

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Zumutbarkeitsprüfung
 - 3.1 Beendigungsinteresse des Arbeitgebers
 - 3.2 Bestandsinteresse des Arbeitnehmers
 - 3.3 Abwägung beider Interessen
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Alkoholmissbrauch/-sucht
 - 4.2 Alter - 1
 - 4.3 Alter - 2
 - 4.4 Angemessenerer Weg
 - 4.5 Arbeitsmarktchancen
 - 4.6 Außerdienstliche Straftaten
 - 4.7 Berücksichtigung kollektiver Interessen
 - 4.8 Beschäftigungsdauer
 - 4.9 Betriebsratsanhörung
 - 4.10 Dauer des Arbeitsverhältnisses
 - 4.11 Einzelfallbetrachtung
 - 4.12 Einzelfallbewertung
 - 4.13 Entschuldigung
 - 4.14 Familienbetrieb
 - 4.15 Freistellung
 - 4.16 Generalprävention
 - 4.17 Gerichtliche Überprüfung
 - 4.18 Kein Sanktionscharakter
 - 4.19 Prüfungsmaßstab
 - 4.20 Prüfungsumfang - 1
 - 4.21 Prüfungsumfang - 2
 - 4.22 Prüfungsumfang - 3
 - 4.23 Prüfungsumfang - 4
 - 4.24 Prüfungsumfang - 5
 - 4.25 Rechtsirrtum
 - 4.26 Selbsthilfe
 - 4.27 Sexuelle Belästigung
 - 4.28 Unterhaltspflichten
 - 4.29 Verdachtskündigung
 - 4.30 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
 - 4.31 Weiterbeschäftigung - 1
 - 4.32 Weiterbeschäftigung - 2
 - 4.33 Wiederholungsfall
 - 4.34 Wiederholungsgefahr

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber darf bei Vorliegen eines wichtigen Grunds nicht gleich außerordentlich kündigen. Die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** bis zum regulären Beendigungstermin muss für ihn **unzumutbar** sein. Das erfordert nach Berücksichtigung aller **Umstände des Einzelfalls** und **Abwägung der Interessen beider Vertragsteile** (s. dazu § 626 Abs. 1 BGB) den Schluss, dass der vorzeitige Ausstieg aus dem Arbeitsverhältnis in dem ganz konkret zu beurteilenden Fall gerechtfertigt ist.

Es gibt für die **Zumutbarkeitsprüfung** kein Konditionalschema. Eine Interessenabwägung kann in einem Fall zu Gunsten des Arbeitgebers ausgehen, in einem anderen Fall nicht. Außerdem entscheidet der Arbeitgeber nicht allein darüber, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich unzumutbar ist. Erhebt der Arbeitgeber eine Kündigungsschutzklage, wird die **Zumutbarkeitsprüfung von Arbeitsrichtern** vorgenommen. Da kann es bei einem Rechtszug über drei Instanzen schon mal passieren, dass es je nach Besetzung der Gerichte unterschiedliche Antworten gibt.

2. Grundsatz

Liegt ein an sich für eine außerordentliche Kündigung geeigneter **wichtiger Grund** vor, kann die darauf gestützte beabsichtigte außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis trotzdem nur dann wirksam beenden, wenn nach einer umfassenden **Interessenabwägung** im Ergebnis

- das **Beendigungsinteresse des Arbeitgebers**
- das **Bestandsinteresse des Arbeitnehmers**

überwiegt (BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 415/05).

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer ist grundsätzlich daran interessiert, seinen Arbeitsplatz zu behalten. Er lebt in der Regel davon. Das verdiente Arbeitsentgelt sichert seine Existenz und die seiner Familie. Der Arbeitnehmer zahlt von dem erzielten Verdienst seine Miete, seinen Strom und sein Wasser. Wenn diese Einnahmequelle von heute auf morgen versiegt, bekommt er ein Problem. Arbeitslosengeld hilft ihm zwar über einiges hinweg, erreicht aber längst nicht die Höhe des zuvor gezahlten Arbeitsentgelts. Wer keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hat, wird vom Ersparnen leben, Arbeitslosengeld II ("Hartz IV") oder Sozialhilfe beantragen müssen. Der soziale Abstieg ist vorprogrammiert. Nicht jeder findet nach einer Kündigung gleich eine Anschlussbeschäftigung. Demgegenüber hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, das Arbeitsverhältnis eines Mitarbeiters bei Vorliegen eines wichtigen Grunds möglichst schnell zu beenden. Bei ihm stehen weniger persönliche als betriebliche Gesichtspunkte im Vordergrund. Alle Kriterien die für und gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, sind im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB abzuwägen.

Das **Beendigungsinteresse** des Arbeitgebers zielt darauf, das Arbeitsverhältnis seines Mitarbeiters wegen des vorhandenen wichtigen Grunds mit der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung vorzeitig zu beenden. Das **Bestandsinteresse** des Arbeitnehmers ist darauf gerichtet, das Arbeitsverhältnis trotz des vorhandenen wichtigen Grunds fortzusetzen. Es reicht bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB bis zu dem **Zeitpunkt**, zu dem das Arbeitsverhältnis ordentlich beendet werden könnte (Ablauf der Kündigungsfrist, Ablauf der vereinbarten Befristung).

3. Zumutbarkeitsprüfung

Die bei der Interessenabwägung zu prüfenden **Gesichtspunkte** lassen sich nicht abschließend und für alle Fälle festlegen (BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 415/05). § 626 Abs. 1 BGB stellt auf die **Umstände des Einzelfalls** ab. Umstände des Einzelfalls sind **tatsächliche Umstände**. Sie können in jedem Fall anders sein, anders liegen und anders zu **gewichten** und zu **bewerten** sein.

