

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln **Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

Inklusive
ZAP App!

Details unter: www.zap-zeitschrift.de/App

AUS DEM INHALT

Kolumne

Schriftliches Verfahren wegen der Corona-Epidemie? (S. 435)

Anwaltsmagazin

Erfolgreiche Eilanträge gegen Corona-Schutzverordnungen (S. 438) • Anwaltliche Fortbildung in Zeiten der Corona-Krise (S. 440) • Einzelzulassungen von Anwälten rückläufig (S. 440)

Aufsätze

Börstinghaus, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Wohnraummietrecht (S. 449)

Maaß, Basiswissen: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss (S. 465)

Sartorius/Winkler, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Sozialrecht (S. 471)

Deutscher, Die „Corona-Krise“ – Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (S. 489)

Rechtsprechung

LG Berlin: Aussetzung gerichtlicher Räumungsfristen wegen Coronavirus (S. 443)

BVerfG: Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (SARS-CoV-2-EindämmungsmaßnahmenVO) (S. 446)

BGH: 15-Minuten-Zeittaktklausel unwirksam (S. 448)



Arbeitsrecht

Materielles Kündigungsschutzrecht

Basiswissen 1: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss – Die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. KIRSTIN MAAß, Köln

Inhalt

- | | |
|------------------------------|--|
| I. Vorbemerkung | III. Interessenabwägung |
| II. Wichtiger Grund | IV. Zwei-Wochen-Frist |
| 1. Zweistufige Prüfung | V. Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung |
| 2. Verhaltensbedingte Gründe | |
| 3. Betriebsbedingte Gründe | |
| 4. Personenbedingte Gründe | |

I. Vorbemerkung

Das schärfste Schwert des Arbeitsrechts ist die außerordentliche Kündigung. Meistens – aber nicht zwingend – wird sie als **fristlose Kündigung** ausgesprochen und **beendet** ein Arbeitsverhältnis **mit sofortiger Wirkung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist**. Maßgebliche Vorschrift ist § 626 BGB. Das in dieser Vorschrift vorgesehene Recht zur außerordentlichen Kündigung steht grds. nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Das bedeutet zum einen, dass die außerordentliche Kündigung weder durch einzelvertragliche Vereinbarung noch durch kollektive Normen ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann. Unzulässig ist zum anderen aber auch jede einzel- oder kollektivvertragliche Erweiterung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung. Für die außerordentliche Kündigung gelten die allgemeinen Form- und Wirksamkeitsvoraussetzungen.

Hinweis:

Auch die außerordentliche Kündigung muss **schriftlich** erfolgen (§ 623 BGB). Sie wird als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung erst mit ihrem Zugang bei dem Arbeitnehmer wirksam. Schließlich muss der Kündigung unmissverständlich entnommen werden können, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich aus wichtigem Grund beenden möchte.

Die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kommt nur dann in Frage, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt und die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfällt.

II. Wichtiger Grund

Eine wirksame außerordentliche Kündigung setzt gem. § 626 Abs. 1 BGB einen wichtigen Grund voraus, der die einseitige fristlose Beendigung des Arbeitsvertrages rechtfertigt. Ein **wichtiger Grund** i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn dem Kündigenden die **Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann**.

1. Zweistufige Prüfung

Die Rechtsprechung bedient sich zur Klärung der Frage, ob eine solche Unzumutbarkeit vorliegt, eines **zweistufigen Schemas**. Zunächst muss der **Sachverhalt „an sich“ geeignet** sein, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB darzustellen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das Gesetz keine „absoluten“ Kündigungsgründe kennt. Vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen (BAG, Urt. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 „Emmely“, NZA 2010, 1227, Rn 16). Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die **konkreten Umstände** des Einzelfalls eine Unzumutbarkeit i.S.d. § 626 BGB begründen, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.

Hinweis:

Die Prüfung erfolgt stets zweistufig:

- Der Sachverhalt ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB darzustellen.
- Die konkreten Umstände begründen eine Unzumutbarkeit im Einzelfall.

