# Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Kündigung „unkündbarer" Arbeitnehmer

*RA, FAArbR Dr. Christian von Tiling, rugekrömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg*

**Wesentliches Element des Kündigungsschutzes im kirchlichen Dienst ist die ordentliche Unkündbarkeit nach Erreichen eines bestimmten Alters und einer bestimmten Dienstzeit. Bspw. sind nach § 14 V AVR-Caritas Mitarbeiter, die das 40. Lebensjahr vollendet haben, nach einer Beschäftigungszeit von 15 Jahren bei demselben Arbeitgeber ordentlich unkündbar – mit wichtigen Ausnahmen in § 15 AVR-Caritas (vgl. dazu ausführlich Seel öAT 2021, 51). Gleiches folgt aus § 30 III AVR.DD – mit wichtigen Ausnahmen in § 31 AVR.DD. Ordentliche Unkündbarkeit heißt jedoch nicht absoluter Kündigungsschutz. Vielmehr bleibt die außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB ebenso möglich wie die – in der Praxis sehr relevante – außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist. Diese eröffnet ungeachtet der strengen Voraussetzungen eine realistische Trennungsmöglichkeit unterhalb der Schwelle der fristlosen Kündigung.**

## I. Außerordentliche fristlose Kündigung

Geht es um die (verhaltensbedingte) Trennung von einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer, ist zunächst die „normale" außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 626 I BGB in Betracht zu ziehen (BAG 13.5. 2015 – 2 AZR 531/14, BeckRS 2015, 72137). In der Praxis kommt die fristlose Kündigung regelmäßig nur als verhaltensbedingte Kündigung vor. Die folgenden Beispiele zeigen, dass die ordentliche Unkündbarkeit

keinesfalls bewirkt, dass der Arbeitnehmer „Narrenfreiheit“ genießt und sich (vermeintlich) geringfügige Pflichtverletzungen erlauben kann.

### 1. Arbeitszeitbetrug

Die Arbeitnehmerin war als Verwaltungsfachangestellte in Gleitzeit tätig und ordentlich unkündbar. Sie hatte an sieben Tagen hintereinander „systematisch und vorsätzlich“ insgesamt 135 Minuten falsche Arbeitszeiten angegeben und „damit in beträchtlichem Umfang über die erbrachte Arbeitszeit zu täuschen versucht“, indem sie sich morgens nach Betreten des Dienstgebäudes zunächst in der elektronischen Zeiterfassung anmeldete, dann das Gebäude wieder verließ, um einen Parkplatz für ihr Privatfahrzeug zu suchen, und jeweils erst rund 15 Minuten später in das Dienstgebäude zurückkehrte. Das BAG erklärte die außerordentliche fristlose Kündigung für wirksam, da es sich um einen vorsätzlichen Arbeitszeitbetrug handele (BAG 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027).

### 2. Vertrauensverlust nach Indiskretion

Ein weiteres instruktives Beispiel für eine außerordentliche fristlose Kündigung bietet der Fall des LAG Köln vom 2.11.2021 (4 Sa 290/21, NZA-RR 2022, 129): Eine Gemeindemitarbeiterin hatte eine erhebliche Indiskretion gegenüber dem Pfarrer begangen. Sie hatte eine offensichtlich an den Pfarrer gerichtete E-Mail gelesen, ausgedruckt und den E-Mail-Anhang (privater Chatverlauf) an Dritte weitergegeben. Dies kann eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigen, auch wenn die E-Mail über den Account der Gemeinde eingegangen war, für den sie eine Zugriffsberechtigung besaß.

### 3. Vorlage einer falschen Impfunfähigkeitsbescheinigung

Zuletzt hat das ArbG Lübeck entschieden, dass die ordentliche Unkündbarkeit nicht davor schützt, wegen Vorlage einer falschen Impfunfähigkeitsbescheinigung außerordentlich gekündigt zu werden (ArbG Lübeck 13.4.2022 – 5 Ca 189/22, BeckRS 2022, 8980). Eine Krankenschwester hatte durch Vorlage einer nicht auf einer ärztlichen Untersuchung beruhenden Impfunfähigkeitsbescheinigung versucht, den Arbeitgeber über eine angebliche Corona-Impfunfähigkeit zu täuschen.