Praxistipp:

Bevor man als Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung aussprechen darf, muss man die vom Gesetz vorgeschriebene Interessenabwägung vornehmen. Dabei werden das eigene Beendigungsinteresse und das Bestandsinteresse des Mitarbeiters von tatsächlichen Umständen geprägt. Das macht es notwendig, vor dem Kündigungsentschluss alle Fakten zu sammeln, die für und gegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sprechen. Die Tatsachensammlung sollte möglichst vollständig sein. Nur das erlaubt eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen. Es ist ohnehin schon schwierig, als Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung vor dem Arbeitsgericht durchzubekommen. Selbst wenn man einen wichtigen Grund hat und der vom Arbeitsgericht an sich anerkannt wird: Die außerordentliche Kündigung kann auch daran scheitern, dass die Interessenabwägung fehlt oder fehlerhaft ist.

Obwohl die möglichst **lückenlose Ermittlung der beiderseitigen Interessen** wichtig ist: Das Ergebnis der Abwägung lässt sich nicht nach mathematischen Grundsätzen finden. Vier Gesichtspunkte auf Arbeitgeberseite bedeuten nicht, dass damit nur zwei auf Seiten des Arbeitnehmers gefundene Aspekte schon numerisch ausgestochen werden. Die Interessenabwägung verlangt eine **Gewichtung**. Und diese Gewichtung kann von Einzelfall zu Einzelfall anders ausgehen. Dabei ist immer daran zu denken, dass das Recht der außerordentlichen Kündigung nicht vom **Sanktions- oder Bestrafungsprinzip**, sondern vom **Prognoseprinzip** beherrscht wird (BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 179/05). Zudem müssen sich die tatsächlichen Umstände konkret auf das Arbeitsverhältnis auswirken.

Die Interessenabwägung hat nicht bloß vor Ausspruch der Arbeitgeberkündigung zu erfolgen. Auch bei einer **Arbeitnehmerkündigung** muss es dem Kündigungsberechtigten "*unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile*" unzumutbar sein, sein Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortzusetzen. Die hier für die Arbeitgeberkündigung angesprochenen Grundsätze gelten entsprechend.

3.1 Beendigungsinteresse des Arbeitgebers

Auf **Seiten des Arbeitgebers** sind u.a. folgende Tatsachen zu berücksichtigen:

- lange Dauer der **Ablauf- oder Kündigungsfrist** bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch fristgemäße Kündigung oder Ablauf der Befristung
- es liegen bereits einschlägige **Abmahnungen** vor
- das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zeigt eine gewisse **Beharrlichkeit**
- das Verhalten des Arbeitnehmers stört den **Betriebsfrieden**
- kurze Dauer der **Betriebszugehörigkeit**
- der Arbeitnehmer hat mit **Eigennutz** gehandelt
- der Arbeitnehmer konnte bei seinem Verhalten nicht mit dem **Einverständnis** seines Arbeitgebers rechnen
- der Arbeitnehmer hat nicht das **erste Mal** gegen seine Vertragspflichten verstoßen
- der **Familienstand** (ledig)
- die außerordentliche Kündigung hat keine oder kaum **Folgen** für den Arbeitnehmer
- die Vertragsverletzung führt zu einer **Gefährdung** von Arbeitskollegen und/oder materiellen Betriebsmitteln des Arbeitgebers
- das Verhalten löst bei anderen Mitarbeitern einen **Nachahmungseffekt** aus
- der Arbeitnehmer handelt in einem verschuldeten **Rechtsirrtum**
- dem Arbeitgeber ist durch das Verhalten ein **Schaden** entstanden
- beim Arbeitnehmer liegt keine **Schwerbehinderung** vor
- die erhöhte **Schwere** der begangenen Pflichtverletzung
- die höhere **Stellung** des Arbeitnehmers im Betrieb (z.B. Vorgesetzter mit Vorbildfunktion)
- bisherige **Störungen** des Arbeitsverhältnisses
- das Verhalten des Arbeitnehmers ist eine **Straftat**
- der Arbeitnehmer hat keine **Unterhaltungspflichten**
- die zu treffende **Verhaltensprognose** ist negativ
- der Arbeitgeber hat konkrete **Verhaltensregeln** vorgegeben

- das Verhalten des Arbeitnehmers zeigt eine besondere **Verwerflichkeit**
- der Arbeitnehmer hat mit **Vorsatz** gehandelt
- der Arbeitnehmer hat sich vor der Kündigung nicht um eine **Wiedergutmachung** des Schadens gekümmert
- es liegt eine **Wiederholungsgefahr** vor

3.2 Bestandsinteresse des Arbeitnehmers

Auf **Seiten des Arbeitnehmers** sind - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - folgende Tatsachen zu berücksichtigen:

- kurze Dauer der Ablauf- oder Kündigungsfrist bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch fristgemäße Kündigung oder Ablauf der Befristung
- es liegen noch keine einschlägigen Abmahnungen vor
- das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zeigt keine Beharrlichkeit
- das Verhalten des Arbeitnehmers stört den Betriebsfrieden nicht
- lange Dauer der Betriebszugehörigkeit
- der Arbeitnehmer hat ohne **Eigennutz** gehandelt
- der Arbeitnehmer konnte bei seinem Verhalten mit dem Einverständnis seines Arbeitgebers rechnen
- der Arbeitnehmer hat das erste Mal gegen seine Vertragspflichten verstoßen
- der Familienstand (verheiratet)
- die außerordentliche Kündigung hat Folgen für den Arbeitnehmer
- die Vertragsverletzung führt nicht zu einer Gefährdung von Arbeitskollegen und/oder materiellen Betriebsmitteln des Arbeitgebers
- das Verhalten löst bei anderen Mitarbeitern keinen **Nachahmungseffekt** aus
- der Arbeitnehmer handelt in einem unverschuldeten Rechtsirrtum
- dem Arbeitgeber ist durch das Verhalten kein **Schaden** entstanden
- beim Arbeitnehmer liegt eine Schwerbehinderung vor
- die niedrigere Schwere der begangenen Pflichtverletzung
- die niedrigere Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb (z.B. Produktionshelfer ohne Vorbildfunktion)
- bisher keine Störungen des Arbeitsverhältnisses
- das Verhalten des Arbeitnehmers ist keine **Straftat**
- der Arbeitnehmer hat Unterhaltspflichten
- die zu treffende Verhaltensprognose ist positiv
- der Arbeitgeber hat keine konkreten Verhaltensregeln vorgegeben
- das Verhalten des Arbeitnehmers zeigt keine besondere **Verwerflichkeit**
- der Arbeitnehmer hat nicht mit Vorsatz gehandelt
- der Arbeitnehmer hat sich vor der Kündigung um eine Wiedergutmachung des Schadens gekümmert
- es liegt keine Wiederholungsgefahr vor

