

## **I. Betriebsbedingte Kündigung**

## **Sozialauswahl und Altersdiskriminierung**

### **BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - demnächst EzA zu KSchG § 1 Soziale Auswahl**

#### **Pressemitteilung:**

Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz (*KSchG*) muss der Arbeitgeber bei Kündigungen aus betrieblichen Gründen zwischen den von ihrer Tätigkeit her vergleichbaren Arbeitnehmern eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten vornehmen. Eines der dabei zu berücksichtigenden Kriterien ist das Lebensalter. Die Regelung zielt darauf ab, ältere Arbeitnehmer bei Kündigungen zu schützen. Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 *KSchG* kann die Sozialauswahl zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur auch innerhalb von Altersgruppen - etwa der der 21 bis 30 Jahre alten, der der 31 bis 40 Jahre alten Arbeitnehmer usf. - vorgenommen werden. Das Lebensalter ist dann nur im Rahmen der jeweiligen Gruppe von Bedeutung. Der Altersaufbau der Belegschaft bleibt auf diese Weise weitgehend erhalten.

Der gesetzliche Regelungskomplex der Sozialauswahl verstößt nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000. Er führt zwar zu einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters. Diese ist aber durch rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Buchst. a) der Richtlinie gerechtfertigt. Einerseits tragen die Regelungen den mit steigendem Lebensalter regelmäßig sinkenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung. Andererseits wirken sie durch die Möglichkeit der Bildung von Altersgruppen der ausschließlichen Berücksichtigung des ansteigenden Lebensalters und einer mit ihr einhergehenden Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer entgegen. Das Ziel, ältere Arbeitnehmer zu schützen, und das Ziel, die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer sicherzustellen, werden zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Dies dient zugleich der sozialpolitisch erwünschten Generationengerechtigkeit und der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung.

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat auf dieser Grundlage - wie schon die Vorinstanzen - die Kündigungsschutzklage einer Arbeitnehmerin abgewiesen, die ua. die Bildung und den Zuschnitt von Altersgruppen in einer Auswahlrichtlinie von Arbeitgeberin und Betriebsrat gerügt hatte.

Eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV bedurfte es nicht. Die unionsrechtliche Lage ist durch mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs aus den letzten Monaten hinreichend geklärt.

## **II. Personenbedingte Kündigung**

**Personenbedingte Kündigung - mehrjährige Freiheitsstrafe****BAG 24. März 2011 - 2 AZR 790/09 - EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 27****Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers, die auf einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe beruht, kann ein Grund zur personenbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses sein.
2. Nicht jede Freiheitsstrafe kann ohne Rücksicht auf ihre Dauer und ihre Auswirkungen zum Verlust des Arbeitsplatzes führen. 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.
3. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungszeitpunkt noch eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zu verbüßen hat und ein Freigängerstatus oder seine vorzeitige Entlassung aus der Haft vor Ablauf von zwei Jahren nicht sicher zu erwarten steht, braucht der Arbeitgeber den Arbeitsplatz für ihn nicht frei zu halten. Überbrückungsmaßnahmen sind dem Arbeitgeber angesichts der Dauer der zu erwartenden Fehlzeit und in Anbetracht der vom Arbeitnehmer typischerweise zu vertretenden Arbeitsverhinderung regelmäßig nicht zumutbar.
4. Aus § 241 Abs. 2 BGB kann sich die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, den Arbeitnehmer bei der Erreichung möglicher Maßnahmen der Vollzugslockerung, insbesondere der Erlangung des Freigängerstatus zu unterstützen, soweit dies für den Arbeitgeber nicht risikobehaftet ist. Diese Pflicht geht nicht so weit, dem zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilten Arbeitnehmer auf die vage Aussicht hin, in ferner Zukunft Vollzugslockerungen zu erreichen, den Arbeitsplatz bis zu einer Klärung offen zu halten.

**Pressemitteilung:**

Die Verbüßung einer mehrjährigen Freiheitsstrafe ist grundsätzlich geeignet, die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Haben die der strafgerichtlichen Verurteilung zugrunde liegenden Taten keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis, kommt regelmäßig nur eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Sowohl bei den Anforderungen an den Kündigungsgrund als auch bei der einzelfallbezogenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsunmöglichkeit und die damit einhergehende Störung des Arbeitsverhältnisses selbst zu vertreten hat. Dem Arbeitgeber sind deshalb zur Überbrückung der Fehlzeit typischerweise geringere Anstrengungen und Belastungen zuzumuten als bei einer Verhinderung des Arbeitnehmers etwa wegen Krankheit. Zudem ist auf die voraussichtliche Dauer der Leistungsunmöglichkeit Bedacht zu nehmen. Jedenfalls dann, wenn gegen den Arbeitnehmer rechtskräftig eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren

verhängt worden ist, kann der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in der Regel dauerhaft neu besetzen.

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts - anders als die Vorinstanz - die Kündigungsschutzklage eines Arbeitnehmers abgewiesen. Der Kläger war bei der Beklagten seit 1992 als Industriemechaniker beschäftigt. Im November 2006 wurde er in Untersuchungshaft genommen. Im Mai 2007 wurde er - bei fortbestehender Inhaftierung - zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sieben Monaten verurteilt. Gleichzeitig wurde die zur Bewährung erfolgte Aussetzung einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten widerrufen. Laut Vollzugsplan war die Möglichkeit eines offenen Vollzugs zunächst nicht vorgesehen. Eine dahingehende Prüfung sollte erstmals im Dezember 2008 erfolgen. Die Beklagte besetzte den Arbeitsplatz des Klägers dauerhaft mit einem anderen Arbeitnehmer und kündigte das Arbeitsverhältnis im Februar 2008 ordentlich.