Im Zuge der umfassenden **Abwägung** der Parteiinteressen ist dabei ein objektiver Maßstab anzulegen. So soll ermittelt werden, ob nicht doch ein Verstreichen der Kündigungsfrist bzw. der Ablauf des Arbeitsvertrags (z.B. im Fall einer Befristung) abgewartet werden kann. Die fristlose Kündigung ist immer „**Ultima Ratio**“.

Wie die ordentliche Kündigung kann sich die außerordentliche Kündigung auf **verhaltens-, personen- und betriebsbedingte** Gründe stützen.

2. Verhaltensbedingte Gründe

In den meisten Fällen erfolgt eine außerordentliche Kündigung aus **verhaltensbedingten** Gründen. Sie erfordert zu ihrer Wirksamkeit ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers. Die Verletzung kann Haupt- und Nebenleistungspflichten betreffen, aber auch sonstige Nebenpflichten, die aus dem Gebot der Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB erwachsen (BAG, Urt. v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15, NZA 2016, 1257, Rn 18).

Beispiele:

- **Arbeitsverweigerung:** Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist „an sich“ geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Ein Arbeitnehmer verweigert die ihm angewiesene Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachdrücklich nicht leisten will. Ob er zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, bestimmt sich nach der objektiven Rechtslage. Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in der Annahme, er handele rechtmäßig, hat grds. er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (BAG, Urt. v. 14.12.2017 – 2 AZR 86/17, NZA 2018, 646, Rn 29; v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, NZA 2016, 417, Rn 22).
- **Beleidigung:** Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, stellen einen erheblichen Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar und sind an sich geeignet, eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (BAG, Urt. v. 21.1.1999 – 2 AZR 665/98, NZA 1999, 863, Rn 12).
- **Konkurrenztätigkeit:** Ein Verstoß gegen das Verbot, während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Konkurrenztätigkeiten zu entfalten, ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zu bilden (BAG, Urt. v. 23.10.2014 – 2 AZR 644/13, NZA 2015, 429, Rn 27).
- **Selbstbeurlaubung:** Wer der Arbeit unentschuldigt fernbleibt, kann eine außerordentliche Kündigung erhalten (BAG, Urt. v. 22.1.1998 – 2 ABR 19/97, NZA 1998, 708, Rn 21). Das gilt auch, wenn ein Urlaubsantrag abgelehnt wurde und der Arbeitnehmer dennoch Urlaub macht.
- **Strafbare Handlungen des Arbeitnehmers:** Eigentums- oder Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers können eine außerordentliche Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Dasselbe gilt für Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit einer Person in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.

- **Verstöße gegen die betriebliche Ordnung oder konkrete Störung des Betriebsfriedens:** Verletzung des betrieblichen Rauch- oder Alkoholverbots (BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425, Rn 35) oder ausländerfeindliche und rechtsextremistische Betätigung.

3. Betriebsbedingte Gründe

Eine auf **betriebsbedingte Gründe** gestützte **außerordentliche Kündigung** ist der Ausnahmefall. Sie kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde (sog. sinnentleertes Arbeitsverhältnis). Allerdings ist der Arbeitgeber in diesem Fall in besonderem Maß verpflichtet zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzuführen, wird er den Arbeitnehmer i.d.R. entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 AZR 50/19, NZA 2019, 1345, Rn 13; v. 18.6.2015 – 2 AZR 480/14, NZA 2015, 1315, Rn 30). Nach dem BAG ist es dem Arbeitgeber deshalb selbst im Insolvenzfall zuzumuten, die Kündigungsfrist einzuhalten, wenn eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen entfällt (BAG, Urt. v. 23.1.2014 – 2 AZR 372/13, NZA 2014, 895, Rn 16).

4. Personenbedingte Gründe

Die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Umstände können eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, auch wenn ihn kein Verschulden trifft. Der häufigste Fall einer personenbedingten Kündigung ist wegen **Krankheit**. Allerdings ist dem Arbeitgeber regelmäßig die Einhaltung der Kündigungsfrist, d.h. der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung, zumutbar. Bereits die Voraussetzungen einer ordentlichen personenbedingten Kündigung sind hoch. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in sehr engen Grenzen in Betracht, insb. bei einer sog. ordentlichen Unkündbarkeit. Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist eines tarifvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann – vorbehaltlich einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall – vorliegen, wenn damit zu rechnen ist, der Arbeitgeber werde für mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müssen (BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 2 AZR 6/18, NZA 2018, 1056).

