

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Prozessvorbereitung
4. Der Kündigungsschutzprozess
 - 4.1 Die Klageerhebung
 - 4.2 Das Prozessverhalten
 - 4.3 Die Darlegungs- und Beweislast
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 Auflösungsantrag
 - 5.2 Aussetzung wg. Strafverfahrens?
 - 5.3 Beweislast - 1
 - 5.4 Beweislast - 2
 - 5.5 Beweislast - 3
 - 5.6 Darlegungslast
 - 5.7 Freie Beweiswürdigung
 - 5.8 Klagefrist
 - 5.9 Prozessverhalten
 - 5.10 Richtige Partei
 - 5.11 Richtiger Klageantrag
 - 5.12 Tatsachenvortrag
 - 5.13 "Unkündbare" Arbeitnehmer - 1
 - 5.14 "Unkündbare" Arbeitnehmer - 2

Information

1. Allgemeines

Der Kündigungsschutzprozess ist ein **Zivilprozess**. Die Arbeitsgerichte müssen auch bei einer außerordentlichen Kündigung nicht von sich aus nach der **Wahrheit** forschen - die Parteien müssen die für sie günstigen **Tatsachen selbst vortragen**. Das Risiko, einen Prozess zu verlieren, ist daher enorm. Vor allem, wenn man sich weder im materiellen noch im formellen Arbeitsrecht auskennt. Eine **effektive Prozessvorbereitung** beginnt nicht erst in dem Zeitpunkt, in dem die Ladung des Arbeitsgerichts in der Tagespost ist. Eine effektive Prozessvorbereitung fängt bereits in dem **Zeitpunkt** an, in dem zum ersten Mal daran gedacht wird, ein Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen.

2. Grundsatz

Kein Arbeitgeber ist rechtlich verpflichtet, wegen eines bestimmten Sachverhalts außerordentlich zu kündigen. Tut er es trotzdem, muss er mit einer **Kündigungsschutzklage** rechnen. Auf der anderen Seite hat kein Arbeitnehmer die rechtliche Verpflichtung, gegen eine außerordentliche Kündigung vorzugehen. Tut er es trotzdem, muss er die **Regeln** dafür kennen.

§ 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG sagt, dass die **Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung** eines Arbeitsverhältnisses durch das KSchG nicht berührt werden. Was das Gesetz meint: Die materiellen **Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung** werden nicht durch das KSchG vorgegeben, sondern ausschließlich durch das jeweils anzuwendende Spezialgesetz, zum Beispiel § 626 Abs. 1 BGB .

Insoweit richtet sich die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nicht nach § 1 KSchG , sondern nach der Frage, ob ein **wichtiger Grund** vorliegt.

Gleichgültig, ob ansonsten

- **Kündigungsschutz** nach dem KSchG oder
- **kein Kündigungsschutz** nach dem KSchG

besteht: Die **Rechtunwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung** kann nur nach Maßgabe der §§ 4 Satz 1 und der §§ 5 bis 7 KSchG geltend gemacht werden (§ 13 Abs. 1 KSchG). Das heißt: Unabhängig davon, ob

- das KSchG beim gekündigten Arbeitnehmer **persönlich** (§ 1 Abs. 1 KSchG - ununterbrochener Bestand des Arbeitsverhältnisses länger als sechs Monate) oder
- im Betrieb des kündigenden Arbeitgebers **sachlich** (§ 23 Abs. 1 KSchG - mehr als 10 Arbeitnehmer seit dem 01.01.2004, mehr als fünf Arbeitnehmer bis zum 31.12.2003)

anwendbar ist: Die **Klage** gegen eine außerordentliche Kündigung muss nach § 4 Satz 1 KSchG **innerhalb einer Frist von drei Wochen** erhoben werden. Passiert das nicht, greift die **Fiktion** des § 7 KSchG . Danach gilt eine Kündigung als von Anfang an wirksam, wenn ihre Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht wurde. Damit wird dem Arbeitnehmer allein durch **Verstreichenlassen der Klagefrist** die Möglichkeit genommen, sich nach Ablauf von drei Wochen gegen eine - vielleicht sogar unberechtigte - außerordentliche Kündigung zu wehren.