Die Kündigung ist aus einem in der Person des Klägers liegenden Grund gerechtfertigt. Der Beklagten war es unter Berücksichtigung der Dauer der Freiheitsstrafe nicht zumutbar, an dem Arbeitsverhältnis festzuhalten.

## **Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Glaubensgründen**

**BAG 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09 - EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 28**

### **Amtliche Leitsätze:**

Beruft sich der Arbeitnehmer gegenüber einer Arbeitsanweisung des Arbeitgebers auf einen ihr entgegenstehenden, ernsthaften inneren Glaubenskonflikt, kann das Beharren des Arbeitgebers auf Vertragserfüllung ermessensfehlerhaft iSv. § 106 Satz 1 GewO iVm. Art. 4 Abs. 1 GG sein.

In diesem Fall stellt zwar die Weigerung des Arbeitnehmers, der Weisung nachzukommen, keine vorwerfbare Pflichtverletzung dar, kann aber geeignet sein, eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers zu rechtfertigen, wenn es dem Arbeitgeber nicht ohne größere Schwierigkeiten möglich ist, den Arbeitnehmer anderweit sinnvoll einzusetzen.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Weigert sich der Arbeitnehmer aus Glaubensgründen, eine vom arbeitsvertraglich vereinbarten Leistungsspektrum umfasste Arbeitsleistung zu erbringen, kann dies - je nach den Umständen des Einzelfalls - eine ordentliche Kündigung rechtfertigen.
2. Der Arbeitgeber muss bei der Ausübung seines Weisungsrechts auf einen ihm offenbaren Glaubenskonflikt Bedacht nehmen. Er darf dem Arbeitnehmer bei verfassungskonformer Auslegung und Anwendung von § 106 Satz 1 GewO regelmäßig keine Arbeit zuweisen, die diesen in einen nachvollziehbar dargelegten, ernsthaften und unüberwindbaren Glaubenskonflikt brächte. Etwas anderes kann dann gelten, wenn entgegenstehende Grundrechte oder Verfassungsaufträge - sei es auch nur vorübergehend - ein Hintanstellen der Glaubensüberzeugungen geboten erscheinen lassen.
3. Beruft sich der Arbeitnehmer erstmals nach erteilter Weisung auf einen unüberwindbaren inneren Glaubenskonflikt, kann der Arbeitgeber nach den vorstehenden Grundsätzen verpflichtet sein, erneut von seinem Direktionsrecht Gebrauch zu machen und dem Arbeitnehmer - soweit möglich und zumutbar - eine andere Arbeit zuzuweisen. Beharrt der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung, kann dies iSv. § 106 Satz 1 GewO ermessensfehlerhaft sein. Der Arbeitnehmer braucht in einem solchen Fall der Anordnung keine Folge zu leisten. Auf ein etwaiges Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB kommt es nicht an.
4. Nur in eng begrenzten Fällen hängt die Frage, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung trotz eines bestehenden Glaubens- oder Gewissenskonflikts verbindlich zuweisen darf, von der Vorhersehbarkeit des Konflikts ab.
5. War das Beharren des Arbeitgebers auf die Vertragserfüllung iSv. § 106 Satz 1 GewO iVm. Art. 4 Abs. 1 GG ermessensfehlerhaft, stellt die Weigerung des Arbeitnehmers, der Weisung nachzukommen, keine vorwerfbare Vertragspflichtverletzung dar. Sie kann aber geeignet sein, eine Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers zu rechtfertigen, wenn es

dem Arbeitgeber nicht ohne größere Schwierigkeiten möglich ist, den Arbeitnehmer anderweit sinnvoll einzusetzen.

6. Berufte sich der Arbeitnehmer auf verbleibende Einsatzmöglichkeiten, hat er im Kündigungsschutzprozess zumindest in Grundzügen aufzuzeigen, wie er sich eine mit seinen Glaubensüberzeugungen in Einklang stehende Beschäftigung im Rahmen der vom Arbeitgeber vorgegebenen Betriebsorganisation vorstellt.

### **Pressemitteilung:**

Weigert sich ein Arbeitnehmer aus religiösen Gründen, eine Arbeitsaufgabe zu erfüllen, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, kann dies eine Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigen. Voraussetzung ist, dass keine naheliegenden anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Ein als "Ladenhilfe" in einem Einzelhandelsmarkt beschäftigter Arbeitnehmer muss mit der Zuweisung von Arbeitsaufgaben rechnen, die den Umgang mit Alkoholika erfordern. Macht er geltend, aus religiösen Gründen an der Ausübung vertraglich geschuldeter Tätigkeiten gehindert zu sein, muss er dem Arbeitgeber mitteilen, worin genau die religiösen Gründe bestehen, und aufzeigen, an welchen Tätigkeiten er sich gehindert sieht. Besteht für den Arbeitgeber im Rahmen der von ihm zu bestimmenden betrieblichen Organisation die Möglichkeit einer vertragsgemäßen Beschäftigung, die den religionsbedingten Einschränkungen Rechnung trägt, muss er dem Arbeitnehmer diese Tätigkeit zuweisen.