**Praxistipp**: *Ob ein Verstoß gegen die einrichtungsbezogene Impfpflicht nach § 20 a I IfSG die fristlose Kündigung (so Müller ArbRAktuell, 2022, 55) oder „nur“ die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist rechtfertigt, ist noch ungeklärt. Empfehlenswert erscheint die außerordentliche fristlose und hilfsweise außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist.*

## II. Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist

Der Arbeitgeber ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 I BGB nicht gezwungen, fristlos zu kündigen. Er kann die Kündigung grundsätzlich auch – etwa aus sozialen Erwägungen oder weil eine Ersatzkraft fehlt – unter Gewährung einer **sozialen** Auslauffrist aussprechen.

Ob die Gewährung einer Auslauffrist zu der Annahme berechtigt, dem Arbeitgeber sei die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumindest bis zum Ablauf der Frist auch objektiv zumutbar, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Für sich genommen erlaubt die Gewährung einer Auslauffrist einen solchen Schluss nicht. Keinesfalls kann die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer so interpretiert werden, dass der Arbeitgeber damit auf sein außerordentliches Kündigungsrecht insgesamt verzichtet habe (BAG 13.5.2015 – 2 AZR 531/14, BeckRS 2015, 72137).

**Praxistipp**: *Trotz dieser Maßgaben des BAG ist beim Ausspruch der außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist größte Vorsicht geboten. Der Arbeitgeber läuft Gefahr, sich in Widersprüche zu verstricken und sein außerordentliches Kündigungsrecht allein deshalb zu verlieren, weil er aus Kulanz und sozialer Rücksichtnahme eine Auslauffrist gewährt hat (vgl. LAG Berlin-Brandenburg 14.6.2018 – 15 Sa 214/18, NZA-RR 2018, 651).*

Es sollte entweder außerordentlich fristlos und hilfsweise außerordentlich unter Gewährung einer notwenigen Auslauffrist gekündigt werden oder aber nur außerordentlich unter Gewährung einer notwendigen Auslauffrist. Die soziale Auslauffrist hat bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern **keinen Mehrwert** und stiftet nur unnötig Rechtsunsicherheit.

## III. Außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG kann bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung auch eine außerordentliche Kündigung unter Gewährung der längsten AVR-Kündigungsfrist entsprechenden Auslauffrist in Betracht kommen. In diesem Fall erfolgt die Gewährung der Auslauffrist nicht freiwillig, sondern ist **notwendig**, um die Wirksamkeit der Kündigung zu rechtfertigen.

### 1. Wichtiger Grund

Außerordentliche Kündigungen mit notwendiger Auslauffrist sind vor allem als personenbedingte und betriebsbedingte, im Ausnahmefall aber auch als verhaltensbedingte Kündigungen denkbar.

#### a) Personenbedingte Gründe

Eine Krankheit ist nicht als wichtiger Grund iSd § 626 BGB ungeeignet (BAG 12.1.2006 – 2 AZR 242/05, BeckRS 2006, 41228). Regelmäßig soll die Einhaltung einer Auslauffrist, die der einschlägigen tarifvertraglichen Kündigungsfrist entspricht, erforderlich sein. Allerdings sind auch Arbeitsunfähigkeitszeiten vorstellbar, die den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ohne Einhaltung einer Auslauffrist oder mit einer sehr kurzen Auslauffrist rechtfertigen (so ausdrücklich BAG 18.10.2000 – 2 AZR 627/99, NZA 2001, 219).

Die Kündigung kann sowohl auf eine Langzeiterkrankung als auch auf häufige Kurzerkrankungen gestützt werden.

