollfragen:

1. Kann sich der AN nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG darauf berufen, dass für die außerordentliche Kündigung ein wichtiger Grund fehlt?
2. Wie wird die außerordentliche Kündigung geprüft?
3. Muss bei der außerordentlichen Kündigung eine Frist eingehalten werden?
4. Wer muss Kenntnis der Kündigungstatsachen i. S. des § 626 Abs. 2 BGB haben?
5. Kann die außerordentliche Kündigung umgedeutet werden?
6. Kann außerdienstliches (privates) Verhalten zur außerordentlichen Kündigung führen?
7. Wie unterscheidet sich die Tat Kündigung von der Verdachtskündigung?
8. Kann der AG auch weit nach dem Zeitraum von zwei Wochen nach dem kündigungsrelevanten Ereignis außerordentlich kündigen?
9. Wie lange darf der AG Aufklärungsmaßnahmen durchführen?

Fall 14: T ist in der Papierfabrik des U beschäftigt. Am 24.3.2019 erkrankte T. Noch während seiner Krankschreibung beantragt er ab dem 4.4.2019 seinen gesamten Jahresurlaub (bis 20.5.2019). U genehmigte den Urlaub nicht, weil aus betrieblichen Gründen (wichtige Liefertermine bis 31.5.2019) im April und Mai kein Mitarbeiter mehr als zwei Wochen Urlaub nehmen könne. U ist des Weiteren der Auffassung, dass arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmern kein Urlaub gewährt werden könne. Zugleich forderte U den T auf, zur Arbeit zu erscheinen, sobald er wieder arbeitsfähig ist. Trotz Gesundung erschien der T im April und Mai nicht zur Arbeit. U erlangte hiervon am 13.6.2019 Kenntnis. Er kündigte dem T daraufhin mit Schreiben vom selben Tag fristlos. Ist die außerordentliche Kündigung rechtswirksam?

Fall 15: Die Y-GmbH betreibt Rettungswachen mit insgesamt 50 Arbeitnehmern. Der 53jährige C ist seit 1989 bei der Y-GmbH als Rettungshelfer im Rettungsdienst beschäftigt. Zu seinen Arbeitsaufgaben gehört, alle Fahrten entsprechend den Weisungen der Disponenten und des Leiters Krankentransport durchzuführen. Die Tätigkeit des C beinhaltet die Durchführung von Notfallrettungen und Krankentransporten nach dem Rettungsdienstgesetz. Im Jahre 1998 wurde gegen C ein Disziplinarverfahren durchgeführt, weil dieser vor Dienstantritt noch Restalkohol hatte. Seit Anfang 2008 existiert bei der Y-GmbH eine Dienstanweisung, wonach während des Dienstes und in erforderlicher Zeit davor Alkoholgenuss untersagt ist. C hat diese Anweisung unterschrieben. Die Y-GmbH führt jährlich Belehrungen hinsichtlich der Dienstanweisung durch. In der Dienstanweisung wird darauf hingewiesen, dass bei einem Verstoß gegen das Alkoholverbot mit einer Kündigung zu rechnen ist. Am 29.5.2019 erschien C pünktlich um 6.30 Uhr zum Dienst. Auf der Fahrt zur Arbeitsstelle war C zuvor in eine Polizeikontrolle geraten. Bei ihm wurde eine Blutalkoholkonzentration

von 0,8‰ festgestellt. C teilte dem mit ihm gemeinsam zum Dienst eingeteilten A mit, dass er kontrolliert worden sei. Wegen des Restalkohols fuhr in der Folge A den Krankentransport. Über die Kontrolle hatte C weder einem Mitglied der Geschäftsleitung der Y-GmbH noch dem Leiter Krankentransport Meldung gemacht.

Gegen 10.00 Uhr wurde dem Geschäftsführer der Y-GmbH noch am selben Tag mitgeteilt, dass im Rahmen einer Polizeikontrolle bei C Restalkohol festgestellt worden sei. C wurde daraufhin sofort aus dem Dienst genommen. C gab gegenüber dem Geschäftsführer G der Y-GmbH an, daß er keine Alkoholprobleme habe; er sei nicht alkoholabhängig. Am 2.6.2019 erklärt der Geschäftsführer der Y-GmbH schriftlich die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit C mit sofortiger Wirkung.

Eine Versetzung des C auf einen anderen Arbeitsplatz ist nicht möglich.

C erhebt fristgerecht Kündigungsschutzklage. Ist diese erfolgreich?