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben, die die - ordentliche - Kündigung eines Arbeitsverhältnisses für wirksam erachtet hat. Der Kläger ist gläubiger Moslem. Er war seit 1994 als Mitarbeiter eines großen Warenhauses tätig. Seit dem Jahr 2003 wurde er als "Ladenhilfe" beschäftigt. Im Februar 2008 weigerte er sich, im Getränkebereich zu arbeiten. Er berief sich auf seinen Glauben, der ihm jegliche Mitwirkung bei der Verbreitung von Alkoholika verbiete. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis.

Die Revision des Klägers führte zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Ob die Weigerung des Klägers, in der Getränkeabteilung zu arbeiten, der Beklagten einen Grund zur Kündigung gab, steht noch nicht fest und bedarf der weiteren Sachaufklärung. Den Darlegungen des Klägers lässt sich nicht hinreichend deutlich entnehmen, welche Tätigkeiten ihm seine religiöse Überzeugung verbietet. Dementsprechend kann auch nicht abschließend beurteilt werden, ob es der Beklagten möglich war, dem Kläger eine andere Arbeit zu übertragen.

## **Katholischer Chefarzt - Wiederheirat**

### **BAG 8. September 2011 - 2 AZR 543/10 - demnächst EzA zu BGB 2002 § 611 Kirchliche Arbeitnehmer**

#### **Amtliche Leitsätze:**

Auch bei Kündigungen wegen Enttäuschung der berechtigten Loyalitätserwartungen eines kirchlichen Arbeitgebers kann die stets erforderliche Interessenabwägung im Einzelfall zu dem Ergebnis führen, dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumutbar und die Kündigung deshalb unwirksam ist. Abzuwägen sind das Selbstverständnis der Kirchen einerseits und das Recht des Arbeitnehmers auf Achtung seines Privat- und Familienlebens andererseits.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die Einbeziehung der kirchlichen Arbeitsverhältnisse in das staatliche Arbeitsrecht hebt deren Zugehörigkeit zu den „eigenen Angelegenheiten“ der Kirchen iSv. Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV nicht auf. Umgekehrt findet auch die Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten durch die Kirchen nur in den Schranken des für alle geltenden Gesetzes statt.

2. Dementsprechend haben die staatlichen Gerichte für Arbeitssachen einerseits die vorgegebenen kirchlichen Maßstäbe für die Bewertung einzelner Loyalitätsanforderungen zugrunde zu legen, soweit die Verfassung das Recht der Kirche anerkennt, hierüber selbst zu befinden, sind sie aber andererseits der Prüfung, ob ein nachkirchlichem Verständnis schwerer Loyalitätsverstoß nach Maßgabe von § 1 Abs. 2 KSchG die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bedingt und sozial rechtfertigt, nicht enthoben.

3. Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten Einrichtungen haben das verfassungsmäßige Recht, von ihren Beschäftigten ein loyales Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses zu verlangen.

4. Die ethisch-moralische Glaubwürdigkeit einer kirchlichen Einrichtung wird in herausragender Weise durch ihr Leitungspersonal vermittelt. Es ist deshalb grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn eine katholische Einrichtung an ihre leitenden Mitarbeiter die berufliche Anforderung stellt, die Gebote der katholischen Glaubens- und Sittenlehre einzuhalten. Eine damit möglicherweise einhergehende Benachteiligung wegen der Religionszugehörigkeit ist regelmäßig nach § 9 Abs. 2 AGG iVm. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt.

5. Als Loyalitätsverstoß kommt für leitende katholische Mitarbeiter einer katholischen Einrichtung auch der Abschluss einer nach katholischem Verständnis ungültigen Ehe in Betracht.

6. Wird die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem leitenden Mitarbeiter auf einen solchen Loyalitätsverstoß gestützt, muss die nach § 1 Abs. 2 KSchG und - gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - nach der Europäischen Menschenrechtskonvention gebotene Abwägung der rechtlich geschützten Interessen der Parteien sowohl dem Selbstverständnis der Kirchen das ihm zukommende Gewicht beimessen



als auch das Recht des Mitarbeiters auf Achtung seines Privat- und Familienlebens (*Art. 8 EMRK*) ausreichend berücksichtigen. Die Abwägung kann zu einem Überwiegen der Interessen des Mitarbeiters führen.

### **Pressemitteilung:**

Die Wiederverheiratung eines katholischen Chefarztes an einem katholischen Krankenhaus rechtfertigt nicht in jedem Fall seine ordentliche Kündigung. Zwar haben Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten Einrichtungen das verfassungsmäßige Recht, von ihren Beschäftigten ein loyales Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können. Als Loyalitätsverstoß kommt auch der Abschluss einer nach katholischem Verständnis ungültigen Ehe in Betracht. Eine Kündigung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Loyalitätsverstoß auch bei Abwägung der Interessen beider Vertragsteile im Einzelfall ein hinreichend schweres Gewicht hat.

Der Kläger trat im Jahr 2000 als Chefarzt in die Dienste der Beklagten, die mehrere Krankenhäuser betreibt. Der Dienstvertrag der Parteien wurde unter Zugrundelegung der vom Erzbischof von Köln erlassenen Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 23. September 1993 (*GO*) geschlossen. Nach deren Art. 4 wird von den Mitarbeitern die Anerkennung und Beachtung der Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre erwartet. Nach Art. 5 Abs. 2 *GO* kommt eine Kündigung aus kirchenspezifischen Gründen bei schwerwiegenden Loyalitätsverstößen in Betracht. Als ein solcher Verstoß wird auch der Abschluss einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der Kirche ungültigen Ehe angesehen. Nachdem sich die erste Ehefrau des Klägers von diesem getrennt hatte, lebte der Kläger mit seiner jetzigen Frau von 2006 bis 2008 unverheiratet zusammen. Das war der Beklagten nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bekannt. Nach seiner Scheidung von der ersten Ehefrau heiratete der Kläger im Jahr 2008 seine jetzige Frau standesamtlich. Nachdem die Beklagte hiervon Kenntnis erlangt hatte, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30. März 2009 ordentlich zum 30. September 2009. Die Beklagte beschäftigt auch nicht katholische, wiederverheiratete Chefarzte. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben.