**Praxistipp**: *Bei einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung ist der schon bei ordentlicher Kündigung zu beachtende strenge* ***Prüfungsmaßstab*** *auf allen drei Prüfungsebenen allerdings* ***erheblich verschärft*** *(LAG Rheinland-Pfalz 7.12.2021 – 6 Sa 154/21, BeckRS 2021, 48460). Dennoch sollte man sich davon nicht abschrecken lassen, zumal die Weiterführung eines sinnentleerten Arbeitsverhältnisses bis zur Regelaltersgrenze oftmals keine annehmbare Alternative darstellen dürfte.*

Bei einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung fallen die betrieblichen Belastungen durch **Entgeltfortzahlungskosten** bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis zu beenden, entscheidend ins Gewicht (BAG 12.1.2006 – 2 AZR 242/05, BeckRS 2006, 41228). Gleiches gilt bspw. für den Fall, dass die Ausfallzeiten so häufig und so unvorhersehbar sind, dass der Arbeitnehmer „in den für die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Krankenhausbetriebs erforderlichen Dienstplänen nicht mehr sinnvoll einplanbar war“ (BAG 18.1.2001 – 2 AZR 616/99, NZA 2002, 455).

Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist eines ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann – vorbehaltlich einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall – vorliegen, wenn aufgrund der Fehlzeiten in der Vergangenheit damit zu rechnen ist, der Arbeitgeber werde für **mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage** Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müssen. In diesem Fall bedarf es keiner weiteren Betriebsablaufstörungen (BAG 25.4.2018 – 2 AZR 6/18, NZA 2018, 1056).

### b) Betriebsbedingte Gründe

Liegen eigentlich die Voraussetzungen einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung vor, besteht in Ausnahmefällen die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist.

Den AVR.DD ist nicht zu entnehmen, dass eine außerordentliche betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigung mit notwendiger Auslauffrist ausgeschlossen ist. Die in § 31 AVR.DD als Ausnahmen von der Unkündbarkeit normierten betriebsbedingten Kündigungsmöglichkeiten stellen insoweit **keine abschließende Regelung** dar (BAG 27.4.2021 – 2 AZR 357/20, NZA 2021, 1252).

Auch die Regelungen in §§ 14 ff. AVR-Caritas schließen eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist **nicht** von vornherein aus (LAG Köln 6.6.2006 – 9 Sa 92/06, BeckRS 2006, 43993; offen gelassen in BAG 22.10.2015 – 2 AZR 650/14, NZA 2016, 630).

Im kirchlichen Dienst hat der Arbeitgeber vor einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit Auslauffrist alle in Betracht kommenden Beschäftigungs- und Einsatzmöglichkeiten von sich aus umfassend zu prüfen und eingehend zu sondieren. Im Prozess hat der kirchliche Arbeitgeber nicht nur darzutun, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers am bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist. Er hat vielmehr außerdem und von sich aus darzulegen, dass überhaupt keine Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis, und sei es zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung, sinnvoll fortzusetzen. Das **Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit** zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „**wichtigen Grund**“ und ist deshalb schon primär vom Arbeitgeber darzulegen (BAG 27.4.2021 – 2 AZR 357/20, NZA 2021, 1252). Soweit teilweise vertreten wurde, dass in diese Darlegung auch Arbeitsplätze bei anderen konzernangehörigen Unternehmen und sogar bei anderen kirchlichen Arbeitgebern einbezogen werden müssen, hat das BAG dem – jedenfalls bezogen auf den Anwendungsbereich der §§ 30-32 AVR.DD – eine deutliche Absage erteilt (BAG 27.4.2021 – 2 AZR 357/20, NZA 2021, 1252).