3.3 Abwägung beider Interessen

Die unter den Gliederungspunkten 3.1. und 3.2. aufgeführten Interessen sind **kein abgeschlossener Katalog** sämtlicher zu berücksichtigenden tatsächlichen Umstände. Im **Einzelfall** können weitere Gesichtspunkte hinzukommen oder bestimmte Aspekte von vornherein ausscheiden. Bei den hinterlegten Umständen fällt auf, dass die aufgelisteten **Kriterien für beide Seiten** - Arbeitgeber und Arbeitnehmer - angesprochen werden. Der Unterschied liegt in der Gewichtung. Sie fällt in einem Fall so, in einem anderen Fall anders aus.

Beispiele:

- (1) Arbeitnehmer N1 ist 55 Jahre alt und seit über 30 Jahren für Arbeitgeber A1 tätig. Er ist bislang noch nicht negativ aufgefallen. Am 31.8. verschläft N1 und kommt erst mit 3-stündiger Verspätung zur Arbeit. A1 hat einen Produktionsausfall von mehreren Tausend Euro.
- (2) Arbeitnehmer N2 ist 20 Jahre alt und seit zwei Jahren bei Arbeitgeber A2 tätig. Er ist schon zweimal wegen Zu-Spät-Kommens abgemahnt worden. Am 04.09. kommt N2 morgens wieder zu spät zur Arbeit.
- (3)

Arbeitnehmer N3 ist als Personalleiter Vorgesetzter von 130 Mitarbeitern. Arbeitgeber A3 bekommt von mehreren Mitarbeiterinnen zu hören, dass N3 sie sexuell belästigt hat. Das Gleiche wird A3 von Arbeitnehmer N4 erzählt, der in der Fertigung am Band arbeitet.

Bei N1 im ersten Beispielfall wird man sein Alter und das 30-jährige beanstandungsfreie Arbeiten zu seinen Gunsten werten müssen. A1 ist zwar ein relativ hoher Schaden entstanden. Da das Verschlafen bei N1 jedoch ein einmaliger Vorfall war, wird man hier annehmen können, dass sein Bestandsinteresse das Beendigungsinteresse von A1 überwiegt. Das sieht bei N2 anders aus: Er ist bereits einschlägig abgemahnt und kommt trotzdem wieder einmal zu spät zur Arbeit. Außerdem ist er noch jung und gerade einmal zwei Jahre bei A2 beschäftigt. Hier wird man annehmen können, dass sein Bestandsinteresse hinter dem Beendigungsinteresse von A2 zurücktreten muss. Bei A3 haben beider Mitarbeiter andere sexuell belästigt. N3 hat als Personalleiter eine herausragende Stellung. Er muss wissen, was sich in dieser Position gehört. Hier dürfte das Beendigungsinteresse von A3 überwiegen. Bei N4 wird man prüfen müssen, ob mit einer Abmahnung oder Versetzung nicht schon ein ausreichendes Mittel gefunden ist, ihn von weiteren sexuellen Belästigungen abzuhalten. Dann müsste sein Bestandsinteresse höher bewertet werden als das Beendigungsinteresse von A3.

Grundsätzlich kommen

- der **Dauer des Arbeitsverhältnisses** und
- dem **beanstandungsfreien Bestand**

bei der umfassenden **Abwägung der beiderseitigen Interessen** ein besonderes Gewicht zu (BAG, 16.12.2004 - 2 ABR 7/04)

Die Prüfung einer außerordentlichen Kündigung erfolgt auf **zwei Stufen**:

- **1. Stufe**: Entscheidung, ob der **Sachverhalt** losgelöst von den Fragen des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu geben.
- **2. Stufe**: Entscheidung, ob bei der erforderlichen Interessenabwägung alle in Betracht kommenden **Umstände des Einzelfalls** das Ergebnis rechtfertigen, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung dieses Mitarbeiters bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

Das **Ergebnis der Interessenabwägung** muss nicht zwangsläufig auf ein unumstößliches falsch oder richtig hinauslaufen. Viele Abwägungen enden damit, eine **vertretbare Lösung** zu liefern. Da nach § 626 Abs. 1 BGB alle Umstände des Einzelfalls heranzuziehen sind, geht es aber nicht an, einige Punkte von vornherein unberücksichtigt zu lassen (BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 415/05). Im Übrigen wird man bei der Interessenabwägung auch das AGG und seine **Diskriminierungskriterien** und -verbote zu berücksichtigen haben.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema außerordentliche Kündigung/Interessenabwägung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

4.1 Alkoholmissbrauch/-sucht

Die Entscheidung erging zwar zur Frage, ob der Arbeitgeber einem alkoholkranken Mitarbeiter Arbeitsentgelt fortzahlen muss, wenn er nach mehreren Entziehungskuren wieder rückfällig wird. Sie macht aber auch deutlich: **Alkoholsucht ist eine Krankheit** - was wiederum bei einer außerordentlichen Kündigung im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Es ist nämlich schon ein Unterschied, ob ein **Verhalten steuerbar** oder - wie bei einer Suchterkrankung - nicht steuerbar ist. Trotzdem entschuldigt Alkoholabhängigkeit allein nicht alles: Wird ein Mitarbeiter infolge seiner Alkoholsucht arbeitsunfähig krank, kann nach derzeitigem Stand der Medizin nicht allgemein davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer seine alkoholbedingte Arbeitsunfähigkeit i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG verschuldet hat. Es gibt

für das **Entstehen von Alkoholsucht** nicht nur den einen Grund. Sie entsteht multikausal. Hinzu kommt, dass sich die verschiedenen Ursachen auch noch wechselseitig bedingen. Nach einem durchgeführten Alkoholentzug gibt es eine Abstinenzrate von 40 bis 50 % - was die Annahme nährt, dass ein Verschulden des Arbeitnehmers an seinem Rückfall trotz Alkoholabhängigkeit nicht generell auszuschließen ist (BAG, 18.03.2015 - 10 AZR 99/14).