3. Prozessvorbereitung

Die Prozessvorbereitung fängt für den Arbeitgeber nicht erst dann, wenn er die **Klageschrift** und die **Ladung** zum Güte Termin zugestellt bekommt. Die Prozessvorbereitung beginnt bereits in dem **Zeitpunkt**, in dem der Arbeitgeber **zum ersten Mal** daran denkt, einen Mitarbeiter außerordentlich zu kündigen. Bereits in diesem frühen Zeitpunkt muss er sich darüber Gedanken machen, wie er später einen Kündigungsschutzprozess gewinnen will.

Praxistipp:

Wer sich als Arbeitgeber nicht über ein verlorenes Kündigungsschutzverfahren ärgern möchte, sollte sich gleich von Anfang an anwaltlich beraten lassen. Nur so können bereits zu Beginn einer Auseinandersetzung die Weichen richtig gestellt werden. Dabei muss ein Anwalt auch den Mut haben, seinem Mandanten eine Kündigung auszureden, wenn die Informationen, die sein Mandant ihm gibt, nicht für einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB reichen. Darüber hinaus muss sich der Rechtskundige Gedanken darüber machen, ob und wie er in einem späteren Prozess die streitentscheidenden Tatsachen beweisen kann. Nicht wenige Verfahren gehen nämlich nur deswegen verloren, weil der Arbeitgeber seinen Kündigungsgrund nicht belegen kann - oder nicht belegen will.

Eine außerordentliche Kündigung verlangt einen **wichtigen Grund**, § 626 Abs. 1 BGB . Dieser wichtige Grund muss die außerordentliche Kündigung tragen. Das heißt, das Gericht wird die **Tatsachen** prüfen, "auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die **Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann**" - so § 626 Abs. 1 BGB .

Beispiel:

Arbeitgeber A will das Arbeitsverhältnis von Mitarbeiter M außerordentlich kündigen. Als Grund dafür gibt er mehrfache Verspätungen an. Abmahnungen hat A nicht ausgesprochen. Ein erfahrener Anwalt würde A jetzt raten, die außerordentliche Kündigung noch zurückzuhalten. Ohne Abmahnung ist eine außerordentliche Kündigung nur in Ausnahmefällen möglich. Hätte A abgemahnt, müsste sein Anwalt prüfen, ob die Abmahnungen formell und inhaltlich richtig sind. Darüber hinaus muss er sich

vergewissern, ob die vorgeworfenen Verspätungen tatsächlich vorgelegen haben und nachweisbar sind (zum Beispiel durch Zeugen oder ein Zeiterfassungssystem). Dann wird A's Anwalt prüfen müssen, ob die wiederholten und abgemahnten Verspätungen als Tatsachen geeignet sind, den wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung zu liefern. Oder reicht es eben doch nur für eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der zu berücksichtigenden Kündigungsfrist? Oder vielleicht auch nicht einmal das...

Praxistipp:

Eine fristlose Kündigung ist das Schlimmste, was einem Arbeitnehmer passieren kann. Neben dem sofortigen Verlust des Arbeitsplatzes und den damit verbundenen Entgelteinbußen droht nach § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III auch noch eine Sperrfrist wegen Auflösungsverschuldens, weil der Arbeitnehmer mit seinem arbeitsvertragswidrigen Verhalten den Anlass für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesetzt hat. Wegen dieser gravierenden wirtschaftlichen Folgen ist ein außerordentlich gekündigter Arbeitnehmer natürlich bemüht, die außerordentliche Kündigung aus der Welt zu bekommen. Dementsprechend heftig wird die Gegenwehr sein, die den Arbeitgeber vor Gericht erwartet. Auch dies sollte Ansporn sein, eine außerordentliche Kündigung mit anwaltlicher Hilfe gründlich vorzubereiten. Außerdem ist die außerordentliche Kündigung nach dem Ultima-Ratio-Prinzip das allerletzte Mittel, zu dem ein Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis greifen darf, um etwas zu verändern. Daher die strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung an eine außerordentliche Kündigung stellt.