### c) Verhaltensbedingte Gründe

Ob eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist auch auf verhaltensbedingte Gründe gestützt werden kann, hatte das BAG lange Zeit offengelassen (BAG 21.6.2012 – 2 AZR 343/11, NZA 2013, 224). In der Entscheidung vom 13.5.2015 hat das BAG diese Frage im Grundsatz **bejaht** (BAG 13.5.2015 – 2 AZR 531/14, BeckRS 2015, 72137).

Hintergrund dieser Rechtsfigur ist die Überlegung, dass ein pflichtwidriges Verhalten, das bei einem Arbeitnehmer ohne Sonderkündigungsschutz nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde, gerade wegen der infolge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung langen Bindungsdauer einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung für den Arbeitgeber iSd § 626 I BGB darstellen kann. Zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs muss in einem solchen Fall allerdings zugunsten des Arbeitnehmers zwingend eine der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslauffrist eingehalten werden (BAG 13.5.2015 – 2 AZR 531/14, BeckRS 2015, 72137).

Das BAG stellt klar, dass bei Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist allerdings nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt. Die Pflichtverletzung müsste einerseits so gravierend sein, dass sie im Grundsatz auch eine fristlose Kündigung rechtfertigen könnte. Andererseits müsste es dem Arbeitgeber aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls zumutbar sein, dennoch die (fiktive) ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. Wäre etwa die Gefahr einer Wiederholung des Pflichtverstoßes zwar für den Lauf der ordentlichen Kündigungsfrist auszuschließen, nicht aber darüber hinaus, könnte ausnahmsweise gerade der Ausschluss der ordentlichen Kündigung dazu führen, dass ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung – mit notwendiger Auslauffrist – bestünde (BAG 13.5.2015 – 2 AZR 531/14, BeckRS 2015, 72137).

**Praxistipp**: *Auch **Loyalitätspflichtverletzungen** können bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern mit der außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslauffrist sanktioniert werden (vgl. nur BAG 25.4.2013 – 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131).*

### 2. Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist

Für sämtliche Formen der außerordentlichen Kündigung – auch für außerordentliche Kündigungen mit Auslauffrist – gilt, dass die Kündigung innerhalb der Ausschlussfrist des § 626 II BGB zu erfolgen hat (vgl. BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, NZA 2010, 628).

Dies kann insbesondere bei einer auf häufige Kurzerkrankungen gestützten Kündigung von Bedeutung sein. Hier kommt man zu der schwierigen Abgrenzung, ob der sog Dauertatbestand der besonderen Krankheitsanfälligkeit vorliegt oder ob der Arbeitgeber während einer Erkrankung oder innerhalb der beiden folgenden Wochen (bzw. innerhalb von zwei Wochen nach einem erfolglosen BEM oder Krankenrückkehrgespräch) kündigen muss. Das BAG hat zuletzt nicht nur bei einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit, sondern auch bei häufigen Kurzerkrankungen einen sog. **Dauertatbestand** bejaht (BAG 23.1.2014 – 2 AZR 582/13, NZA 2014, 962).

**Praxistipp**: *Wegen des hohen Risikos, dass aufgrund Fristversäumung das Kündigungsrecht unwiederbringlich verloren geht, sollte der Arbeitgeber in allen Fällen der außerordentlichen Kündigung mit Auslauffrist den Beginn der Zweiwochenfrist anwaltlich prüfen lassen!*

Ob im Fall von **Loyalitätspflichtverletzungen** wie dem Kirchenaustritt ein Dauertatbestand vorliegt, hat das BAG zuletzt **offengelassen** (BAG 25.4.2013 – 2 AZR 579/12, NZA 2013, 1131). Da sowohl für den Kirchenaustritt als auch für andere Loyalitätsverstöße eindeutige Aussagen des BAG fehlen, sollte der Arbeitgeber im Zweifel nicht von einem Dauertatbestand ausgehen, sondern eine außerordentliche Kündigung vorsorglich innerhalb der Zweiwochenfrist aussprechen.

