

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Anforderungen nach § 626 Abs. 1 BGB
3. Rechtsprechungs-ABC
  - 3.1 Arbeitnehmerkündigung - 1
  - 3.2 Arbeitnehmerkündigung - 2
  - 3.3 Ausländerfeindliche Äußerungen - 1
  - 3.4 Ausländerfeindliche Äußerungen - 2
  - 3.5 Ausländerfeindliche Äußerungen - 3
  - 3.6 Ausschluss der ordentlichen Kündigung
  - 3.7 Ausschlussfrist
  - 3.8 Bedrohung des Arbeitgebers
  - 3.9 Berufsausbildungsverhältnis
  - 3.10 Diskriminierung
  - 3.11 Existenzbedrohende Lage
  - 3.12 Freies Dienstverhältnis
  - 3.13 Kollektivrechtlicher Kündigungsschutz
  - 3.14 Kündigung mit Auslaufzeit
  - 3.15 Ordentliche/außerordentliche Kündigung - 1
  - 3.16 Ordentliche/außerordentliche Kündigung - 2
  - 3.17 "ordentlich unkündbar"
  - 3.18 Pflichtverletzung - 1
  - 3.19 Pflichtverletzung - 2
  - 3.20 Pflichtverletzung - 3
  - 3.21 Pflichtverletzung - 4
  - 3.22 Prüfungsmaßstab
  - 3.23 Rechtsirrtum
  - 3.24 "Rettung" von Urlaubsansprüchen
  - 3.25 Schwerbehinderte Arbeitnehmer
  - 3.26 Selbstmorddrohung
  - 3.27 Strafrechtliche Bedeutung
  - 3.28 TVöD-"Unkündbarkeit"
  - 3.29 "Unkündbarkeit"
  - 3.30 Unzumutbarkeit
  - 3.31 Zahlungsschwierigkeiten
  - 3.32 Zu hohe Vergütung

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber darf nicht auf jedes **Fehlverhalten** gleich **mit einer außerordentlichen Kündigung reagieren**. Die fristlose Kündigung ist das härteste Mittel, mit dem er **Vertragsstörungen** beantwortet. Das Gesetz verlangt daher für die außerordentliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses einen wichtigen Grund,

§ 626 Abs. 1 BGB : Es muss dem Arbeitgeber - unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile (!) - unzumutbar sein, das Arbeitsverhältnis "bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des" Arbeitsverhältnisses fortzusetzen.

### **Praxistipp:**

Unzumutbarkeit ist ein breiter Begriff. Er lässt sich nicht ohne Weiteres fassen. Was dem einen Arbeitgeber subjektiv schon als unzumutbar erscheinen mag, ist dem anderen vielleicht noch völlig egal. Da ist es schwierig, klare Linien zu ziehen. Es gibt keine absolute Rechtssicherheit. Deswegen ist es immer sinnvoll, den ins Auge gefassten Kündigungssachverhalt vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung rechtskundig bewerten zu lassen.

Die **Prüfung**, ob ein Sachverhalt als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB in Frage kommt, vollzieht sich auf zwei Stufen. Auf **Stufe 1** ist zu klären, ob der Sachverhalt an sich, also typischerweise, geeignet ist, als wichtiger Grund für eine außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu dienen. Auf **Stufe 2** erfolgt eine einzelfallbezogene Gesamtschau, bei der u.a. das **Beendigungsinteresse** des Arbeitgebers mit dem **Bestandsinteresse** des Arbeitnehmers abzuwägen ist. Und dabei kann sich ein an sich geeigneter Sachverhalt durchaus als nicht ganz so wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB entpuppen - und damit einer außerordentlichen Kündigung entgegenstehen.

## **2. Anforderungen nach § 626 Abs. 1 BGB**

Der Arbeitgeber darf ein Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist außerordentlich kündigen, wenn dafür ein wichtiger Grund da ist, § 626 Abs. 1 BGB. Das ist der Fall,

- wenn **Tatsachen** vorliegen,
- auf Grund derer ihm
- unter Berücksichtigung aller **Umstände des Einzelfalls** und
- unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile
- die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses**
- bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses **nicht zugemutet** werden kann ( § 626 Abs. 1 BGB ).

Das BAG sieht für den wichtigen Grund in ständiger Rechtsprechung ein **2-stufiges Prüfungsschema** vor:

- **1. Stufe** - der Arbeitgeber muss prüfen, ob die **Vertragsstörung** an sich, also **typischerweise, geeignet** ist, wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung zu sein (so z.B. BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 495/11 ).
- **2. Stufe** - der Arbeitgeber muss prüfen, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter **Berücksichtigung der konkreten Umstände** des individuellen Sachverhalts - jedenfalls bis zum Ablauf der Frist für die ordentliche Kündigung - **unzumutbar** ist (so z.B. BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 495/11 ).