Die Parteien können einen **Kündigungsrechtsstreit** vor den Arbeitsgerichten in der ersten Instanz **selbst führen** oder sich **vertreten lassen** (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Da unser Arbeitsecht - und vor allem das Recht der außerordentlichen Kündigung - sehr kompliziert und für den juristischen Laien nicht verständlich ist, sollte man sich nicht auf das eigene Können verlassen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer tun gut daran, einen **Anwalt** mit ihrer **Interessenwahrnehmung** zu beauftragen. Die weitere Prozessvorbereitung können sie dann getrost ihm überlassen.

4. Der Kündigungsschutzprozess

Der Arbeitnehmer, der eine außerordentliche Kündigung bekommen hat, muss sich **innerhalb von drei Wochen nach Zugang** dieser Kündigung entscheiden, ob er dagegen **Klage erheben** will, §§ 13 Abs. 1 Satz 2 , 4 Satz 1 KSchG . Lässt er die Klagefrist ohne Klageerhebung verstreichen, gilt die außerordentliche Kündigung wegen der **Fiktionswirkung** des § 7 KSchG - der hier über § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG Anwendung findet - als von Anfang an rechtswirksam.

Eine Kündigungsschutzklage steht nur Arbeitnehmern zu. Ein **umgekehrter Kündigungsschutz für Arbeitgeber** existiert nicht. Sie können ihre Mitarbeiter nicht auf eine Fortsetzung des außerordentlich gekündigten Arbeitsverhältnisses verklagen. Die **Arbeitsleistung** ist von Gesetzes wegen als unvertretbare Handlung **nicht vollstreckungsfähig** (§ 888 Abs. 3 ZPO). Dem Arbeitgeber bleibt nur die Möglichkeit, **Schadensersatz** zu verlangen.

4.1 Die Klageerhebung

Der Kündigungsschutzprozess wegen einer außerordentlichen Kündigung beginnt mit der Klageerhebung. Sie muss innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG erfolgen. Der Arbeitnehmer muss **Klage auf Feststellung** erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst ist.

Beispiel:

Arbeitnehmer N bekommt am 04.05. die außerordentliche Kündigung. Er muss seine Kündigungsschutzklage nun bis zum Ablauf des 25.05. erheben. Als Klageantrag empfiehlt sich: *"Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 04.05. nicht aufgelöst wird"*.

Sobald die **Kündigungsschutzklage** beim Arbeitsgericht eingegangen ist, ist der Kündigungsrechtsstreit **rechtshängig**. Das Arbeitsgericht wird nun den sogenannten **Gütetermin** anberaumen. Finden die Parteien

in diesem Termin mit Hilfe des Gerichts keine **einvernehmliche Lösung**, folgt einige Wochen (manchmal auch Monate) später der so genannte **Kammertermin**. Im Unterschied zur Güteverhandlung, die der Berufsrichter allein abhält, sitzen nun zwei ehrenamtliche Beisitzer mit am Richtertisch. Erst im Kammertermin findet eine **Beweisaufnahme** statt, erst im Kammertermin kann - wenn kein Fall der Alleinentscheidung durch den Vorsitzenden, § 55 ArbGG, vorliegt - ein **Urteil** gefällt werden.

4.2 Das Prozessverhalten

Im Kündigungsschutzprozess gibt es **drei Akteure**:

- den Kläger (Arbeitnehmer),
- den Beklagten (Arbeitgeber) und
- das Gericht.

Am **Ende eines Kündigungsschutzprozesses** stehen

- die Erledigung des Rechtsstreits,
- die Rücknahme der Klage,
- ein Urteil oder
- ein Vergleich.

Der Vorsitzende hat die - streitige - Verhandlung so vorzubereiten, dass sie **möglichst in einem Termin** zu Ende geführt werden kann (§ 56 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Während des ganzen Verfahrens soll die **gütliche Erledigung des Rechtsstreits** angestrebt werden, § 57 Abs. 2 ArbGG . Dieser **Auftrag des Gesetzgebers** wird von den Arbeitsgerichten sehr ernst genommen - nur die wenigsten Prozesse enden mit einem Urteil. Insoweit stimmt die Binsenweisheit "Egal, was wir machen, es geht sowieso immer auf einen Vergleich raus."