4.2 Alter - 1

Zwar ist bei einer verhaltensbedingten Kündigung auch das Lebensalter eines Arbeitnehmers **berücksichtigungsfähig** (hier: 34 Jahre). Ist der Arbeitnehmer bei Ausspruch der Kündigung jedoch in einer Altersgruppe, die es nicht ausschließt, dass er eine **neue Tätigkeit** findet, kommt dem Alter weniger Gewicht zu. Zudem ist auf die **Schwere der Pflichtverletzung** (hier: unentschuldigtes Fehlen trotz Abmahnung) abzustellen - und das kann zu dem Ergebnis führen, dass das Alter und andere Abwägungskriterien dahinter völlig zurücktreten müssen (LAG Hamm, 17.02.2006 - 18 Sa 1869/05).

4.3 Alter - 2

Grundsätzlich gilt: "Die Berücksichtigung der Dauer des Arbeitsverhältnisses und seines störungsfreien Verlaufs bei der Interessenabwägung im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB verstößt nicht gegen das Gebot einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts" (Leitsatz). Die Berücksichtigung der Dauer der Betriebszugehörigkeit ist keine unzulässige Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer wegen des Merkmals "Alter". Zum einen besteht zwischen Alter und Beschäftigungsdauer kein zwingender Zusammenhang, weil jüngere Mitarbeiter durchaus länger beschäftigt sein können als ältere. Zum anderen wäre eine mittelbare Diskriminierung der Jüngeren durch ein legitimes Ziel im Sinn des Art. 2 Abs. 2 RiLi 2000/78/EG sachlich gerechtfertigt (BAG, 07.07.2011 - 2 AZR 355/10).

4.4 Angemessenerer Weg

Eine außerordentliche Kündigung ist nur dann zulässig, "wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen **Reaktionsmöglichkeiten** unzumutbar sind". Das heißt: es muss vor einer außerordentlichen Kündigung abgewogen werden, ob nicht **Abmahnung oder ordentliche Kündigung** als mildere Reaktionen in Betracht kommen. *"Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen - zu erreichen."* So ist beispielsweise bei einem steuerbaren Verhalten grundsätzlich davon auszugehen, dass ein **künftiges Verhalten** schon dadurch positiv beeinflusst werden kann, dass negative Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses angedroht werden (BAG, 24.03.2011 - 2 AZR 282/10 - hier Angemessenheit verneint in einem Fall, in der ein außerordentlich gekündigter "Leiter IT/TK" Daten seines Arbeitgebers nicht im Firmennetzwerk, sondern unverschlüsselt auf dem privaten Laptop gespeichert hatte).

4.5 Arbeitsmarktchancen

Ob der Umstand, dass eine fristlose Kündigung auf dem Arbeitsmarkt eine **diskriminierende Wirkung** hat, beim Vorliegen des wichtigen Grunds oder bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist, kann dahinstehen. In keinem Fall reicht es aus, allgemein auf eine diskriminierende Wirkung bei **Bewerbungen** auf dem Arbeitsmarkt abzustellen. Zunächst muss überhaupt eine Bewerbung geplant sein, dann können ohne näheres Eingehen auf den konkreten Fall die Arbeitsmarktchancen eines 30-jährigen Facharbeiters bei der Interessenabwägung **nicht generell als negativ** angesehen werden (BAG, 29.01.1997 - 2 AZR 292/96).

4.6 Außerdienstliche Straftaten

Was war Anlass der Kündigung? Arbeitgeber A hatte aus der Presse erfahren, dass sein Mitarbeiter M, ein Chemielaborant, ein **Betäubungsmittel- und Sprengstoffdelikt** begangen hatte und wegen eines versuchten Sprengstoffvergehens **verurteilt** worden war. Er sprach gleich die fristlose Kündigung aus - wurde vom LAG Düsseldorf jedoch wieder eingebremst. Obwohl bei einer außerdienstlichen Straftat eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung möglich ist: Der Arbeitgeber muss dabei **Art und Schwere des Delikts**, die von seinem Mitarbeiter ausgeübte konkrete Tätigkeit und dessen Stellung im Betrieb berücksichtigen. Danach war die außerordentliche Kündigung hier - auch mit Blick auf die lange

4.7 Berücksichtigung kollektiver Interessen

Die kollektiven Interessen von Betriebsrat und Belegschaft an der weiteren Ausübung des Mandats werden gesetzlich allein dadurch geschützt, dass der Betriebsrat vor der außerordentlichen Kündigung des Mandatsträgers seine Zustimmung erteilen muss oder das Gericht diese Zustimmung ersetzt (s. dazu BAG, 23.08.1984 - 2 AZR 391/83). Anders als in den Fällen des § 103 Abs. 3 Satz 2 BetrVG - Versetzung eines Amtsträgers - kommt eine darüber hinausgehende Berücksichtigung kollektiver Interessen im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG nicht in Betracht. Hier ist ausschließlich zu prüfen, "ob das vom Arbeitgeber reklamierte Recht zur (außerordentlichen) Kündigung in Form eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB gegeben ist" (s. dazu BAG, 28.03.2017 - 2 AZR 551/16 - und BAG, 22.08.1974 - 2 ABR 17/74). "Bei der nach § 626 Abs. 1 BGB erforderlichen Interessenabwägung kommt es nicht auf die kollektiven Interessen des Betriebsrats und der Belegschaft am Verbleib des betroffenen Arbeitnehmers in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Funktion an" (BAG, 16.11.2017 - 2 AZR 14/17) .