**Beim ersten Prüfungsschritt** ist festzustellen, ob

- eine schwerwiegende **Verletzung** (oder der Verdacht einer schwerwiegenden Verletzung) **von Haupt- und/oder Nebenpflichten** aus dem Arbeitsvertrag,
- ein mit dieser Pflichtverletzung einhergehender **Vertrauensbruch** oder
- eine andere, gravierende **Störung des Arbeitsverhältnisses** (z.B. Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit, unbehebbarer Eignungsmangel)

vorliegt, die typischerweise als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung in Frage kommen. Hier sind die Umstände des Einzelfalls noch nicht entscheidend ( BAG, 19.07.2012 - 2 AZR 989/11 ). Der **Sachverhalt** muss nur an sich, also **ohne seine besonderen Umstände**, als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB geeignet sein ( BAG, 19.04.2012 - 2 AZR 186/11 ). Betriebseinschränkungen und -einstellungen sind regelmäßig kein wichtiger Grund ( LAG Köln, 08.11.2012 - 4 Ta 316/12 ). Auch ein Auftragsmangel nicht ( LAG Rheinland-Pfalz, 23.03.2012 - 9 Sa 698/10 ).

### **Praxistipp:**

Scheitert die Prüfung schon auf Stufe 1, kommt es auf Stufe 2 gar nicht mehr an. Ist ein Umstand schon von sich aus nicht dazu geeignet, den wichtigen Grund für eine Kündigung zu liefern, kann die Zumutbarkeitsfrage offenbleiben. Der Arbeitgeber kann schon wegen der Ungeeignetheit des Kündigungsgrunds als solchen keine außerordentliche Kündigung aussprechen.

**Beim zweiten Prüfungsschritt** ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung

- das **Arbeitgeberinteresse** an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit
- dem **Arbeitnehmerinteresse**, sein Arbeitsverhältnis fortbestehen zu lassen,

abzuwägen ( BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 495/11 ). Dabei muss eine *"Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes"* erfolgen ( BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 495/11 ). Mehr dazu im Stichwort Kündigung - außerordentliche: Interessenabwägung .

### **Beispiel:**

Die sexuelle Belästigung i.S.d. § 3 Abs. 4 AGG ist nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten. Damit ist eine sexuelle Belästigung grundsätzlich als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Ob sie den Arbeitgeber aber auch zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt, hängt wiederum von den Umständen des Einzelfalls ab. Hier kommt es unter anderem auf die Intensität und den Umfang der Belästigung an (s. dazu BAG, 25.03.2004 - 2 AZR 341/03 und BAG, 09.06.2011 - 2 AZR 323/10 ).

**Es gibt**, darauf kann gar nicht oft genug hingewiesen werden, **keinen absoluten Kündigungsgrund** ( LAG Schleswig-Holstein, 06.01.2011 - 5 Sa 459/10 ). Letztlich entscheiden immer die Umstände des Einzelfalls.

Die Darlegungs- und Beweislast für den wichtigen Grund hat der Arbeitgeber ( BAG, 12.03.2009 - 2 AZR 251/07 ). Er muss alle **Tatsachen** darlegen und beweisen, die den wichtigen Grund darstellen sollen ( LAG Köln, 22.11.2012 - 7 Sa 329/12 ). Er trägt auch die Darlegungs- und Beweislast für das **Fehlen von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen** ( BAG, 12.05.2010 - 2 AZR 587/08 ). Bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung muss der Arbeitgeber sogar von sich aus dartun, "dass keinerlei Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis - ggf. zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung - sinnvoll fortzusetzen" ( BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 673/11 - mit dem Hinweis, dass das "Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit" bei der außerordentlichen Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse zum wichtigen Grund des § 626 Abs. 1 BGB gehört).

## **3. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema wichtiger Grund bei außerordentlichen Kündigungen **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

### **3.1 Arbeitnehmerkündigung - 1**

Will ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis außerordentlich kündigen, braucht er dafür - wie der Arbeitgeber - ebenfalls einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB . Für diesen wichtigen Grund gelten die gleichen **Maßstäbe wie für die Arbeitgeberkündigung** (s. dazu BAG, 12.03.2009 - 2 AZR 894/07 ). Zunächst muss der Sachverhalt - ohne Berücksichtigung seiner besonderen Umstände - **an sich geeignet** sein, die außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu tragen. Dann muss geprüft werden, ob dem außerordentlich kündigenden Arbeitnehmer die "Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter **Berücksichtigung der konkreten Umstände** des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht" ( BAG, 22.03.2018 - 8 AZR 190/17 - mit Hinweis auf BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 ; BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 302/16 ; BAG, 17.03.2016 - 2 AZR 110/15 und BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 85/15 - und Bejahung des wichtigen Grundes für eine Erkrankung, die ihre Ursache in einem Arbeitsplatzkonflikt hat).