Praxistipp:

Wenn man als Arbeitgeber weiß, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Beendigung des Rechtsstreits durch Vergleich spricht, sollte man seine Prozessstrategie darauf ausrichten. Das heißt, den Gütertermin vorher schriftsätzlich unter Beweisantritt und Vorlage unstreitiger Urkunden so weit vorbereiten, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Prozessgewinns auf der eigenen Seite steht. Liegen die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung nicht vor, hat es keinen Sinn, schriftsätzlich vorzutragen. Zum einen besteht nach § 138 Abs. 1 ZPO die Verpflichtung, alle Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Zum anderen kann ein Arbeitsrichter sofort schwarz auf weiß erkennen, wo der Arbeitgeber Schwachstellen hat. Da ist es besser, ohne schriftsätzliche Vorbereitung in den Gütertermin zu gehen und bewusst die Situation auszunutzen, dass in diesem Termin Vieles offen bleiben muss, weil schon aus prozessualen Gründen keine abschließende Klärung möglich ist. Dadurch lassen sich in den meisten Fällen akzeptable Vergleiche erzielen.

Das korrekte **Prozessverhalten** der Parteien ist häufig **situationsbedingt**. Ein erfahrener Anwalt als Prozessvertreter ist auch hier eine Erfolg versprechende Hilfe. So wichtig, wie es in vielen Fällen für die Prozessparteien ist, den Mund aufzumachen und etwas zu sagen, genauso wichtig ist es in anderen Fällen, den Mund zu halten. Schon so mancher hat sich vor Gericht im wahrsten Sinne des Wortes um Kopf und Kragen geredet. Und wer als wegen Alkoholmissbrauchs fristlos gekündigter Arbeitnehmer mit einer frischen, deutlich wahrnehmbar über den Richtertisch wehenden Alkoholfahne zu seiner Verhandlung kommt, nun, dem ist offensichtlich auch mit einer strategischen Planung nicht zu helfen.

4.3 Die Darlegungs- und Beweislast

Eines der zentralen Themen im Kündigungsschutzprozess wegen einer außerordentlichen Kündigung ist die Frage, wer wofür die Darlegungs- und Beweislast trägt. Bereits bei einer ordentlichen Kündigung hat der **Arbeitgeber** die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG). Das gilt umso mehr, wenn es um die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses geht.

Das arbeitsgerichtliche Klageverfahren ist ein **Zivilprozess**. Das heißt, das Gericht sucht nicht mit allen Mitteln selbst nach der Wahrheit, sondern es beurteilt den Sachverhalt, den die Parteien ihm anbieten. Das **Gericht** hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme **nach freier Überzeugung** zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Wer zu bestimmten Punkten nichts vorträgt, nichts vortragen will oder kann, verliert allein deswegen den Prozess.

Beispiele:

- (1) Arbeitgeber A1 kündigt Verkäuferin V1 fristlos, weil sich wiederholt Kunden über sie beschwerten und er sie deswegen auch schon drei Mal abgemahnt hatte. V erhebt eine Kündigungsschutzklage und bestreitet die gegen sie erhobenen Vorwürfe - was ihr gutes Recht ist. A möchte seine Kunden nicht benennen, sie sollen bei ihm puren Shoppingspaß genießen und nicht befürchten müssen, als Zeuge vor Gericht zu landen. Das Arbeitsgericht kann in diesem Fall nicht feststellen, ob die Vorwürfe gegen V stimmen. A hat sie zwar behauptet, V hat sie aber bestritten. Damit sind die entscheidenden Tatsachen streitig, und das Gericht muss zur Aufklärung des Sachverhalts eine Beweisaufnahme durchführen. Das kann das Gericht aber nicht, weil A die Zeugen nicht benennen möchte. Das Gericht wird nun zu dem Ergebnis kommen, dass A beweisfällig geblieben ist und der Kündigungsschutzklage allein deswegen stattgeben. A verliert den Prozess.
- (2) Arbeitgeber A2 kündigt Verkäuferin V2 fristlos, weil er sie in Verdacht hat, aus der Kasse Geld genommen zu haben. V2 ist nie allein an der Kasse. Zusammen mit ihr sind dort vier Verkäuferinnen tätig. Die drei anderen sind langjährige Mitarbeiter von A2 und genießen sein volles Vertrauen. V2 ist immer ein bisschen flippig und hat auch schon mal erzählt, dass sie mit ihrem Arbeitsentgelt nicht auskommen könne. Das Einzige, was sicher war, war, das abends bei der Kassenabrechnung Geld fehlte. V2 bestreitet die gegen sie erhobenen Vorwürfe im Kündigungsschutzprozess. A2 muss sie nun beweisen - und das kann er nicht. Er hat nur ein "Bauchgefühl" für die Täterschaft von V2, aber keine gerichtlich verwertbaren Beweise. A2 wird den Kündigungsschutzprozess verlieren - und vielleicht später nach weiteren Kassendifferenzen feststellen, dass gar nicht V2, sondern eine seiner langjährigen Mitarbeiterinnen für die Unterschlagungen verantwortlich war.