### 3. Beteiligung der Mitarbeitervertretung

Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist wird hinsichtlich der Beteiligung der Mitarbeitervertretung so behandelt **wie eine ordentliche Kündigung** (BAG 27.4.2021 – 2 AZR 357/20, NZA 2021, 1252).

#### a) Formal ordnungsgemäße Einleitung des Verfahrens

Bei der Mitarbeitervertretung darf kein Zweifel aufkommen, welches Verfahren der Arbeitgeber einleiten wollte. Fehler bei der Einleitung des Verfahrens ziehen regelmäßig die (unheilbare) Unwirksamkeit der Kündigung nach sich.

**Praxistipp:** *Das gesamte im Vorfeld des Kündigungsausspruchs angesiedelte Verfahren der MAV-Beteiligung ist – ungeachtet seiner kirchenrechtlichen Fundierung – durch das ArbG im Kündigungsschutzprozess voll überprüfbar.*

Schon die **Formulierung der Überschrift** eines Unterrichtungsschreibens muss eindeutig und präzise formuliert sein. Wenn der Arbeitgeber nicht gemäß dem anwendbaren MVG die *Zustimmung* zur Kündigung beantragt, sondern der Mitarbeitervertretung unter der Überschrift „Anhörung“ einen Kündigungssachverhalt mitgeteilt und um „Stellungnahme“ bittet, also den Eindruck erweckt, es gehe um die Beteiligung bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, kann dies die Unwirksamkeit der später ausgesprochenen Kündigung nach sich ziehen. Das BAG musste nicht entscheiden, ob diese Einleitung des Beteiligungsverfahrens (noch) ordnungsgemäß war, hegte aber erhebliche Zweifel. Wörtlich führte das BAG aus: „*Es spricht vieles dafür, dass die Beklagte **das Beteiligungsverfahren schon nicht ordnungsgemäß eingeleitet hat**. Dazu hätte sie bei der Mitarbeitervertretung nach § 38 II 1 MVG-EKiR die **Zustimmung** zu der beabsichtigten Kündigung beantragen müssen. Das an diese gerichtete Schreiben ist indes als bloße **Anhörung** bezeichnet. Am Ende bittet die Beklagte um Stellungnahme. Zwar kann sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben, dass die Dienststellenleitung mit der Unterrichtung zugleich einen Antrag auf Zustimmung stellen wollte (...). Jedoch erscheint hier zweifelhaft, ob die Mitarbeitervertretung (...) annehmen konnte, es werde gleichwohl ihre Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme erbeten.*“ (BAG 22.10.2015 – 2 AZR 124/14, NZA 2016, 225).

In einem anderen Fall hatte der kirchliche Arbeitgeber der Mitarbeitervertretung die Absicht mitgeteilt, gegenüber einer ordentlich unkündbaren Arbeitnehmerin eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist aussprechen zu wollen. Das diesbezügliche Schreiben an die MAV war überschrieben mit „*Anhörung gem. § 30 bzw. 31 MAVO*“. Das BAG führt hierzu wörtlich aus: „*Insbesondere kann offenbleiben, ob die Beklagte (...) **das richtige Verfahren eingeleitet** hat (...). Daran bestehen angesichts der Überschrift des Schreibens vom 23.10.2012 mit „Anhörung gem. § 30 bzw. § 31 MAVO“ und seines Inhalts **durchaus Zweifel.**“* (BAG 22.10.2015 – 2 AZR 650/14, NZA 2016, 630).

#### b) Unverzügliches Handeln nach Abschluss des Verfahrens

Wenn das personalvertretungsrechtliche Beteiligungsverfahren nicht innerhalb der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist abgeschlossen werden kann, muss die außerordentliche Kündigung nach Abschluss des Verfahrens **unverzüglich** ausgesprochen werden.

**Praxistipp:** *Eine Verzögerung von fünf Tagen kann schon zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung führen (vgl. LAG Berlin-Brandenburg 24.5.2017 – 17 Sa 71/17, BeckRS 2017, 115995).*