### 3.2 Arbeitnehmerkündigung - 2

Das Gesetz sagt in § 626 Abs. 1 BGB, dass das "Dienstverhältnis" (= Arbeitsverhältnis) "von jedem Vertragsteil" aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden kann. Das heißt im Klartext: **Auch Arbeitnehmer** brauchen diesen wichtigen Grund, wenn sie ihr Arbeitsverhältnis fristlos beenden wollen. Für sie gelten dabei **die gleichen Maßstäbe**, die auch für eine Kündigung seitens des Arbeitgebers gelten (s. dazu BAG, 22.03.2018 – 8 AZR 190/17). Und das bedeutet weitergedacht: Hält der Arbeitnehmer die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht ein oder fehlt ihm der wichtige Grund, den § 626 Abs. 1 BGB für eine fristlose Kündigung voraussetzt, ist seine **Kündigung wirkungslos** (s. dazu BAG, 12.03.2009 – 2 AZR 894/07). "Eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers kann auch nicht gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gelten, weil eine Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers nicht zum Gegenstand haben kann" ( BAG, 10.09.2020 – 6 AZR 94/19 – mit Hinweis auf BAG, 21.09.2017 – 2 AZR 57/17 ).

### 3.3 Ausländerfeindliche Äußerungen - 1

Bezeichnet ein deutscher Arbeitnehmer einen türkischen Kollegen u.a. als "Ziegenficker", spricht er ihm gegenüber von "Dreckstürkenpack" und schickt er ihm wiederholt über einen längeren Zeitraum **WhatsApps** mit ausländerfeindlichen und den Nationalsozialismus verherrlichenden, bedrohlichen Inhalten, ist das ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung. Da helfen ihm bei der **Interessenabwägung** weder seine lange Betriebszugehörigkeit noch seine Gleichstellung als Schwerbehinderter. Selbst der Umstand, dass er etwa drei Jahre später in die **Freistellungsphase der Altersteilzeit** eintreten wäre, führen nicht dazu, sein Bestandsinteresse höher zu bewerten als das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers (LAG Baden-Württemberg, 19.12.2019 - 3 Sa 30/19).

### 3.4 Ausländerfeindliche Äußerungen - 2

"Beleidigt ein bereits einschlägig abgemahnter Arbeitnehmer einen **Kollegen mit dunklerer Hautfarbe** in Anwesenheit mehrerer anderer Kollegen durch den Ausstoß von Affenlauten wie **'Ugah Ugah'**, so kann darin ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB erkannt werden. Eine Beharrlichkeit des Pflichtverstoßes und damit eine nachhaltig negative Verhaltensprognose ist in einem solchen Fall insbesondere dann begründet, wenn nach Einschaltung der AGG-Beschwerdestelle der Beleidigende in der Anhörung durch den Arbeitgeber **uneinsichtig** äußert, sein Verhalten habe 'der Auflockerung der Gesprächsatmosphäre' gedient und gehöre zum 'gepflegten Umgang'" ( LAG Köln, 06.06.2019 – 4 Sa 18/19 – Leitsatz).

### 3.5 Ausländerfeindliche Äußerungen - 3

Der gekündigte Arbeitnehmer aus dem im vorausgehenden Gliederungspunkt dargestellten Fall hat wegen **Zurückweisung der Berufung** gegen das erstinstanzliche Urteil des ArbG Köln (s. dazu ArbG Köln, 09.11.2018 - 18 Ca 7824/17 ) **Verfassungsbeschwerde** erhoben. Darin meinte er u.a., die bis dahin mit dem Fall befassten Fachgerichte hätten sein Grundrecht auf Meinungsfreiheit – Art. 5 Abs. 1 GG – missachtet und seiner Kündigungsschutzklage stattgeben müssen. Gut. Mit dieser Meinung stand er am Ende ziemlich allein da. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Verfassungsbeschwerde gar nicht erst zur Entscheidung angenommen. Zudem bekam er von den Verfassungsrichtern noch bestätigt, dass er seine Beschwerde nicht mal hinreichend begründet habe und sein Verhalten, die **Nachahmung von Affenlauten** gegenüber einem dunkelhäutigen Menschen, nicht von Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sei ( BVerfG, 02.11.2020 – 1 BvR 2727/19 ).