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Revision der Beklagten mit Urteil vom heutigen Tage zurückgewiesen. Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 KSchG. Zwar hat sich der Kläger einen Loyalitätsverstoß zuschulden kommen lassen, dem mit Rücksicht auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht beträchtliches Gewicht zukommt. Insgesamt überwog jedoch das Interesse des Klägers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Dabei fällt in die Waagschale, dass die Beklagte selbst sowohl in ihrer Grundordnung als auch in ihrer Praxis auf ein durchgehend und ausnahmslos der katholischen Glaubens- und Sittenlehre verpflichtetes Lebenszeugnis ihrer leitenden Mitarbeiter verzichtet. Das zeigt sich sowohl an der Beschäftigung nichtkatholischer, wiederverheirateter Ärzte als auch an der Hinnahme des nach dem Arbeitsvertrag an sich untersagten Lebens in nichtehelicher Gemeinschaft von 2006 bis 2008. Zu berücksichtigen war ferner, dass der Kläger zu den Grundsätzen der katholischen Glaubens- und Sittenlehre nach wie vor steht und an ihren Anforderungen nur aus einem dem innersten Bezirk seines Privatlebens zuzurechnenden Umstand scheiterte. Bei dieser Lage war auch der ebenfalls grundrechtlich geschützte Wunsch des Klägers und seiner jetzigen Ehefrau zu achten, in einer nach den Maßstäben des bürgerlichen Rechts geordneten Ehe zusammenleben zu dürfen.

### **III. Verhaltensbedingte Kündigung**

## **Kündigung wegen unrechtmäßigen Einlösens von Leergutbons**

**BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - [„Emmely“] EzA BGB 2002 § 626 Nr. 32**

### **Amtliche Leitsätze:**

1. Rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, können auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat.

2. Das Gesetz kennt auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe. Es bedarf stets einer umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung dahingehend, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung - zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Der Umstand, dass der Arbeitgeber eine Kündigung lediglich mit dem dringenden Verdacht einer Pflichtverletzung begründet und im Prozess keinen Tatvorwurf als Kündigungsgrund „nachgeschoben“ hat, schließt es für die Gerichte grundsätzlich nicht aus, die Pflichtverletzung aufgrund entsprechender Tatsachen als nachgewiesen anzusehen.

2. Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann auch dann ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB sein, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat.

3. Das Gesetz kennt keine „absoluten“ Kündigungsgründe. Ob eine unmittelbar gegen Vermögensinteressen des Arbeitgebers gerichtete, ggf. sogar strafbare Handlung des Arbeitnehmers die fristlose Kündigung nach § 626 BGB im Ergebnis rechtfertigt, bedarf einer umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung.

4. Eine außerordentliche Kündigung setzt voraus, dass es keine mildereren Mittel gibt, um eine künftige Vertragsstörung zu vermeiden. Als mildere Reaktionen kommen insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung in Betracht. Es ist stets zu prüfen, ob schon sie geeignet sind, das Risiko künftiger Störungen zu vermeiden.

5. Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu ihnen gehört jedenfalls die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Hat das Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg 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.

6. Die Wirksamkeit einer Kündigung ist ausgehend von den Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs zu beurteilen. Später eingetretene Umstände sind allenfalls dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht außer Betracht bleiben können, ohne einen einheitlichen Lebenssachverhalt zu zerreißen. In diesem Rahmen kann auch das Prozessverhalten des Arbeitnehmers eine Rolle spielen, soweit es tatsächlich Rückschlüsse auf den Kündigungsgrund erlaubt. Erschöpft sich das Verteidigungsvorbringen des Arbeitnehmers im Wesentlichen in einem - wenngleich ungeschickten - Bestreiten einer vorsätzlichen Pflichtverletzung, ist dies regelmäßig ungeeignet, den Kündigungsgrund zu „erhellen“.

### **Pressemitteilung:**

Ein vorsätzlicher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Vertragspflichten kann eine fristlose Kündigung auch dann rechtfertigen, wenn der damit einhergehende wirtschaftliche Schaden gering ist. Umgekehrt ist nicht jede unmittelbar gegen die Vermögensinteressen des Arbeitgebers gerichtete Vertragspflichtverletzung ohne Weiteres ein Kündigungsgrund. Maßgeblich ist § 626 Abs. 1 BGB. Danach kann eine fristlose Kündigung nur aus „wichtigem Grund“ erfolgen. Das Gesetz kennt in diesem Zusammenhang keine „absoluten Kündigungsgründe“. Ob ein „wichtiger Grund“ vorliegt, muss vielmehr nach dem Gesetz „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile“ beurteilt werden. Dabei 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 korrekten Handhabung der Geschäftsanweisungen, das vom Arbeitnehmer in der Zeit seiner unbeanstandeten Beschäftigung erworbene „Vertrauenkapital“ ebenso wie die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsverstoßes; 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 Arbeitnehmers ausreichen.