Beispiele:

- **Entziehung der Fahrerlaubnis** eines Kraftfahrers wegen Alkoholkonsums (BAG, Urt. v. 5.6.2008 – 2 AZR 984/06, DB 2009, 123, Rn 28); dies gilt auch für den Fall, dass die Entziehung auf einer im Zustand der Trunkenheit im Verkehr bei einer außerhalb der Arbeitszeit durchgeführten Privatfahrt beruht (BAG, Urt. v. 14.2.1991 – 2 AZR 525/90, RzK I 6a 70).
- **Verbüßung einer langjährigen Haftstrafe** (BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 381/14, NZA 2016, 482, Rn 14; v. 9.3.1995 – 2 AZR 497/94, NZA 1995, 777, Rn 15). Da der Arbeitgeber im Fall der **haftbedingten** Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers typischerweise von der Lohnzahlungspflicht befreit ist, hängt es von Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen ab, ob die Inhaftierung geeignet ist, eine **Kündigung** zu rechtfertigen. Insoweit wird regelmäßig eine Freiheitsstrafe von **mindestens zwei Jahren** verlangt (BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 381/14, NZA 2016, 482, Rn 14; v. 24.3.2011 – 2 AZR 790/09, NZA 2011, 1084, Rn 23). Dann kann dem Arbeitgeber regelmäßig nicht zugemutet werden, lediglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen und auf eine dauerhafte Neubesetzung des Arbeitsplatzes zu verzichten.

III. Interessenabwägung

Damit die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist, muss eine Interessenabwägung erfolgen. Dem Arbeitgeber als Kündigendem kann gem. § 626 Abs. 1 BGB „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles 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

Basiswissen I: Arbeitsrecht

werden.“ Das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird dem Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegenübergestellt.

Die Interessenabwägung bezieht sich auf alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände des Einzelfalls, insb. auf Art, Schwere, Häufigkeit und die Auswirkungen der Vertragspflichtverletzung, hierdurch ggf. verursachte Schäden oder Betriebsablaufstörungen, auf eine mögliche Wiederholungsgefahr, auf den Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, die Dauer des Arbeitsverhältnisses und auf dessen störungsfreien Verlauf (vgl. BAG „Emmely“ a.a.O., S. 1227), aber auch auf Unterhaltsverpflichtungen und das Alter des Arbeitnehmers, die Arbeitsmarktsituation oder anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei dem Arbeitgeber.

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn alle anderen, nach den jeweiligen Umständen möglichen und milderer Mittel zur Behebung der Vertragsstörung erschöpft sind. Die außerordentliche Kündigung muss die unausweichlich letzte Maßnahme – die „Ultima Ratio“ – für den Arbeitgeber darstellen. Unter Berücksichtigung dieses Ultima-Ratio-Prinzips erfordert eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung im Regelfall eine vorherige **Abmahnung** i.S.d. § 314 Abs. 2 BGB.

Hinweis:

In der Regel erfordert eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung eine zuvor erfolgte wirksame Abmahnung!

Eine Ausnahme von diesem Abmahnungserfordernis stellen **schwerwiegende Verstöße im Vertrauensbereich** dar, z.B. Straftaten des Arbeitnehmers zu Lasten des Arbeitgebers. Regelmäßig berechtigt auch die Androhung von Pflichtverstößen zur außerordentlichen Kündigung, beispielsweise weil der Arbeitnehmer ankündigt, in Zukunft nicht zur Arbeit zu erscheinen oder den Betriebsfrieden zu stören.

Als weiteres milderes, aber gleich geeignetes Mittel ist zudem eine **ordentliche Kündigung**, aber auch eine **Versetzung bzw. Änderungskündigung** in Betracht zu ziehen. Zu den Umständen, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht, gehören jedenfalls die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Hat das Arbeitsverhältnis viele Jahre ungestört bestanden, bedarf es einer genauen Prüfung, ob die dadurch verfestigte Vertrauensbeziehung der Vertragspartner durch eine erstmalige Enttäuschung des Vertrauens vollständig und unwiederbringlich zerstört werden konnte. Dabei ist ein objektiver Maßstab entscheidend.