### 3.6 Ausschluss der ordentlichen Kündigung

Es gibt Fälle, in denen die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers individual- oder kollektivvertraglich ausgeschlossen ist. Liegt so ein Kündigungsausschluss vor, ist der Arbeitgeber in besonderem Maß verpflichtet, alles daran zu setzen, die beabsichtigte **Kündigung** durch geeignete andere Maßnahmen zu **vermeiden**. Tut sich für ihn noch irgendeine Möglichkeit für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf, muss er den Arbeitnehmer entsprechend einsetzen. "Erst wenn alle denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen" ( BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 673/11 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber in diesem Fall eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einhalten muss).

### 3.7 Ausschlussfrist

Die außerordentliche Kündigung muss nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb einer **2-Wochen-Frist** erfolgen, die in dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Kündigungsberechtigte von den maßgeblichen Kündigungstatsachen **Kenntnis** erlangt ( § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ). Der Kündigungsgegner soll möglichst frühzeitig "die Konsequenzen des Vorliegens eines wichtigen Grundes für sein Arbeitsverhältnis erfahren und somit rasch Klarheit darüber erhalten, ob der kündigungsberechtigte Arbeitgeber einen bestimmten Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nehmen will." § 626 Abs. 2 BGB ist zwingendes Recht. Die 2-Wochen-Frist ist eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist ( LAG Hessen, 21.06.2011 - 15 Sa 254/10 ).

### 3.8 Bedrohung des Arbeitgebers

Eine ernstliche Drohung des Arbeitnehmers **mit Gefahren für Leib oder Leben** des Arbeitgebers, von Vorgesetzten und/oder Arbeitskollegen ohne allgemeinen Grund für eine Rechtfertigung kann "an sich" ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sein (s. dazu LAG Berlin, 03.03.2006 - 13 Sa 1906/05 ). So ein Verhalten stört - bzw. gefährdet - massiv den **Betriebsfrieden**. Dabei kommt es nicht mal auf eine etwaige Strafbarkeit nach § 241 StGB an. So ein Verhalten stellt "eine erhebliche Verletzung der sich aus § 241 Abs. 2 BGB ergebenden, den Arbeitnehmer auch während der Durchführung eines Wiedereingliederungsverhältnisses treffenden **Nebenpflicht** dar, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen." Und das gilt sogar unabhängig davon, "ob das Verhalten des Arbeitnehmers auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs zielt" (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16) .

### 3.9 Berufsausbildungsverhältnis

Der Gesetzgeber sieht mit der Regelung in § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG eine **möglichst lange Bestandsdauer** für das Ausbildungsverhältnis vor und erschwert deswegen seine Kündigung - der Auszubildende soll das **Ziel seiner Ausbildung erreichen**. Das macht es erforderlich, dass die ordentliche Kündigung eines Auszubildenden durch seinen Ausbilder nach Ablauf der Probezeit nicht mehr möglich ist. Der Ausbilder braucht für die Beendigung des Ausbildungsverhältnisses nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG einen wichtigen Grund . Dieses Erfordernis beruht auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass **Dauerrechtsverhältnisse** zwar nicht unbedingt ordentlich , aber aus einem wichtigen Grund fristlos gekündigt werden können. "Das Verständnis des wichtigen Grundes i.S.v. § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG entspricht ... dem wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB " ( BAG, 12.02.2015 - 6 AZR 845/13 - mit dem Ergebnis, dass die Parallelität des wichtigen Grundes in § 626 Abs. 1 BGB und § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG auch in Berufsausbildungsverhältnissen eine Verdachtskündigung zulässt).

### 3.10 Diskriminierung

Bringt eine ordentliche Kündigung für den Arbeitnehmer eine **Benachteiligung** i.S.d. §§ 1 ff. AGG mit sich, müssen bei **Prüfung der Sozialwidrigkeit** der Kündigung nach § 1 KSchG die AGG -Bestimmungen herangezogen werden. "Dies gilt gleichermaßen, wenn es um das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB geht. Der Verstoß gegen eine Verhaltens- oder Eignungsanforderung, die den Arbeitnehmer ihrerseits nach §§ 1 , 7 AGG diskriminiert, kann keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung bilden" ( BAG, 25.04.2013 - 2 AZR 579/12 ).