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts - anders als die Vorinstanzen - der Klage der Kassiererin eines Einzelhandelsgeschäfts stattgegeben, die ihr nicht gehörende Pfandbons im Wert von insgesamt 1,30 Euro zum eigenen Vorteil eingelöst hat. Die Klägerin war seit April 1977 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerinnen als Verkäuferin mit Kassentätigkeit beschäftigt. Am 12. Januar 2008 wurden in ihrer Filiale zwei Leergutbons im Wert von 48 und 82 Cent aufgefunden. Der Filialleiter übergab die Bons der Klägerin zur Aufbewahrung im Kassenbüro, falls sich ein Kunde noch melden sollte. Sie lagen dort sichtbar und offen zugänglich. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen reichte die Klägerin die beiden Bons bei einem privaten Einkauf zehn Tage später bei der kassierenden Kollegin ein. Diese nahm sie entgegen, obwohl sie, anders als es aufgrund einer Anweisung erforderlich gewesen wäre, vom Filialleiter nicht abgezeichnet worden waren. Im Prozess hat die Klägerin bestritten, die Bons an sich genommen zu haben, und darauf verwiesen, sie habe sich möglicherweise durch Teilnahme an gewerkschaftlichen Aktionen Ende 2007 unbeliebt gemacht. Vor der Kündigung hatte sie zur Erklärung ins Feld geführt, die Pfandbons könnten ihr durch eine ihrer Töchter oder eine Kollegin ins Portemonnaie gesteckt worden sein. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis ungeachtet des Widerspruchs des Betriebsrats wegen eines dringenden Tatverdachts fristlos, hilfsweise fristgemäß.

Die Kündigung ist unwirksam. Die mit einer sogenannten „Verdachtskündigung“ verbundenen Fragen stellten sich dabei in der Revisionsinstanz nicht, weil das Landesarbeitsgericht - für den Senat bindend - festgestellt hat, dass die Klägerin die ihr vorgeworfenen Handlungen tatsächlich begangen hat. Der Vertragsverstoß ist schwerwiegend. Er berührte den Kernbereich der Arbeitsaufgaben einer Kassiererin und hat damit trotz des geringen Werts der Pfandbons das Vertrauensverhältnis der Parteien objektiv erheblich belastet. Als Einzelhandelsunternehmen ist die Beklagte besonders anfällig dafür, in der Summe hohe Einbußen durch eine Vielzahl für sich genommen geringfügiger Schädigungen zu erleiden. Dagegen konnte das Prozessverhalten der Klägerin nicht zu ihren Lasten gehen. Es lässt keine Rückschlüsse auf eine vertragsrelevante Unzuverlässigkeit zu. Es erschöpfte sich in einer möglicherweise ungeschickten und widersprüchlichen Verteidigung. Letztlich überwiegen angesichts der mit einer Kündigung verbundenen schwerwiegenden Einbußen die zu Gunsten der Klägerin in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkte. Dazu gehört insbesondere die über drei Jahrzehnte ohne rechtlich relevante Störungen verlaufene Beschäftigung, durch die sich die Klägerin ein hohes Maß an Vertrauen erwarb. Dieses Vertrauen konnte durch den in vieler Hinsicht atypischen und einmaligen Kündigungssachverhalt nicht vollständig zerstört werden. Im Rahmen der Abwägung war auch auf die vergleichsweise geringfügige wirtschaftliche Schädigung der Beklagten Bedacht zu nehmen, so dass eine Abmahnung als milderes Mittel gegenüber einer Kündigung angemessen und ausreichend gewesen wäre, um einen künftig wieder störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu bewirken.

**Kündigung wegen missbräuchlicher Verwendung von Gutscheinen****BAG 10. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 33****Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Begeht der Arbeitnehmer anlässlich eines privaten Einkaufs außerhalb der Arbeitszeit eine strafbare Handlung zu Lasten des Vermögens seines Arbeitgebers oder schädigt er ihn in ähnlich schwerwiegender Weise vorsätzlich, kann dies eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen.
2. Ob es einer Abmahnung bedurfte, ist eine Frage des Einzelfalls. War für den Arbeitnehmer die Schwere der Pflichtverletzung ohne Weiteres erkennbar und hat er zur Tatbegehung bewusst geringe Überwachungsmöglichkeiten des Arbeitgebers ausgenutzt, kann dies für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung sprechen.
3. Gerichte sind bei der Urteilsfindung grundsätzlich an das Nichtbestreiten einer Partei gebunden. Sie dürfen für unbestrittene Tatsachen keinen Beweis erheben oder verlangen. Die Bindung der Gerichte an die Grundrechte zieht jedoch die Verpflichtung zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung nach sich. Sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch aus dem im Privatrechtsverkehr zu beachtenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Prozessparteien folgen Anforderungen an das gerichtliche Verfahren und an die Grundlagen richterlicher Entscheidungsfindung.
4. Dem widerspräche es, unbestrittenen Sachvortrag, selbst wenn er unter Verletzung von Grundrechten gewonnen wurde, stets und uneingeschränkt prozessual zu verwerten. Der gebotene Schutz des Arbeitnehmers vor einer unzulässigen Informationsgewinnung durch heimliche Videoüberwachung kann es erfordern, aus der Überwachung gewonnene Erkenntnisse bei der Entscheidungsfindung unberücksichtigt zu lassen, wenn durch die gerichtliche Entscheidung der Verstoß perpetuiert würde. Der Arbeitnehmer ist nicht gezwungen, die betreffenden Tatsachen - ggf. bewusst wahrheitswidrig - zu bestreiten.
5. Der Schutz des Arbeitnehmers vor einer rechtswidrigen Videoüberwachung verlangt nicht in jedem Fall, auch solche unstreitigen Tatsachen außer Acht zu lassen, die dem Arbeitgeber nicht unmittelbar durch die Videoaufzeichnung, sondern durch Auswertung einer ihm unabhängig hiervon zur Verfügung stehenden, ohne Rechtsverstoß gewonnenen Informationsquelle zur Verfügung stehen.