IV. Zwei-Wochen-Frist

Nach § 626 Abs. 2 BGB muss eine außerordentliche Kündigung **innerhalb von zwei Wochen** erklärt werden. Es handelt sich bei § 626 Abs. 2 BGB um eine **zwingende Ausschlussfrist** mit der Folge, dass die erst nach Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Diese Frist ist zudem weder durch Tarifvertrag noch Betriebsvereinbarung verlängerbar.

Hinweis:

Bei der sog. Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine sog. **Kündigungserklärungsfrist**. Diese Frist ist **nicht zu verwechseln mit einer Kündigungsfrist**. Der grundlegende Unterschied zwischen einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung ist das nicht gegebene Erfordernis einer Kündigungsfrist. Bei einer außerordentlichen Kündigung kann gem. § 626 Abs. 1 BGB „aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ gekündigt werden.

Für die Einhaltung der Frist ist der Arbeitgeber als der Kündigende darlegungs- und beweispflichtig.

Die Zwei-Wochen-Frist **beginnt** mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine **zuverlässige und hinreichend**

vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 ABR 2/19, NZA 2019, 1415, Rn 23; v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332, Rn 61; v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161, Rn 54).

Hinweis:

Hinsichtlich der Kenntnis ist auf den Kündigungsberechtigten abzustellen. Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine **juristische Person**, ist grds. die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen **Organs** maßgeblich. Sind für den Arbeitgeber **mehrere Personen** gemeinsam vertretungsberechtigt, genügt grds. die Kenntnis schon **eines der Gesamtvertreter** (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 ABR 2/19, NZA 2019, 1415, Rn 19; v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332, Rn 61; v. 18.6.2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287, Rn 48). Neben den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen und Körperschaften gehören zu den Kündigungsberechtigten auch die **Mitarbeiter**, denen der Arbeitgeber das **Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen** hat (BAG, Urt. v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161, Rn 55).

Besonderheiten gelten bei sog. **Dauertatbeständen**. Treten **fortlaufend neue Tatsachen** ein, die für die Kündigung maßgeblich sind, oder liegt ein noch nicht abgeschlossener, länger wärender Zustand vor, beginnt bei einem derartigen Dauertatbestand die Zwei-Wochen-Frist nicht vor dessen Beendigung. Bei **Dauer-Störtatbeständen**, bei denen sich der Kündigungssachverhalt und seine betrieblichen Auswirkungen fortwährend neu verwirklichen, reicht es zur Fristwahrung aus, dass die Störung noch in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung angehalten hat (BAG, Urt. v. 28.6.2018 – 2 AZR 436/17, NZA 2018, 1259, Rn 35; v. 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, NZA 2010, 628, Rn 15).

Beispiele:

- Bei eigenmächtigem **Urlaubsantritt** („Selbstbeurlaubung“) beginnt die Ausschlussfrist erst mit der Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Urlaub (BAG, Urt. v. 22.1.1998 – 2 ABR 19/97, NZA 1998, 708, Rn 17).
- **Beharrliche Arbeitsverweigerung**.
- Wird die **Kündigung** auf einen **fortdauernden Zustand** gestützt, beginnt die Frist mit der Beendigung des Zustands. Bei der dauernden krankheitsbedingten Unfähigkeit, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, reicht es aus, dass diese in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der **Kündigung** angehalten hat (BAG, Urt. v. 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, 962, Rn 16).

Besonderheiten gelten zudem sowohl bei einer außerordentlichen Kündigung wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung – sog. **Verdachtskündigung** – als auch wegen einer vom Arbeitgeber als erwiesen erachteten Straftat – sog. **Tat Kündigung**. Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere **Ermittlungen** anstellen und den **betroffenen Arbeitnehmer anhören**, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB zu laufen begännen. Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen **mit der gebotenen Eile** Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts und der Beweismittel verschaffen sollen (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621, Rn 40).