### 3.11 Existenzbedrohende Lage

Ist die ordentliche Kündigung in einem Arbeitsverhältnis ausgeschlossen, geht der Arbeitgeber damit ein **hohes Risiko** ein. Er muss dieser speziellen Bindung bei Beantwortung der Frage, welche Vertragsänderung er seinem Mitarbeiter zumuten kann, Rechnung tragen. Ein wichtiger Grund i.S.d. § 616 Abs. 1 BGB liegt hier daher nur vor, wenn der Arbeitgeber mit Änderung der Arbeitsbedingungen das Ziel verfolgt, seiner konkreten **Insolvenzgefahr** aus dem Weg zu gehen. "In einer existenzbedrohenden Lage kann der Arbeitgeber grundsätzlich auch von seinen ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern einen **Sanierungsbeitrag** verlangen und im Wege der außerordentlichen Änderungskündigung durchsetzen. Allerdings muss er hierfür darlegen, dass die Sanierung mit den Eingriffen in die Arbeitsverträge steht und fällt und alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausgeschöpft sind" (BAG, 20.10.2017 - 2 AZR 783/16(F) - mit Hinweis auf BAG, 01.03.2007 - 2 AZR 580/05 ).

### 3.12 Freies Dienstverhältnis

"Bei einem Dienstverhältnis, das **kein Arbeitsverhältnis** im Sinne des § 622 [BGB] ist", sagt § 627 Abs. 1 BGB, "ist die Kündigung auch ohne die in § 626 [BGB] bezeichnete Voraussetzung zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, **Dienste höherer Art** zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen." Für einen freiberuflich tätigen **Betriebsarzt** meint der BGH: Auch wenn ein Betriebsarzt die ärztlichen Behandlungen nur im Verhältnis zu den Angehörigen des Betriebs leistet und nicht im Verhältnis zu seinem Vertragspartner, dem Arbeitgeber, und seine Tätigkeit im Spannungsverhältnis zur Vorstellungswelt des Arbeitgebers über Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit steht: diese Besonderheiten rechtfertigen es nicht, das Rechtsverhältnis zwischen Betriebsarzt und Auftraggeber anders zu bewerten. Der Betriebsarzt leistet Dienste höherer Art i.S.d. § 627 Abs. 1 BGB - sein Dienstverhältnis kann nach Maßgabe des § 627 Abs. 1 BGB fristlos gekündigt werden (BGH, 13.11.2014 - III ZR 101/14) .

### 3.13 Kollektivrechtlicher Kündigungsschutz

Der vereinfachte Fall: Bei Arbeitgeber G gab es eine erstmals 1969 und letztmalig 2009 abgeschlossene **Betriebsvereinbarung**, die mit "Mitarbeiter/-innen, die mehr als 20 Jahre ununterbrochen in der Bank tätig gewesen sind, können nur aus einem in ihrer Person liegenden wichtigen Grund gekündigt werden." einen **besonderen Kündigungsschutz** vorsah. Parallel dazu gab es einen 1975 abgeschlossenen **Tarifvertrag** mit der Regelung "Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb mindestens 15 Jahre angehören, sind nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und bei Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG kündbar." Arbeitnehmerin N bekam eine Kündigung - und berief sich auf die für sie günstigere Regelung in der Betriebsvereinbarung.

"Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die **durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden**", können nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG "nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein." Ausnahme: Der maßgebliche Tarifvertrag lässt "den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarung ausdrücklich" zu ( § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ). Betriebsvereinbarungen, die gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstoßen, sind von Anfang an unwirksam. Und wichtig: "Die **Regelungssperre** wirkt auch, wenn entsprechende Tarifbestimmungen erst später in Kraft treten. Die betriebliche Regelung wird dann - ex nunc - unwirksam" (s. dazu BAG, 21.01.2003 - 1 ABR 9/02 ). Sonstige Arbeitsbedingungen i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sind "alle Regelungen, die als Gegenstand tarifvertraglicher Inhaltsnormen nach § 1 TVG den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen" - also **auch ein besonderer Kündigungsschutz** ( BAG, 26.01.2017 - 2 AZR 405/16 - mit dem Ergebnis, dass sich die Gekündigte hier nicht auf den günstigeren besonderen Kündigungsschutz nach der Betriebsvereinbarung berufen konnte).

### 3.14 Kündigung mit Auslaufzeit

Ist der wichtige Grund für eine Kündigung gerade darin zu sehen, dass die ordentliche Kündigung tariflich ausgeschlossen ist und der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter notfalls bis zur Verrentung weiterbeschäftigen muss, kommt eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit in Betracht. Sie ist aber nur in "*extremen Ausnahmefällen*" zulässig - soll sie doch vermeiden, dass der tarifliche Kündigungsausschluss dem Arbeitgeber **etwas Unmögliches** oder evident Unzumutbares aufbürdet. "*Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber ohne außerordentliche Kündigungsmöglichkeit gezwungen wäre, ein sinnloses Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrechtzuerhalten*" ( LAG Düsseldorf, 10.05.2011 - 16 Sa 242/11 - mit Hinweis auf BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08 u.a.)