**Kündigung wegen Speicherung privater Dateien auf einem Firmen-Laptop****BAG 24. März 2011 - 2 AZR 282/10 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 34****Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Eine erhebliche Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gemäß § 241 Abs. 2 BGB kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB bilden. Der konkrete Inhalt dieser Pflicht ergibt sich aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis und seinen spezifischen Anforderungen. Einer besonderen Vereinbarung bedarf es insoweit nicht.

2. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der 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.

3. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur 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.

4. Im Streitfall lag in der Speicherung privater Dateien auf einem Firmen-Laptop keine so schwerwiegende Pflichtverletzung, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen gewesen wäre.

5. Durch die unerlaubte Speicherung unternehmensbezogener Daten auf einer privaten Festplatte ohne Sicherung gegen unbefugten Zugriff kann die Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt sein. Soweit personenbezogene Daten iSv. § 3 Abs. 1 BDSG betroffen sind, kommt zudem ein Verstoß gegen § 5 Satz 1 BDSG in Betracht. Dagegen sind Daten oder in Dateien gespeicherte Datenbestände für sich genommen keine urheberrechtlich nach §§ 69a ff. UrhG geschützten Computerprogramme oder Schriftwerke iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG.

**Kündigung wegen Angabe falscher Arbeitszeiten****BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 35****Amtliche Leitsätze:**

keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine ihm gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB).
2. Die Bewertung eines Fehlverhaltens als vorsätzlich liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist Gegenstand der tatrichterlichen Beweiswürdigung iSv. § 286 ZPO. Das Revisionsgericht kann bezüglich der Feststellung innerer Tatsachen nur prüfen, ob das Tatsachengericht von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und keine Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat.
3. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der 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.
4. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur 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. Dies gilt grundsätzlich auch bei Störungen im Vertrauensbereich.
5. Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung - etwa im Hinblick auf das Maß eines durch sie bewirkten Vertrauensverlusts und ihre wirtschaftlichen Folgen -, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf.



## **Außerordentliche Kündigung - sexuelle Belästigung**

**BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36**

### **Amtliche Leitsätze:**

Keine

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie ist „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, ua. von ihrem Umfang und ihrer Intensität.
2. Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Für das „Bewirken“ genügt der bloße Eintritt der Belästigung. Vorsätzliches Verhalten der für dieses Ergebnis objektiv verantwortlichen Person ist nicht erforderlich.
3. Das Tatbestandsmerkmal der Unerwünschtheit in § 3 Abs. 4 AGG erfordert - anders als noch § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BSchG des mit Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 außer Kraft getretenen Beschäftigtenschutzgesetzes (*BSchG*) - nicht, dass die betroffene Person ihre ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen aktiv verdeutlicht hat. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war.
4. Die nach § 626 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung hat unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Ist der Arbeitnehmer wegen gleichartiger Pflichtverletzungen schon einmal abgemahnt worden und verletzt er seine vertraglichen Pflichten gleichwohl erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch weiterhin zu Vertragsstörungen kommen. Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich um identische Pflichtverletzungen handelt. Es reicht aus, dass die jeweiligen Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen. Ein solcher innerer Zusammenhang besteht zwischen sexuellen Belästigungen durch körperliche Berührung und solchen verbaler Art.
5. Den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert auch § 12 Abs. 3 AGG. Danach hat der Arbeitgeber bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, zu denen sexuelle Belästigungen iSv. § 3 Abs. 4 AGG gehören, im Einzelfall die geeigneten, erforderlichen und angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen. Geeignet in diesem Sinne sind nur Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die Benachteiligung für die Zukunft abstellen, dh. eine Wiederholungsfahr ausschließen.

**Kündigung wegen „Stalking“****BAG 19. April 2012 - 2 AZR 258/11 - demnächst EzA zu § 626 BGB 2002****Pressemitteilung:**

Ein schwerwiegender Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine vertragliche Nebenpflicht, die Privatsphäre und den deutlichen Wunsch einer Arbeitskollegin zu respektieren, nichtdienstliche Kontaktaufnahmen mit ihr zu unterlassen, kann die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Ob es zuvor einer einschlägigen Abmahnung bedarf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Der Kläger war beim beklagten Land seit 1989 als Verwaltungsangestellter beschäftigt. Im Jahr 2007 teilte das Land ihm als Ergebnis eines Verfahrens vor der Beschwerdestelle nach § 13 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes mit, dass eine Mitarbeiterin, die sich von ihm belästigt fühlte, weder dienstlich noch privat Kontakt mit ihm wünsche und dieser Wunsch vorbehaltlos zu respektieren sei. Eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit der Mitarbeiterin habe "auf jeden Fall zur Vermeidung arbeitsrechtlicher Konsequenzen zu unterbleiben".