§ 626 BGB gibt vor, was der **Arbeitgeber** bei einer außerordentlichen Kündigung prozessual tun muss. Er muss zunächst **darlegen**, dass

- **Tatsachen** vorliegen, aufgrund 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 zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB) und
- er von diesen Tatsachen erst in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung **Kenntnis** erlangt hat (§ 626 Abs. 2 BGB).

Die Darlegungs- und Beweislast geht für den Kündigenden sogar soweit, dass er die tatsächlichen **Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit** der Weiterbeschäftigung darzulegen hat (BAG, 24.11.1983 - 2 AZR 327/82).

Der **Arbeitnehmer** muss im Kündigungsschutzverfahren zwar für ihn positive Tatsachen behaupten, er braucht aber die Rechtfertigung seines Verhaltens nicht zu beweisen. Er muss nur die entsprechenden Tatsachen vortragen (§ 138 Abs. 2 ZPO : "*Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären*"). Der Arbeitgeber trägt auch die Beweislast dafür, dass die vom Arbeitnehmer vorgetragene Umstände, die die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens entfallen lassen, nicht vorliegen (LAG Bremen, 28.07.2005 - 3 Sa 98/05).

Für die Darlegungs- und Beweislast des Kündigenden gibt es keinen absoluten, sondern nur einen relativen **Maßstab**. Er richtet sich danach, wie substantiiert sich der Gekündigte auf die Kündigungsgründe einlässt.

Für ihn reicht es nicht aus, sich pauschal und ohne nachprüfbare Angaben auf entlastende Umstände zu berufen (LAG Hessen, 08.09.2006 - 3 Sa 2206/05).

Beispiel:

Arbeitgeber A kündigt Mitarbeiter M wegen des Verdachts eines Warendiebstahls. Im Kündigungsschutzprozess sagt M, er hätte die Waren gar nicht gestohlen, sondern vorher bezahlt, da sei er sich sicher. Bei welchem Mitarbeiter er die Waren bezahlt habe, ob es ein Mann oder eine Frau gewesen sei und wie der Mitarbeiter ausgesehen habe, könne er nicht mehr sagen. Er wisse auch die Uhrzeit nicht mehr und könne auch nicht sagen, an welcher Kasse er die Artikel bezahlt habe. Er wisse nur noch, dass er die Ware nicht unbezahlt mitgenommen hat. M's Behauptungen sind ohne Substanz. A kann sie nur genauso pauschal bestreiten, wie M sie gemacht hat. Wenn A die Behauptungen von M substanziiert bestreiten wollte, müsste M ihm einen nachprüfbaren Tatsachenvortrag an die Hand geben. Dazu gehören eben die näheren Umstände des Bezahlens. In diesem Fall braucht A nicht zu beweisen, dass M die Ware vor der Mitnahme nicht bezahlt hat.

Ein Arbeitgeber braucht nicht von vorne herein alle nur denkbaren **Rechtfertigungsgründe** des Arbeitnehmers aufzugreifen und zu widerlegen. Auf der anderen Seite reicht es für den Arbeitnehmer nicht, Rechtfertigungsgründe nur **pauschal und ohne Substanziierung** vorzubringen. Er ist im Rechtsstreit nach § 138 Abs. 2 ZPO gehalten, die Gründe, aus den er seine Rechtfertigung oder Entschuldigung herleiten will, ausführlich vorzutragen, um damit den gegen ihn erhobenen Vorwurf zu bestreiten (LAG Rheinland-Pfalz, 18.01.2006 - 10 Sa 575/05). Das heißt im Ergebnis, dass der Arbeitgeber nur die **Entschuldigungs- und Rechtfertigungsgründe** zu widerlegen und die Darlegungs- und Beweislast dafür zu tragen hat, die der Arbeitnehmer zuvor substanziiert vorgebracht hat (dazu: BAG, 26.08.1993 - 2 AZR 154/93).