4.8 Beschäftigungsdauer

Es gibt **keine absoluten Kündigungsgründe**. Auf der anderen Seite kann selbst ein durch vertragswidriges Verhalten herbeigeführter wirtschaftlicher Schaden des Arbeitgebers ein Anlass sein, der als wichtiger Grund im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung in Frage kommt. Nur: § 626 Abs. 1 BGB verlangt eine **Interessenabwägung**. Zu den zu Gunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Gesichtspunkten gehört insbesondere eine "über drei Jahrzehnte ohne rechtlich relevante Störungen verlaufende Beschäftigung", durch die sich der Arbeitnehmer ein hohes Maß an Vertrauen erwarb, das durch einen atypischen, einmaligen Kündigungssachverhalt mit nur geringem Schaden - hier: (angebliche) Unterschlagung von Pfandbons im Wert von 1,30 EUR seitens einer Kassiererinnen - nicht vollständig zerstört werden konnte (BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - mit dem Hinweis, dass hier eine Abmahnung als milderes Mittel ausreichend gewesen wäre).

4.9 Betriebsratsanhörung

Der Arbeitgeber muss seinen Betriebsrat vor jeder Kündigung anhören und ihm bei der Anhörung die **Gründe für die Kündigung** mitteilen (§ 102 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG). Soll die außerordentliche Kündigung **mit Diebstahl oder dem Verdacht eines Diebstahls** begründet werden, hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat nicht nur die festgestellten Tatsachen mitzuteilen. Er muss ihm auch mitteilen, wie der bisherige **Verlauf des Arbeitsverhältnisses** war und welche Gründe bei seiner Interessenabwägung eine Rolle gespielt haben. Tut er das nicht, ist die Kündigung bereits formell unwirksam (LAG Schleswig-Holstein, 10.01.2012 - 2 Sa 305/11 - mit dem Hinweis, dass dem Betriebsrat hier zu wenig mitgeteilt worden ist).

4.10 Dauer des Arbeitsverhältnisses

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A hatte **Betriebsratsmitglied M** bereits wegen einer vorzeitig genommenen Pause abgemahnt. Wenige Tage später entdeckte er M vor Beginn der regulären Ruhezeit schlafend im Pausenraum. B entschuldigte sich mit angeblichen **Knieschmerzen**, derentwegen er sich auf der Krankenliege ausgeruht habe und dabei wohl **eingeschlafen** sei. A wollte M außerordentlich kündigen. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur Kündigung.

Obwohl in diesem Fall ein **Arbeitszeitbetrug** im Bereich des Möglichen lag: Nicht jede vorzeitige Inanspruchnahme von Pausen ist gleich ein strafbares Vermögensdelikt zu Lasten des Arbeitgebers. Selbst wenn sich M hier zwei Mal einige Minuten vor Beginn der offiziellen Pause hingelegt habe, ist das selbst bei einschlägiger Abmahnung kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung. Sie würde bei einem **seit mehr als 20 Jahren** bestehenden Arbeitsverhältnis **in keinem Verhältnis zur Schwere** der begangenen Pflichtverletzung stehen (ArbG Siegburg, 03.05.2017 - 4 BV 56/16 - mit dem Ergebnis, dass das Gericht die Zustimmung des Betriebsrats nicht ersetzt hat).

4.11 Einzelfallbetrachtung

Bei Prüfung der Frage, ob dem Arbeitgeber die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar** ist, hat eine *"Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen."* Die dabei maßgeblichen Umstände können nicht abschließend festgelegt werden. *"Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das **Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung** - etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlustes und ihre wirtschaftlichen Folgen-, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche **Wiederholungsgefahr** sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf"* (BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 273/12 - mit dem Hinweis, dass eine außerordentliche Kündigung nur in Frage kommt, *"wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderer Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind"*).

4.12 Einzelfallbewertung

Die Interessenabwägung muss bei einer außerordentlichen Kündigung als Einzelfallbewertung **unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** erfolgen. Die dabei zu berücksichtigenden Umstände lassen sich nicht abschließend festlegen. **Regelmäßige Bewertungskriterien** sind "das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf." Solange es mildere Mittel als eine außerordentliche Kündigung (z. B. eine Abmahnung) gibt, kommt eine außerordentliche Kündigung nicht in Betracht. Die außerordentliche Kündigung ist **keine Sanktion** pflichtwidrigen Verhaltens, sondern hat den Zweck, zukünftige Vertragsstörungen zu verhindern (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 302/16 - mit Hinweis auf BAG, 20.10.2016 - 6 AZR 471/15 - und BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14).

4.13 Entschuldigung

Die weitere Entwicklung eines Sachverhalts kann im Einzelfall dazu führen, die negative Prognose und damit die **Wiederholungsgefahr** auszuschließen. Räumt der Arbeitnehmer das Fehlverhalten (hier: Tätlichkeit unter Eheleuten, die beide beim selben Arbeitgeber beschäftigt sind) ein und entschuldigt er sich dafür, wird durch weitere Umstände - im Zeitpunkt der Kündigung indiziell die objektiv feststellbare **Prognose** bestätigt, es habe sich um eine situativ bedingte, einmalige Affekttat ohne konkrete Wiederholungsgefahr gehandelt. Die **Einmaligkeit der Pflichtverletzung** und die zu verneinende Wiederholungsgefahr wirkt sich dann auch auf die Zulässigkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung aus (LAG München, 25.10.2007 - 3 Sa 572/07).