Hinweis:

Soll der Arbeitnehmer angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf im Allgemeinen **nicht mehr als eine Woche** betragen und nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten werden. Für die übrigen Ermittlungen gilt keine Regelfrist. Bei ihnen ist fallbezogen zu beurteilen, ob sie hinreichend zügig betrieben wurden (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621, Rn 40).

Basiswissen 1: Arbeitsrecht

Sind die Ermittlungen abgeschlossen und hat der Kündigungsberechtigte eine hinreichende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt, beginnt der Lauf der Ausschlussfrist. Unbeachtlich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren (vgl. BAG, Urt. v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332, Rn 66; v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, NZA 2016, 161, Rn 54).

Da der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, von der u.U. unsicheren Möglichkeit der Verdachtskündigung Gebrauch zu machen, kann er den **Fort- bzw. Ausgang eines Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens abwarten**. Allerdings darf der Arbeitgeber in einem solchen Fall die außerordentliche Kündigung **nicht zu einem beliebig gewählten Zeitpunkt** aussprechen. Für die Wahl des Zeitpunkts bedarf es eines sachlichen Grundes. Wenn der Kündigungsberechtigte neue Tatsachen erfahren oder neue Beweismittel erlangt hat und nunmehr ausreichend Erkenntnisse für eine Kündigung zu haben glaubt, kann er dies zum Anlass für den Ausspruch einer neuerlichen Kündigung nehmen. Der Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens, z.B. die Erhebung der öffentlichen Klage und die spätere Verurteilung des Arbeitnehmers, kann einen gegen den Arbeitnehmer bestehenden Verdacht, er habe seine Vertragspflichten verletzt, verstärken (BAG, Urt. v. 22.11.2012 – 2 AZR 732/11, NZA 2013, 665, Rn 32; v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NZA 2011, 2231, Rn 17 f.).

Beispiel:

Der Arbeitgeber nimmt Einsicht in die Akten eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, die geeignete kündigungsrelevante Anhaltspunkte beinhalten. Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist beginnt dann ab dem Zeitpunkt der Akteneinsicht zu laufen.

Innerhalb der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist muss auch der **Betriebsrat angehört** werden, sofern ein solcher besteht. Sofern der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken hat, muss er diese Bedenken gem. § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG dem Arbeitgeber unter Angabe der Gründe **spätestens innerhalb von drei Tagen schriftlich mitteilen**. Eine unterbliebene oder fehlerhafte Beteiligung des Betriebsrats führt zur Unwirksamkeit der Kündigung (vgl. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG). Nach der Anhörung kann der Arbeitgeber „wirksam“ kündigen, unabhängig davon, ob und wie der Betriebsrat zur Kündigung Stellung nimmt.

Hinweis:

Das Verfahren der Betriebsratsanhörung muss also spätestens am zehnten Tag ab Kenntnis der die Kündigung rechtfertigenden Tatsachen eingeleitet werden, damit der Betriebsrat die in § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG vorgesehene Frist ausnutzen kann.

V. Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung

Eine nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksame außerordentliche Kündigung kann in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB umgedeutet werden, wenn dies dem **mutmaßlichen Willen** des Arbeitgebers entspricht und dieser Wille dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Kündigungszugangs **erkennbar** ist (BAG, Urt. v. 12.5.2010 – 2 AZR 845/08, NZA 2010, 1348, Rn 39; v. 23.10.2008 – 2 AZR 388/07, AP Nr. 217 zu § 626 BGB, Rn 33).

Hinweis:

Aus dem der Kündigung zugrunde liegenden Sachverhalt muss sich also ergeben, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis **in jedem Fall** beenden will, also auch dann, wenn die außerordentliche Kündigung unwirksam sein sollte.

Der Arbeitgeber muss sich nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit der Umdeutung nach § 140 BGB berufen. Dies hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen. Erforderlich ist aber, dass dem Gericht die maßgeblichen Tatsachen vorgetragen werden, auf deren Grundlage es prüfen kann, ob eine Umdeutung in Betracht kommt.