5. Rechtsprechungs-ABC

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

5.1 Auflösungsantrag

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer A war **von seinem Vorgesetzten V sexuell missbraucht** worden. A's Versuch, Arbeitgeber G dazu zu bewegen, V zu kündigen, scheiterte. Stattdessen bekam A mit Schreiben vom 17.04.2015 selbst die **fristlose, hilfsweise fristgemäße Kündigung** von G. Zusammen mit seiner Kündigungsschutzklage hat A einen Auflösungsantrag gestellt. Am 16.11.2015 erfolgte eine weitere fristlose Kündigung .

Das Arbeitsgericht hat A's Auflösungsantrag stattgegeben und sein Arbeitsverhältnis zum 17.04.2015 gegen **Zahlung einer Abfindung** von 26.694,00 EUR aufgelöst. Obwohl A die November-Kündigung nicht angegriffen hatte, ging das Gericht davon aus, dass das Arbeitsverhältnis - und nur darauf komme es an - im **Zeitpunkt der Auflösung** nach Zugang der ersten Kündigung noch bestanden hatte und wegen dieser unwirksamen Kündigung nach § 13 Abs. 1 Sätze 3 und 4 KSchG zum 17.04.2015 aufgelöst werden könne. Aufgrund der von G erhobenen Vorwürfe - A gehe es um die **berufliche und gesellschaftliche Vernichtung** V's - sei eine unbelastete und faire Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich (ArbG Solingen, 07.03.2016 - 3 Ca 530/15) .

5.2 Aussetzung wg. Strafverfahrens?

Behindertenhilfe-Mitarbeiterin M war in Verdacht geraten, vier Bewohner der Einrichtung **getötet zu haben**. Arbeitgeber G hat M's Arbeitsverhältnis daraufhin fristlos – und zwar verhaltens- und personenbedingt – gekündigt, M eine Kündigungsschutzklage erhoben. Parallel dazu lief ein Strafverfahren gegen M. Das Arbeitsgericht hat das **Kündigungsschutzverfahren** wegen dieses Strafverfahrens und der dort veranlassten **Begutachtung der Gekündigten** ausgesetzt. Das missfiel G und er griff den Aussetzungsbeschluss des Arbeitsgerichts mit der dafür vorgesehenen Beschwerde an.

Das Beschwerdegericht sah den Sachverhalt anders als die erste Instanz und hob den Aussetzungsbeschluss auf. Begründung u.a.: Es liegt nur dann ein Aussetzungsgrund vor, wenn die strafrechtlichen Ermittlungen für die Entscheidung des Arbeitsgerichts maßgeblich sind. Für die **Frage der Schuldfähigkeit** der Mitarbeiterin kann diese Maßgeblichkeit hier nicht festgestellt werden. Soweit auf den personenbedingten Anlass abgestellt wird, ist die fachliche **Eignung der Arbeitnehmerin** auch dann zu verneinen, wenn sie nicht schuldfähig war. Eine weitere Zusammenarbeit mit ihr ist **nicht mehr zumutbar** (LAG Berlin-Brandenburg, 06.10.2021 – 11 Ta 1120/21 – mit dem Hinweis, dass es nicht auf das strafrechtliche Urteil, sondern die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung und den damit verbundenen Vertrauensbruch ankommt).

5.3 Beweislast - 1

Der kündigende **Arbeitgeber** ist darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände des wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB (beziehungsweise eines verhaltensbedingten Grundes i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG). Ihn trifft auch die Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten **Rechtfertigungsgrund** ausschließen. So muss der Arbeitgeber **bei einem unentschuldigten Fehlen** nicht nur die Tatsache Fehlen nachweisen, sondern auch darlegen und unter Beweis stellen, dass dieses Fehlen unentschuldigt gewesen ist und die vom Arbeitnehmer behauptete Arbeitsunfähigkeit gar nicht vorlag (BAG, 17.06.2003 - 2 AZR 123/02).