4.14 Familienbetrieb

Der vereinfachte Fall: Der 62-jährige Arbeitnehmer N arbeitete schon 23 Jahre in einem kleinen Gas- und Wasserinstallateurbetrieb. Nachdem es bereits am Vortag zwischen ihm und der Betriebsleitung zu einer **Auseinandersetzung** gekommen war, gerieten die Parteien am 16.02.2016 erneut aneinander. Im Verlauf der letzten Auseinandersetzung sagte N: **"Dann kündigt mich doch"**. Der Geschäftsführer antwortete darauf: **"Damit wir dann als soziale Arschlöcher dastehen."** N erwiderte, dass die Firma dies sowieso schon sei. Wenige Tage später bekam er die fristlose - hilfsweise ordentliche - Kündigung.

Eine grobe Beleidigung der Geschäftsleitung kann in einem familiengeführten Kleinbetrieb auch bei einem langjährigen Mitarbeiter - und das ohne vorherige Abmahnung - zu einer außerordentlichen Kündigung führen. So ein Verhalten wird nicht durch das Grundrecht der **Meinungsfreiheit** gedeckt. Das vorherige Verhalten des Geschäftsführers ist auch **keine Provokation**, die das Arbeitnehmerverhalten entschuldigen kann. Unter den vorliegenden Umständen war es dem Arbeitgeber als kleinem Familienbetrieb **nicht zumutbar**, das Beschäftigungsverhältnis weitere sieben Monate bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung fortzusetzen (LAG Schleswig-Holstein, 24.01.2017 - 3 Sa 244/16).

4.15 Freistellung

Der **Verdacht** einer schwerwiegenden strafbaren Handlung ist grundsätzlich auch dann geeignet, dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer einer längeren Frist unzumutbar zu machen, wenn der Arbeitnehmer bereits von der Arbeitspflicht freigestellt ist. Die unwiderrufliche Freistellung des Arbeitnehmers ist allerdings bei der **Interessenabwägung** zu berücksichtigen:

*"Ist durch einen schwerwiegenden Verdacht das für das Arbeitsverhältnis eines Kundenbetreuers bei einer Bank unerlässliche **Vertrauensverhältnis** endgültig zerstört, so sind dem Arbeitgeber weitere Zahlungen in sechsstelliger Höhe an diesen Arbeitnehmer ohne entsprechende Gegenleistung unzumutbar, abgesehen davon, dass der Arbeitgeber schon aus Haftungsgründen kaum dulden kann, dass der Arbeitnehmer auch ohne Schaltertätigkeit formell weiter als Kundenbetreuer der Bank geführt wird"* (BAG, 05.04.2001 - 2 AZR 217/00).

4.16 Generalprävention

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch der **Verschuldensgrad** zu berücksichtigen, mit dem der Arbeitnehmer gehandelt hat. Zudem kommt es darauf an, welche **Nachteile und Auswirkungen** die Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten für den Arbeitgeber gehabt hat und inwieweit eine Wiederholungsgefahr besteht. Die vom Arbeitgeber angesprochenen Aspekte der Generalprävention gegenüber anderen Mitarbeitern und die **negative Ausstrahlungswirkung** im Fall einer Weiterbeschäftigung sind zwar für das Kündigungsrecht im Allgemeinen und die Interessenabwägung im Besonderen anerkannt, sie sind jedoch nur begrenzt tragfähig (LAG Düsseldorf, 11.05.2005 - 12 (11) Sa 115/05 - mit dem Hinweis, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz im Kündigungsrecht keine Anwendung findet).

4.17 Gerichtliche Überprüfung

Die Antwort auf die Frage, ob der Arbeitgeber die **Grenzen der Verhältnismäßigkeit** bei der Interessenabwägung eingehalten hat, ist gerichtlich überprüfbar. Das Berufungsgericht hat bei seiner Prüfung der Interessenabwägung einen **Beurteilungsspielraum**. Das Bundesarbeitsgericht kann die Beurteilung des LAG in der Revision nur daraufhin kontrollieren, "ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen **Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze** verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat" (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 302/16 - mit Hinweis auf BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 - und BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 651/13).

4.18 Kein Sanktionscharakter

Das Arbeitsgericht darf bei der **Verschuldensfrage** im Rahmen der Interessenabwägung nicht auf die Wertungen des Strafgesetzgebers in § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB - "Die Schuld des Täters ist die Grundlage für die Strafzumessung" - abstellen. Bei der Frage der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung geht es nicht um eine repressive Strafzumessung oder die Sanktion für ein in der Vergangenheit begangenes Unrecht. Es geht zum einen um die **Vermeidung künftiger Störungen** des Arbeitsverhältnisses, zum anderen "um die Abwägung von Interessen im Zusammenhang mit der Frage, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses **für die Zukunft zumutbar** ist" (BAG, 13.12.2018 - 2 AZR 370/18)

4.19 Prüfungsmaßstab

Bei der Bewertung des Kündigungsgrunds und der nachfolgenden Interessenabwägung entscheiden **objektive Kriterien** als Bewertungsmaßstab. **Subjektive Umstände**, die sich aus den Verhältnissen der Beteiligten ergeben, sind nur auf Grund objektiver Betrachtung zu berücksichtigen. Die danach maßgeblichen Umstände müssen sich konkret nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirken. Weil der Kündigungsgrund zukunftsbezogen ist und die Kündigung keine Sanktion für das Verhalten in der Vergangenheit darstellt, kommt es auf seine **Auswirkungen** auf die Zukunft an (LAG Rheinland-Pfalz, 25.04.2005 - 7 Sa 29/05).