Im Oktober 2009 wandte sich eine andere, als Leiharbeiterin beschäftigte Mitarbeiterin an das beklagte Land und gab an, sie werde vom Kläger in unerträglicher Art und Weise belästigt und bedrängt. Nach näherer Befragung der Mitarbeiterin und Anhörung des Klägers kündigte das Land das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Es hat behauptet, der Kläger habe der Mitarbeiterin gegen deren ausdrücklich erklärten Willen zahlreiche E-Mails geschickt, habe sie ohne dienstlichen Anlass in ihrem Büro angerufen oder dort aufgesucht und sich wiederholt und zunehmend aufdringlich in ihr Privatleben eingemischt. Um sie zu weiterem privaten Kontakt mit ihm zu bewegen, habe er ihr ua. damit gedroht, er könne dafür sorgen, dass sie keine feste Anstellung beim Land bekomme.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision des beklagten Landes hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Der Senat hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Es steht noch nicht fest, ob ein wichtiger Grund für die Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Das Landesarbeitsgericht hat zwar im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Kläger durch die Mitteilung aus dem Jahr 2007 nicht im Rechtssinne abgemahnt worden ist. Es hat aber nicht ausreichend geprüft, ob angesichts der Warnung durch das zuvor durchgeführte Beschwerdeverfahren und der übrigen Umstände eine Abmahnung entbehrlich war. Ob die Kündigung gerechtfertigt ist, konnte der Senat nicht selbst entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat keine dazu hinreichenden Feststellungen zum Sachverhalt getroffen.

#### **IV. Verdachtskündigung**

## **Außerordentliche Verdachtskündigung**

**BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr.**

### **Amtliche Leitsätze:**

Der Arbeitgeber kann eine den Verdacht der Tatbegehung verstärkende Tatsache - wie die Erhebung der öffentlichen Klage - auch dann zum Anlass für den Ausspruch einer Verdachtskündigung nehmen, wenn er eine solche schon zuvor erklärt hatte. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt mit ausreichender Kenntnis von der verdachtsverstärkenden Tatsache erneut zu laufen.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt nach § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB in dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

2. Geht es um ein strafbares Verhalten des Arbeitnehmers, darf der Arbeitgeber den Aus- oder Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens abwarten und in dessen Verlauf zu einem nicht willkürlich gewählten Zeitpunkt kündigen. Dies gilt auch für die Überlegung, ob er eine Verdachtskündigung aussprechen soll. Im Verlauf des Ermittlungs- und Strafverfahrens gewonnene Erkenntnisse oder Handlungen der Strafverfolgungsbehörden können die Annahme verstärken, der Vertragspartner habe die Pflichtverletzung begangen. Eine solche den Verdacht intensivierende Wirkung kann auch die Erhebung der öffentlichen Klage haben, selbst wenn sie nicht auf neuen Erkenntnissen beruht. Der Umstand, dass eine unbeteiligte Stelle mit weiterreichenden Ermittlungsmöglichkeiten als sie dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen, einen hinreichenden Tatverdacht bejaht, ist geeignet, den gegen den Arbeitnehmer gehegten Verdacht zu verstärken.

3. Der Arbeitgeber kann eine den Verdacht der Tatbegehung verstärkende Tatsache - wie die Erhebung der öffentlichen Klage - auch dann zum Anlass für den Ausspruch einer Verdachtskündigung nehmen, wenn er eine solche schon zuvor erklärt hatte. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt mit ausreichender Kenntnis von der verdachtsverstärkenden Tatsache erneut zu laufen. Da die neuerliche Kündigung auf einer weiteren, den Verdacht der Tatbegehung verstärkenden Tatsache beruht, handelt es sich auch nicht um eine unzulässige Wiederholungskündigung. Es gibt nicht lediglich zwei objektiv genau bestimmbare Zeitpunkte, zu denen die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt, einen Zeitpunkt für den Ausspruch einer Verdachts-, einen weiteren für den Ausspruch einer Tat Kündigung. Im Laufe des Aufklärungszeitraums kann es vielmehr mehrere Zeitpunkte geben, in denen der Verdacht „dringend“ genug ist, um darauf eine Kündigung zu stützen.

4. Wird die Kündigung mit dem Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens begründet, ergibt sich nach tatrichterlicher Würdigung jedoch das tatsächliche Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit, ist das Gericht nicht gehindert, dies seiner Entscheidung zugrunde zu legen; es ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber sich während des Prozesses darauf berufen hat, er stütze die Kündigung auch auf die erwiesene Tat. Das gilt auch für das Revisionsgericht, wenn das Beru-

fungengericht zwar nicht selbst geprüft hat, ob ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB gegeben ist, aber gem. § 559 Abs. 2 ZPO bindend festgestellt hat, dass die Pflichtwidrigkeit tatsächlich begangen wurde.

5. Eine schwere und schuldhafte Vertragspflichtverletzung kann ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung sein. Das gilt auch bei der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Der Arbeitnehmer muss auch außerhalb der Arbeitszeit auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht nehmen. Allerdings kann ein außerdienstliches Verhalten die berechtigten Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer grundsätzlich nur beeinträchtigen, wenn es einen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit hat. Das ist der Fall, wenn es negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat. Fehlt ein solcher Zusammenhang, scheidet eine Pflichtverletzung regelmäßig aus.

6. In Folge der Privatisierung einer Dienststelle endet das Amt des Personalrats. Die Änderung der Rechtsform des Trägers der Betriebsorganisation hat den Verlust der bisherigen personalvertretungsrechtlichen Repräsentation zur Folge. Die Überführung in eine privatrechtliche Trägerschaft stellt eine Auflösung der Dienststelle im personalvertretungsrechtlichen Sinne dar. Soweit § 103 des Hessischen Personalvertretungsgesetzes vom 24. März 1988 (HPVG) bestimmt, dass öffentliche Theater und selbständige Orchester Dienststellen im Sinne des HPVG sind, ergibt sich daraus nichts für die Folgen ihrer Privatisierung. Ein mögliches Übergangsmandat des bisherigen Personalrats kommt allenfalls bis zur Wahl des Betriebsrats in Betracht.