5.4 Beweislast - 2

Derjenige, der eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, ist für alle Umstände darlegungs- und beweibelastet, die als **wichtige Gründe** geeignet sein können. Dabei ist die Darlegungs- und Beweislast nicht so aufzustellen, dass der Kündigende bloß die objektiven Merkmale für den Kündigungsgrund sowie die bei der **Interessenabwägung** für den Gekündigten ungünstigen Umstände und der Gekündigte seinerseits nun die Rechtfertigungsgründe sowie die ihn entlastenden Umstände vorzutragen und zu beweisen hätte. Der Kündigende hat die Voraussetzungen der **Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** in vollem Umfang darzulegen und zu beweisen (LAG Hamm, 18.07.2006 - 9 Sa 1899/05).

5.5 Beweislast - 3

Die Darlegungs- und Beweislast für die **Einhaltung der Ausschlussfrist** des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB trägt der Kündigende. Er muss seine **Kenntniserlangung** vom Kündigungsgrund substantiiert darlegen und dazu konkrete Ausführungen machen. Dazu gehört es, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass er von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen erst **innerhalb der letzten zwei Wochen** vor Ausspruch der Kündigung erfahren hat (BAG, 01.02.2007 - 2 AZR 333/06).

5.6 Darlegungslast

Der Arbeitgeber muss bei einer außerordentlichen Kündigung wegen dringender betrieblicher Gründe zum einen die ordentliche Unkündbarkeit seines Mitarbeiters darlegen, zum anderen dessen **fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** auf dem bisherigen Arbeitsplatz. Bei einer Kündigung, die das Arbeitsverhältnis beenden soll, muss er zudem darlegen, dass **überhaupt keine Möglichkeit mehr** besteht, das Arbeitsverhältnis – und sei es zu geänderten Arbeitsbedingungen nach entsprechender Umschulung – fortzusetzen (s. dazu BAG, 27.06.2019 – 2 AZR 50/19). Eine bloß pauschale Behauptung der fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit genügt nicht. "Das **Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit** zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum 'wichtigen Grund' und ist deshalb schon primär vom Arbeitgeber darzulegen" (s. dazu BAG, 27.06.2019 – 2 AZR 50/19). Konkret muss der Arbeitgeber vortragen, "dass es keine zumutbaren, sich weniger weit als das unterbreitete Änderungsangebot vom bisherigen Vertragsinhalt entfernende Beschäftigungsmöglichkeiten gegeben habe" (BAG, 27.04.2021 – 2 AZR 357/20).

5.7 Freie Beweiswürdigung

Die Tatsacheninstanzen müssen nach § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden, ob sie eine Tatsache für **wahr oder nicht wahr** halten. Mögliche Zweifel müssen sie überwinden, obwohl sie sie nicht komplett ausschließen können. Es genügt daher, wenn ein für das

praktische Leben **brauchbarer Gewissheitsgrad** erreicht ist, "der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen" (s. dazu BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 85/15 u. BGH, 18.10.2017 - VIII ZR 32/16) . Bei einem **Indizienbeweis** hat das Tatsachengericht zu prüfen, ob die behaupteten Hilfstatsachen, wenn man deren Richtigkeit unterstellt, es von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen. "Dabei sind die Tatsacheninstanzen grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft sie den behaupteten Indiztatsachen im Einzelnen und in einer Gesamtschau beimessen" (BAG, 25.04.2018 - 2 AZR 611/17).

5.8 Klagefrist

"Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis innerhalb der sechsmönatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG außerordentlich, hat der Arbeitnehmer, der die Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen will, gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 , § 4 Satz 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben (BAG, 28.06.2007 - 6 AZR 873/06 - Leitsatz)."

5.9 Prozessverhalten

Aus dem Verhalten eines Arbeitnehmers im Prozess können unter Umständen **Rückschlüsse auf seine vertragsrelevante Unzuverlässigkeit** gezogen werden. Das Prozessverhalten eines Arbeitnehmers ist aber dann nicht zu seinem Nachteil zu werten, wenn es sich nur *"in einer möglicherweise ungeschickten und widersprüchlichen Verteidigung erschöpft"* (BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09).