4.20 Prüfungsumfang - 1

Im Rahmen der Interessenabwägung müssen alle vernünftigerweise in Betracht kommenden **Umstände des Einzelfalls** daraufhin überprüft werden, ob sie es dem Kündigenden (hier: Arbeitnehmer) unzumutbar machen, das Arbeitsverhältnis bis zur ordentlichen Beendigung beziehungsweise Beendigungsmöglichkeit fortzusetzen. Die Bewertung der für und gegen die **Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung** sprechenden Umstände liegt weitgehend im **Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz**. Hält sich die Interessenabwägung im Rahmen des Beurteilungsspielraums, kann das Revisionsgericht die angegriffene Würdigung nicht durch seine eigene ersetzen (BAG, 26.07.2001 - 8 AZR 739/00).

4.21 Prüfungsumfang - 2

Es ist vorrangig **Aufgabe der Tatsachengerichte** zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB erfüllt. Die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 Abs. 1 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, berücksichtigt wurden. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund darzustellen und ob bei der Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls daraufhin überprüft worden sind, ob es dem Kündigenden unzumutbar geworden ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen (BAG, 29.03.2007 - 8 AZR 538/06).

4.22 Prüfungsumfang - 3

Die Prüfung der Interessenabwägung durch das Berufungsgericht darf **nicht widersprüchlich** sein. Das Berufungsgericht muss zudem **alle in Betracht kommenden Umstände** würdigen, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen. Behauptet der Arbeitnehmer eine **unzulässige Rechtsausübung** seines Arbeitgebers, muss ein dabei bestehender besonderer, rechtlich relevanter Zusammenhang zwischen der beanspruchten und der selbst ausgeübten Verhaltensweise herausgestellt werden, der den Rechtsanspruch angesichts des eigenen Verhaltens als rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt (BAG, 19.04.2007 - 2 AZR 78/06).

4.23 Prüfungsumfang - 4

Bei der Interessenabwägung sind *"alle für das jeweilige Vertragsverhältnis in Betracht kommenden **Gesichtspunkte** zu bewerten. Dazu gehören das gegebene Maß der Beschädigung des Vertrauens, das Interesse an der konkreten Handhabung der Geschäftsanweisungen, das vom Arbeitnehmer in der Zeit seiner unbeanstandeten Beschäftigung erworbene **'Vertrauenskapital'** ebenso wie die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsverstößes; eine abschließende Aufzählung ist nicht möglich. Insgesamt muss sich die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses als angemessene Reaktion auf die eingetretene Vertragsstörung erweisen. Unter Umständen kann eine **Abmahnung als milderes Mittel** zur Wiederherstellung des für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauens in die Redlichkeit des Arbeitnehmer ausreichen"* (BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 - zum Fall "Emmely" und dem Einlösen zweier fremder Pfandbons im Wert von 1,30 EUR durch eine Kassiererin mit über 30-jähriger, störungsfreier Beschäftigungsdauer).

4.24 Prüfungsumfang - 5

Die Zumutbarkeitsprüfung - Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist - erfordert in einer **Gesamtwürdigung** die Abwägung des Interesses des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Interesse des Mitarbeiters am Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses. Dabei muss eine **Bewertung des Einzelfalls** unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen. Die einzelnen **Abwägungskriterien** lassen sich nicht abschließend festlegen. "Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf" (BAG, 19.04.2012 - 2 AZR 186/11 ; bestätigt durch BAG, 13.12.2018 - 2 AZR 370/18).

4.25 Rechtsirrtum

Recht hat einen Geltungsanspruch. Der Schuldner kann das **Risiko** eines Rechtsirrtums daher nicht auf den Gläubiger abwälzen. Dieses Risiko trägt er selbst (s. dazu BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 und BAG, 19.08.2015 - 5 AZR 975/13). Erst dann, wenn der Schuldner seinen Rechtsirrtum auch unter **Beachtung der notwendigen Sorgfalt** nicht erkennen konnte, ist die Annahme eines unverschuldeten Rechtsirrtums gerechtfertigt. Bei der Bewertung der Sorgfalt sind allerdings **strenge Maßstäbe** anzulegen. Dass sich der Schuldner für seine Rechtsauffassung auf eine eigene Prüfung und fachkundige Beratung stützen kann, entlastet ihn nicht. Der Verlust eines möglichen Rechtsstreits muss zwar nicht undenkbar sein (s. dazu BAG,

12.11.1992 - 8 AZR 503/91). "Gleichwohl liegt ein entschuldbarer Rechtsirrtum nur dann vor, wenn der Schuldner damit nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu rechnen brauchte; ein normales Prozessrisiko entlastet ihn nicht" (BAG, 17.11.2016 - 2 AZR 730/15 - mit Hinweis auf BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 ; BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 273/12 ; BGH, 06.12.2006 - IV ZR 34/05 und BGH, 27.09.1989 - IVa ZR 156/88).

4.26 Selbsthilfe

Die **eigenmächtige Urlaubsnahme** ist als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben. Bei einer allseitigen Interessenabwägung ist jedoch die Frage zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber dem Urlaubsverlangen seines Mitarbeiters nicht hätte entsprechen müssen. Zudem muss man darauf abstellen, ob nicht ausnahmsweise ein **Selbstbeurlaubungsrecht** anzuerkennen ist, wenn der Arbeitgeber den Urlaubswunsch seines Mitarbeiters zu Unrecht nicht bedient hat, und dieses Recht dann bei der Interessenabwägung zu Gunsten des Arbeitnehmers spricht (LAG Hamm, 27.08.2007 - 6 Sa 751/07).

4.27 Sexuelle Belästigung

Da fasst ein Mitarbeiter erst einer Kollegin in den Schritt, dann sich selbst und meint schließlich: "Da tut sich was!" Ein Verhalten, das völlig daneben ist. Auch **nach 16-jähriger beanstandungsfreier Betriebszugehörigkeit** ist so etwas ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung. Da braucht der Arbeitgeber den **übergriffigen Mitarbeiter** auch nicht erst mal abzumahnern , bevor er einen Schlusstrich zieht. Da kann er gleich kündigen, so **schwerwiegend** ist diese Pflichtverletzung. Der Mitarbeiter durfte zu keinem Zeitpunkt damit rechnen, dass sein Arbeitgeber das strafbare Verhalten tolerieren wird. Der Arbeitgeber muss die ihm von § 12 Abs. 3 AGG aufgezeigten Möglichkeiten gegen sexuelle Belästigungen nutzen – da ist es ihm nicht zuzumuten , in diesem Fall auch noch eine 6-monatige Kündigungsfrist einzuhalten (LAG Köln, 19.06.2020 – 4 Sa 644/19).