### 3.15 Ordentliche/außerordentliche Kündigung - 1

"Eine Kündigung aus wichtigem Grund kann insbesondere dann berechtigt sein, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Hauptleistungspflichten und/oder vertragliche Nebenpflichten erheblich verletzt hat. Liegt eine solche Pflichtverletzung vor, ist nach § 626 Abs. 1 BGB weiter zu prüfen, ob nicht eine ordentliche Kündigung genügt hätte, um künftige Vertragsstörungen seitens des Arbeitnehmers zu vermeiden [es folgt ein Hinweis auf BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09] . Dazu ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist abzuwägen" ( BAG, 09.06.2011 - 2 AZR

284/10 - mit dem Hinweis, dass "eine Bewertung des konkreten Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen" hat).

### 3.16 Ordentliche/außerordentliche Kündigung - 2

Will der Arbeitgeber auf ein **vertragswidriges Verhalten** seines Mitarbeiters reagieren, gibt es dafür kündigungrechtlich **kein Regel-Ausnahme-Verhältnis** zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung. So ist eine fristlose Kündigung wegen eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die **Schwere der Pflichtverletzung** bildet zusammen mit den zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalles den Prüfungsmaßstab. "Ist die Schwelle zum wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB überschritten, ist eine außerordentliche - fristlose - Kündigung zulässig, ohne dass es darauf ankäme, ob die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist oder nicht" ( BAG, 21.06.2012 - 2 AZR 343/11 ).

### 3.17 "ordentlich unkündbar"

Kann das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers nicht ordentlich gekündigt werden, liegt für dessen außerordentliche Kündigung ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vor, "wenn es dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles - objektiv - **nicht zuzumuten** ist, ... [ihn] auch nur bis zum Ablauf der (fiktiven) ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. In diesem Fall wäre eine außerordentliche Kündigung auch dann gerechtfertigt, wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre." Ein pflichtwidriges Verhalten, das bei einem **Arbeitnehmer ohne Sonderkündigungsschutz** nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde, kann "unter Umständen gerade wegen der infolge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung langen Bindungsdauer ebenfalls einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber" sein. Dabei ist jedoch zwingend eine **Auslauffrist** einzuhalten. Der ordentlich unkündbare Arbeitnehmer darf nicht schlechter gestellt werden als der ordentlich kündbare ( BAG, 17.11.2016 - 2 AZR 730/15 - mit Hinweis auf BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 531/14 und BAG, 15.11.2001 - 2 AZR 605/00 ).

### 3.18 Pflichtverletzung - 1

"Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers, seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen stellen einen erheblichen Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine **vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme** dar ( § 241 Abs. 2 BGB ) und sind '**an sich**' geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen". An diese Feststellung schließt sich die **Gesamtwürdigung** der betroffenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen an. Dabei verstößt die Berücksichtigung von Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreiem Verlauf nicht gegen das Gebot einer unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts und stellt keine mittelbare Diskriminierung wegen Alters dar ( BAG, 07.07.2011 - 2 AZR 355/10 ).

### 3.19 Pflichtverletzung - 2

Der Arbeitnehmer braucht keine **Hauptpflicht** zu verletzen, um dem Arbeitgeber einen wichtigen Grund für seine außerordentliche Kündigung zu liefern. Auch die schuldhaftige Verletzung von **Nebenpflichten** kann - an sich - als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB dienen. § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet jede Vertragspartei, auf die **Interessen, Rechte und Rechtsgüter** der jeweils anderen Rücksicht zu nehmen. § 241 Abs. 2 BGB dient dazu, den Vertragszweck zu schützen und zu fördern. "*Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann*" ( BAG, 08.05.2014 - 2 AZR 249/13 - Verletzung einer Nebenpflicht als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB durch BAG, 25.04.2018 - 2 AZR 611/17 - bestätigt).

### 3.20 Pflichtverletzung - 3

Ein Arbeitnehmer verletzt in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB, wenn er bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche - unter Umständen gar strafbare - **Handlungen gegen das Vermögen seines Arbeitgebers** begeht. So ein Verhalten bedeutet gleichzeitig ein **Missbrauch** des in den Arbeitnehmer gesetzten Vertrauens. Verhalten

dieser Art kann ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sein. Und dabei kommt es nicht mal darauf an, ob die "rechtswidrige Handlung Gegenstände von geringem Wert betrifft oder zu einem geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat." Ausschlaggebend ist in Fällen dieser Art der mit der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten verbundene Vertrauensbruch (BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 407/13) .