7. Der Gesamtpersonalrat ist bei individuellen Kündigungsmaßnahmen, unabhängig von der Entscheidungsbefugnis des Dienststellenleiters, gemäß § 83 Abs. 4 iVm. Abs. 1 und Abs. 2 HPVG unzuständig. Seine Beteiligung hat auch nicht nach § 52 Abs. 2 HPVG zu erfolgen, da es bei der Anhörung zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 78 Abs. 2 HPVG kein Stufenverfahren gibt.

## **V. Änderungskündigung**

**„Überflüssige“ Änderungskündigung - Bestimmtheit des Änderungsangebots****BAG 29. September 2011 - 2 AZR 523/10 - EzA KSchG § 2 Nr. 83****Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die Begründetheit einer Änderungsschutzklage iSv. § 4 Satz 2 KSchG setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis in dem Zeitpunkt, zu dem die Änderungskündigung wirksam wird, nicht ohnehin schon zu den Bedingungen besteht, die dem Arbeitnehmer mit der Änderungskündigung angetragen wurden. Zwar war die Änderungskündigung dann überflüssig, eine gegen sie gerichtete Änderungsschutzklage kann gleichwohl keinen Erfolg haben.
2. Eine in diesem Sinne „überflüssige“ Änderungskündigung liegt vor, wenn sie ausschließlich auf die Herbeiführung von Arbeitsbedingungen zielt, die aufgrund einer unmittelbar anzuwendenden Betriebs- oder Dienstvereinbarung für das Arbeitsverhältnis bereits gelten. Fehlt allerdings der Leitung einer Einrichtung der Diakonie und ihrer Mitarbeitervertretung beim Abschluss einer „Sanierungsvereinbarung“, die auf eine vorübergehende Gehaltsabsenkung zielt, der Normsetzungswille, kommt den Regelungen schon deshalb keine unmittelbare und zwingende Wirkung zu. Es bleibt offen, ob sich die unmittelbare Wirkung, die das Kirchengesetz Dienstvereinbarungen in § 37 Abs. 3 MVG-K zuerkennt, überhaupt auf Arbeitsverhältnisse erstrecken kann, die dem Regime staatlichen Rechts unterfallen.
3. Das mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot muss eindeutig bestimmt, zumindest bestimmbar sein. Das gilt unter anderem für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der in ihm vorgesehenen Änderungen. Stehen das Kündigungsschreiben und der Inhalt eines beigegeführten Änderungsvertrags, aus dem sich die angestrebten Änderungen ergeben, in dieser Hinsicht in einem unauflöselichen Widerspruch, führt das zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung.
4. Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist nur sozial gerechtfertigt, wenn sich die angebotenen Änderungen nicht weiter vom bisherigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses entfernen, als dies zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist. Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung zur Gehaltsabsenkung die Vereinbarung einer sog. „doppelten“ Schriftformklausel anträgt, ohne dass hierfür Gründe iSv. § 2 Satz 1, § 1 Abs. 2 KSchG vorlägen.

**„Überflüssige“ Änderungskündigung****BAG 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 - demnächst EzA zu § 2 KSchG**

Eine Änderungskündigung ist auf die Veränderung der bestehenden *Vertragsbedingungen* gerichtet. Sie ist deshalb auch dann „überflüssig“, wenn schon die bestehenden vertraglichen Abreden die vom Arbeitgeber gewünschte - und mit der Änderungskündigung bezweckte - faktische Änderung ermöglichen.

Eine nach Annahme des „überflüssigen“ Änderungsangebots - unter Vorbehalt - erhobene Änderungsschutzklage muss auch in diesem Fall erfolglos bleiben. Dafür kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber sein bestehendes Weisungsrecht tatsächlich schon ausgeübt hat; es genügt, dass es besteht, dass er es also ausüben könnte.



## **VI. Sonderkündigungsschutz**

**Außerordentliche Kündigung gegenüber Betriebsratsmitglied**

**BAG 27. Januar 2011 - 2 ABR 114/09 - EzA BetrVG 2001 § 103 Nr. 8**

**Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Spricht der Arbeitgeber während eines von ihm weiter betriebenen Verfahrens nach § 103 BetrVG eine Kündigung gegenüber dem betreffenden Arbeitnehmer aus, so geschieht dies regelmäßig vorsorglich für den Fall, dass die Kündigung nicht (mehr) der Zustimmung des Betriebsrats bedarf.

2. Eine in diesem Sinne vorsorgliche Kündigung ist nicht als Rücknahme des Zustimmungsersuchens oder als Abbruch des Verfahrens nach § 103 BetrVG zu verstehen. Sie „verbraucht“ auch nicht die bis dahin erfolgte Unterrichtung des Betriebsrats.

**Gerichtliche Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung erst mit Rechtskraft  
BAG 24. November 2011 - 2 AZR 480/10 - demnächst EzA zu KSchG § 15 n.F.**

**Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

Hat der Personalrat die nach § 48 Abs. 1 SächsPersVG erforderliche Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung eines Mitglieds der Personalvertretung verweigert und hat das Verwaltungsgericht einem Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung stattgegeben, kann die Kündigung grundsätzlich erst dann wirksam erfolgen, wenn die gerichtliche Entscheidung formell rechtskräftig ist.