4.28 Unterhaltungspflichten

Unterhaltungspflichten können je nach Gewicht des Kündigungsgrunds bei der Interessenabwägung in den Hintergrund treten. Im **Extremfall** darf man sie sogar ganz vernachlässigen. Bei **verhaltensbedingten Kündigungsgründen** ist dieser Aspekt nicht per se ausgeschlossen, beeinflusst er doch das Gewicht des Arbeitnehmerinteresses am Erhalt seines Arbeitsplatzes (BAG, 16.12.2004 - 2 ABR 7/04).

4.29 Verdachtskündigung

Auch bei einer ordentlichen Verdachtskündigung i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG muss die Interessenabwägung am Ende den **Schluss** zulassen, "dass das Verhalten , dessen der Arbeitnehmer dringend verdächtig ist, - wäre es erwiesen - sogar eine **sofortige Beendigung** des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätte" (s. dazu BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 256/14)." Die Rechtsordnung mutet einem Arbeitgeber das Festhalten am Arbeitsverhältnis eines Mitarbeiters, der unter einem dringenden, die sofortige Beendigung seines Arbeitsverhältnisses rechtfertigenden Verdacht eines arbeitsrechtlichen Fehlverhaltens steht, nicht zu. "Besteht dagegen der Verdacht auf das Vorliegen eines solchen Grundes nicht, weil selbst erwiesenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen könnte, überwiegt bei der **Güterabwägung** im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG dessen Bestandsinteresse. In einem solchen Fall nimmt die Rechtsordnung das im Fall einer Verdachtskündigung besonders hohe Risiko, einen 'Unschuldigen' zu treffen, nicht in Kauf" (BAG, 31.01.2019 - 2 AZR 426/18 - mit Hinweis auf BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11).

4.30 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die **Konkretisierung** des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgt in Benachteiligungsfällen u.a. durch § 12 Abs. 3 AGG . Er gibt dem Arbeitgeber in Abs. 3 auf, in AGG-Angelegenheit i.S.d. § 7 AGG "die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen **Maßnahmen zur Unterbindung** der Benachteiligung wie Abmahnung , Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen." Dabei hängt es dann von den Einzelfallumständen ab, welche Maßnahme der Arbeitgeber als verhältnismäßig ansehen darf (s. dazu BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 651/13 - und BAG, 09.06.2011 - 2 AZR 323/10). Sein **Auswahlermessen** wird durch

§ 12 Abs. 3 AGG jedoch insoweit eingeschränkt, als der Arbeitgeber für eine "Unterbindung der Benachteiligung" zu sorgen hat. "Geeignet im Sinne der Verhältnismäßigkeit sind daher nur solche Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die Benachteiligung für die Zukunft abstellen, d.h. eine Wiederholung ausschließen" (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 302/16 - mit Hinweis auf BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 651/13 - und BAG, 09.06.2011 - 2 AZR 323/10).

4.31 Weiterbeschäftigung - 1

Soll festgestellt werden, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des auffällig gewordenen Mitarbeiters - zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - **zumutbar** ist, muss eine **Gesamtwürdigung** der Einzelfallumstände unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgenommen werden. **Abzuwägen** ist dabei das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand.

Die Umstände, die in die Interessenabwägung einfließen, lassen sich nicht abschließend festlegen. "Zu berücksichtigen sind .. regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen der in Rede stehenden Pflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Bestand." Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine außerordentliche Kündigung nur dann in Betracht kommt, "wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind" (BAG, 08.05.2014 - 2 AZR 249/13 , - mit dem Hinweis, dass die ordentliche Kündigung ein Mittel ist, das gegenüber der außerordentlichen Kündigung als milderer in Betracht kommt).

4.32 Weiterbeschäftigung - 2

Bei der **Zumutbarkeitsprüfung** einer Weiterbeschäftigung ist in einer **Gesamtwürdigung** das Interesse des Arbeitgebers an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber alle milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Im Vergleich zu einer außerordentlichen Kündigung kommen als **mildere Mittel** insbesondere eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung in Betracht. Einer Abmahnung bedarf es auch in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist" (BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 865/13).

4.33 Wiederholungsfall

Die **Schwere des Pflichtverstoßes** kann sich negativ auf das Bestandsinteresse auswirken. Hat sich ein Arbeitnehmer schon einmal vertragswidrig verhalten und hat er deswegen bereits eine **Abmahnung** kassiert, darf er keine weitere einschlägige Pflichtverletzung mehr begehen, ohne damit seinen Arbeitsplatz aufs Spiel zu setzen. So kann für den Arbeitgeber gerade der eingetretene Wiederholungsfall und die **Dauer der erneuten Pflichtverletzung** der Umstand sein, der die Weiterbeschäftigung dieses Mitarbeiters unzumutbar macht (LAG Hamm, 28.07.2006 - 10 Sa 600/06).

4.34 Wiederholungsgefahr

Auch bei einem **Vermögensdelikt** zu Lasten des Arbeitgebers sind die Dauer des Arbeitsverhältnisses und sein beanstandungsfreier Bestand zu berücksichtigen. Ferner kommt es darauf an, ob eine Wiederholungsgefahr besteht. Schließlich müssen das Maß der dem Arbeitgeber entstandenen Schädigung und auch die Frage in Betracht gezogen werden, ob dem Verhalten des Arbeitnehmers eine **besondere Verwerflichkeit** innewohnt (LAG Baden-Württemberg, 25.05.2007 - 7 Sa 103/06).