### 3.21 Pflichtverletzung - 4

Arbeitnehmer sind nach § 241 Abs. 2 BGB nicht nur während ihrer Beschäftigung im Arbeitgeberbetrieb gehalten, auf die **Rechte, Rechtsgüter und Interessen** des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Sie sind auch außerhalb der Arbeitszeit zu entsprechender Rücksichtnahme verpflichtet. Rechtswidriges **außerdienstliches Verhalten** läuft berechtigten Arbeitgeberinteressen zuwider, wenn es negative Auswirkung auf den Arbeitgeberbetrieb oder einen **Bezug zum Arbeitsverhältnis** hat. "Der Arbeitnehmer verstößt mit einem solchen Verhalten gegen seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB , wenn es einen Bezug zu seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen oder zu seiner Tätigkeit hat und dadurch berechnete Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer verletzt" ( BAG, 25.04.2018 - 2 AZR 611/17 - mit Hinweis auf BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 684/13 - und BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 583/12 ).

### 3.22 Prüfungsmaßstab

Bei Beantwortung der Frage, ob ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, ist zunächst zu prüfen, ob der **Sachverhalt** an sich - das heißt, ohne seine besonderen Umstände - als wichtiger Grund für die außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Frage kommt. Danach ist zu prüfen, "ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angesichts der konkreten Umstände des Falls und bei Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - **zumutbar** ist oder nicht." Fehlt der wichtige Grund, ist die außerordentliche Kündigung unwirksam ( BAG, 20.12.2012 - 2 AZR 32/11 ; bestätigt durch BAG, 13.12.2018 - 2 AZR 370/18 ).

### 3.23 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 ).

### 3.24 "Rettung" von Urlaubsansprüchen

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer A war seit September 2015 **langzeitkrank**. Seine 2016er Urlaubsansprüche wären auch mit der eindeutigen EuGH- und BAG-Rechtsprechung im Rücken mit Ablauf des 31.03.2018 verfallen. Um den 2016er **Urlaub(sabgeltungs)anspruch** zu retten, kündigte A am 15.03.2018 fristlos. Arbeitgeber G bestand auf Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist und zahlte nur für den vollen Urlaub aus 2017 und den anteiligen aus 2018 Urlaubsabgeltung. A's Klage wegen des 2016er Abgeltungsanspruchs scheiterte. Eine außerordentliche Kündigung ist zur Rettung von Urlaubsansprüchen **ausgeschlossen** ( ArbG Siegen, 22.11.2018 - 5 Ca 1305/18 ).

### 3.25 Schwerbehinderte Arbeitnehmer

§ 91 SGB IX sieht ein **besonderes Zustimmungsverfahren** für die außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer vor. § 91 SGB IX erfasst - so sein Abs. 4 - alle Kündigungen, die einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB voraussetzen. Nach § 91 Abs. 4 SGB IX "soll" das Integrationsamt seine Zustimmung erteilen, "wenn die Kündigung **aus einem Grunde** erfolgt, der **nicht im Zusammenhang**

**mit der Behinderung** steht." Selbst die außerordentliche Kündigung eines ordentlich unkündbaren Mitarbeiters mit notwendiger Auslaufzeit setzt einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB voraus. § 91 SGB IX schützt das Beschleunigungsinteresse der Arbeitsvertragsparteien ( BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 381/14 - mit Hinweis auf BAG, 12.05.2005 - 2 AZR 159/04 ).

### 3.26 Selbstmorddrohung

"Die ernstliche und im Zustand freier **Willensbetätigung** abgegebene Drohung mit Selbstmord kann einen wichtigen Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses bilden, wenn es dem Arbeitnehmer darum geht, mit der Drohung **Druck auf den Arbeitgeber** auszuüben, um bestimmte eigene Interessen oder **Forderungen durchzusetzen**" ( BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 - Leitsatz).

### 3.27 Strafrechtliche Bedeutung

"Stellt ein Arbeitnehmer einer Kollegin unter bewusster Missachtung ihres entgegenstehenden Willens im Betrieb oder im Zusammenhang mit der geschuldeten Tätigkeit beharrlich nach, ist dies an sich als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an (vgl. § 238 StGB ), sondern auf die mit diesem Verhalten verbundene **Störung des Betriebsfriedens**. In einem derartigen Verhalten liegt nicht nur eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen, sondern zugleich eine erhebliche Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers gemäß § 241 Abs. 2 BGB " ( BAG, 19.04.2012 - 2 AZR 258/11 ).