5.10 Richtige Partei

Soll eine Partnergesellschaft verklagt werden, ist die Gesellschaft selbst die richtige Partei für eine **Kündigungsschutzklage** und nicht deren Gesellschafter. Wie bei einer BGB -Gesellschaft ist bei einer Klage gegen eine Partnergesellschaft nach dem PartGG stets vorrangig zu prüfen, ob eine Klage **gegen die Gesellschafter** nicht in Wahrheit **gegen die Gesellschaft** selbst gerichtet sein soll. Und das gilt insbesondere für die Kündigungsschutzklage (BAG, 01.03.2007 - 2 AZR 525/05 - mit weiteren Hinweisen zur Bestimmung der richtigen Partei im Klageverfahren).

5.11 Richtiger Klageantrag

Bei einer Änderungskündigung muss der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage mit **Änderungsschutzantrag** nach § 4 Satz 2 KSchG erheben, wenn er das mit einer ordentlichen Kündigung verbundene Änderungsangebot des Arbeitgebers unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen hat. Hat der Arbeitgeber eine **außerordentliche Änderungskündigung** erklärt, gelten die §§ 2 , 4 Satz 2 KSchG entsprechend. Und das, obwohl der Verweis in § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG die beiden Bestimmungen gar nicht unmittelbar erfasst (s. dazu BAG, 19.07.2012 – 2 AZR 25/11 u. BAG, 28.10.2010 – 2 AZR 688/09). Da der Kläger dieses Falles das Änderungsangebot unverzüglich unter Vorbehalt angenommen hatte, brauchte über die Frage, "ob eine Vorbehaltsannahme im Fall einer außerordentlichen Änderungskündigung **mit Auslauffrist** entsprechend § 2 KSchG nur unverzüglich erfolgen kann", nicht entschieden zu werden (BAG, 27.04.2021 – 2 AZR 357/20 – mit Hinweis auf BAG, 28.10.2010 – 2 AZR 688/09).

5.12 Tatsachenvortrag

Missachtet der Arbeitgeber bei der Anordnung einer **Taschenkontrolle** das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG oder sich aus einer Betriebsvereinbarung zur Personenkontrolle ergebenden Pflichten, heißt das nicht, dass der Arbeitgeber die **unstreitige Tatsache** eines während der Personalkontrolle im Besitz des Arbeitnehmers gefundenen Gegenstands - hier: ein Lippenstift - in einem Kündigungsschutzprozess nicht verwerten darf. Das deutsche Zivilprozessrecht kennt **kein Sachvortragsverwertungsverbot**. Der von den Parteien beigebrachte Tatsachenstoff ist entweder unschlüssig oder unbewiesen, aber nicht unverwertbar. Deswegen ist das Arbeitsgericht an ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Sachvortrag der Parteien gebunden (BAG, 13.12.2007 - 2 AZR 537/06 - mit dem Hinweis, dass ein Gericht unstreitige Tatsachen berücksichtigen muss und Parteivortrag nicht ohne gesetzliche Grundlage unbeachtet oder unverwertet lassen darf).

5.13 "Unkündbare" Arbeitnehmer - 1

Der Arbeitgeber hat bei Arbeitnehmern, die aufgrund eines besonderen Kündigungsschutzes nicht mehr ordentlich gekündigt werden können, einen gesteigerten **Maßstab** an den wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zu legen. Dem entspricht eine **gesteigerte Darlegungs- und Beweislast** bei der Prüfung des wichtigen Grunds. So muss der Arbeitgeber u.a. darlegen, dass er ohne eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit gezwungen wäre, ein sinnloses Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrechtzuhalten, und dass auch keine andere Möglichkeit besteht, die **Fortsetzung eines völlig sinnentleerten Arbeitsverhältnisses** etwa durch eine anderweitige Beschäftigung oder nach entsprechender Umschulung zu vermeiden (BAG, 08.04.2003 - 2 AZR 355/02).

5.14 "Unkündbare" Arbeitnehmer - 2

Die **3-wöchige Klagefrist** des § 4 Satz 1 KSchG gilt über § 13 Abs. 1 Satz 2 auch für die außerordentliche Kündigung. Dabei ist es vollkommen **gleichgültig, aus welchem Grund** eine außerordentliche Kündigung rechtsunwirksam sein könnte. Auch wenn die Kündigung gegen **tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen** verstößt, hat der Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage innerhalb der 3-Wochen-Frist zu erheben (BAG, 25.04.2007 - 6 AZR 746/06).