### 3.28 TVöD-"Unkündbarkeit"

§ 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD sieht vor: "Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die das **40. Lebensjahr vollendet** haben und für die die Regelungen des Tarifgebiets West Anwendung finden, können nach einer Beschäftigungszeit (Absatz 3 Satz 1 und 2) von mehr als 15 Jahren durch den Arbeitgeber nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden." Wer ist im öffentlichen Dienst "Arbeitgeber" i.S.d. § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD ? Nun, das BAG meint: "Bei der Berechnung der für die Kündigungsfrist und den Ausschluss einer ordentlichen Kündigung maßgeblichen Beschäftigungszeit nach § 34 Abs. 1 Satz 2 , § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD werden vorherige Beschäftigungszeiten **bei anderen**, vom Geltungsbereich des TVöD erfassten Arbeitgebern **nicht berücksichtigt**" ( BAG, 22.02.2018 - 6 AZR 137/17 - Leitsatz).

### 3.29 "Unkündbarkeit"

Es gibt Tarifverträge , die vorsehen, dass Arbeitnehmer nach Erreichen einer gewissen Altersgrenze und/oder einer bestimmten Betriebszugehörigkeit ordentlich nicht mehr gekündigt werden können - **nur noch außerordentlich** aus wichtigem Grund. So ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB liegt bei auch bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern (nur) dann vor, "wenn es dem Arbeitgeber **unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls** nach einem insoweit anzulegenden objektiven Maßstab **nicht zuzumuten** ist, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der (fiktiven) ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen." In Fällen dieser Art wäre die außerordentliche Kündigung nämlich auch dann gerechtfertigt, "wenn die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen wäre" ( BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 - mit Hinweis auf BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 531/14 ).

### 3.30 Unzumutbarkeit

"Dem **Sinn und Zweck** des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses entspricht es, dass auch bei einem abstrakt durchaus erheblichen Verhalten doch noch in jedem konkreten Einzelfall eine **Abwägung** aller für und gegen die Lösung des Arbeitsverhältnisses sprechende Gründe erfolgt [mit Hinweis auf BAG, 23.01.1963 - 2 AZR 278/62] . Bei der Prüfung des wichtigen Grundes kommt es nicht darauf an, wie ein bestimmtes Verhalten strafrechtlich zu würdigen ist, sondern darauf, ob der **Gesamtsachverhalt** die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht [mit Hinweis auf BAG, 27.01.1977 - 2 ABR 77/76] . Zweck einer Kündigung wegen einer Vertragsverletzung darf regelmäßig nicht die Sanktion einer Vertragsverletzung sein. Die Kündigung dient der Vermeidung des Risikos weiterer Vertragsverletzungen" - was unter dem Gesichtspunkt der negativen Zukunftsprognose zu beachten ist ( LAG Schleswig-Holstein, 19.06.2013 - 3 Sa 208/12 ).

### 3.31 Zahlungsschwierigkeiten

Die **schlechte wirtschaftliche Lage** des Arbeitgebers ist ebenso wenig ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB wie eine - wenn auch vielleicht nur drohende - **Insolvenz**. Der Arbeitgeber trägt für seinen Betrieb **das wirtschaftliche Risiko** - was auch in § 113 InsO zum Ausdruck kommt. Danach muss der Insolvenzverwalter - auch wenn die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist - bei einer Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse eine 3-monatige Kündigungsfrist einhalten. "Zahlungsschwierigkeiten des Arbeitgebers als solche sind kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB " ( BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 453/11 ).

### 3.32 Zu hohe Vergütung

Die Voraussetzungen, unter denen ein Arbeitgeber (hier: ein Krankenhausträger) einen Mitarbeiter (hier: ein Facharzt für Chirurgie) außerordentlich kündigen kann, sind in § 626 BGB hinterlegt. Das Gesetz verlangt einen wichtigen Grund, der sich **in Zukunft nachteilig** auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Ob so ein Grund vorliegt, ist nach ständiger BAG-Rechtsprechung **anhand einer 2-stufigen Prüfung** festzustellen: Zunächst ist auf der ersten Stufe zu prüfen, ob ein an sich die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund vorliegt. Dann ist auf der zweiten Stufe eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. In dem hier vorgestellten Fall war schon keine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers zu erkennen. Und was sein **Arbeitsentgelt** betraf: Der Arbeitgeber kann "die ausgesprochene außerordentliche Kündigung nicht allein auf die Höhe der vom Kläger bezogenen Vergütung stützen" ( ArbG Hamm, 17.12.2020 – 1 Ca 330/20 ).