

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 22. März 2018  
- 8 AZR 190/17 -  
ECLI:DE:BAG:2018:220318.U.8AZR190.17.0

I. Arbeitsgericht  
Mannheim

Teilurteil vom 4. Januar 2016  
- 11 Ca 97/15 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg  
- Kammern Mannheim -

Urteil vom 9. Dezember 2016  
- 12 Sa 16/16 -

---

Entscheidungsstichwort:

Umfang der Revisionszulassung - Vertragsstrafe - arbeitnehmerseitige außerordentliche Kündigung - Krankheit - Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses - Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 190/17  
12 Sa 16/16  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. März 2018

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. März 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Roloff sowie die ehrenamtliche Richterin Dr. Schimmer und den ehrenamtlichen Richter Dr. Pauli für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 9. Dezember 2016 - 12 Sa 16/16 - wird insoweit als unzulässig verworfen, als das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt hat, an die Klägerin Urlaubsabgeltung iHv. 93,86 Euro nebst Zinsen zu zahlen.

Im Übrigen wird die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 9. Dezember 2016 - 12 Sa 16/16 - zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte der Klägerin die Abgeltung von drei Urlaubstagen schuldet sowie darüber, ob die Klägerin auf die Widerklage der Beklagten hin verpflichtet ist, an diese eine Vertragsstrafe zu zahlen. 1

Die Klägerin war vom 1. Juni 1999 bis zum 6. April 2015 bei der Beklagten in einem von dieser betriebenen Seniorenzentrum als hauswirtschaftliche Helferin beschäftigt. Der schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien vom 25. Juni 2004 lautet auszugsweise wie folgt: 2

„...“

#### **§ 14 Vertragsstrafe**

- I. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Bruttomonatslohn zu zahlen, wenn er das Arbeitsverhältnis vertragswidrig, insbesondere ohne Einhaltung der Fristen, beendet, aufgrund eines schuldhaften Vertragsverstoßes berechtigt fristlos entlassen wird oder seinen Dienst nicht antritt.

...

### **§ 16 Kündigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

...

- II. Das Arbeitsverhältnis kann, unbeschadet des Rechts zur fristlosen Kündigung, mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Die Verlängerung der Kündigungsfrist richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen. Solche Verlängerungen der Kündigungsfrist hat auch der Arbeitnehmer bei Kündigungen gegenüber dem Arbeitgeber einzuhalten.

...

- IV. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen.

...“

Die Beklagte erteilte der Klägerin mit zwei Schreiben vom 5. Februar 2015 zwei Abmahnungen, die der Klägerin, deren Arbeitsverhältnis zuvor ohne Abmahnung verlaufen war, am 6. Februar 2015 zugingen. In einer der Abmahnungen beanstandete die Beklagte, die Klägerin habe die am 12. Januar 2015 während ihres Dienstes von 9:10 Uhr bis 9:30 Uhr genommene Pause nicht in die Anwesenheitsliste eingetragen. In der zweiten Abmahnung wurde der Klägerin vorgehalten, am 13. Januar 2015, an dem sie bis 13:00 Uhr zum Dienst eingeteilt gewesen sei, bereits um 12:15 Uhr mitgeteilt zu haben, mit ihrer Arbeit fertig zu sein und gleichwohl in der Anwesenheitsliste 13:00 Uhr als Dienstende angegeben zu haben.

3

Nach Erhalt dieser Abmahnungen arbeite die Klägerin vom 7. Februar bis zum 14. Februar 2015. In dieser Zeit versuchte sie erfolglos, mit dem Betriebsleiter W über die beiden Abmahnungen zu sprechen. Am 16. und 17. Februar 2015 hatte die Klägerin Urlaub. Für den Zeitraum vom 19. Februar bis zum 6. April 2015 legte sie der Beklagten von Dr. B, einer Fachärztin für Allgemeinmedizin ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Dr. B diagnostizierte eine Neurasthenie und hielt einen Bezug zum Berufsleben fest. Am 13. März 2015 bescheinigte Dr. B eine voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis zum 28. März 2015 und am 19. März 2015 eine voraussichtliche Dauer bis zum 6. April 2015.

4

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 25. Februar 2015 nahm die Klägerin zu den beiden Abmahnungen Stellung und forderte die Beklagte auf, diese bis zum 10. März 2015 aus ihrer Personalakte zu entfernen. Am 11. März 2015 fand ein Telefonat zwischen einem Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Beklagten und der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Klägerin statt. 5

In der Folgezeit fragte die Klägerin bei einer Mitarbeiterin in der Personalabteilung der Beklagten telefonisch nach, ob das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet werden könne. Auf die Nachfrage, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis enden solle, antwortete die Klägerin mit E-Mail vom 19. März 2015, dass sie eine Beendigung zum 6. April 2015 anstrebe. Eine Aufhebungsvereinbarung wurde nicht geschlossen, da die Klägerin die im Aufhebungsangebot der Beklagten enthaltene Abgeltungsklausel nicht akzeptierte. 6

Mit Schreiben vom 24. März 2015, das der Beklagten am 26. März 2015 zuing, kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 6. April 2015. Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 31. März 2015, das der Beklagten am 2. April 2015 zuing, kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis außerordentlich zum 6. April 2015. Am 7. April 2015 trat die Klägerin eine neue Arbeitsstelle an. 7

Die Klägerin hat mit ihrer Klage von der Beklagten die Zahlung einer Urlaubsabgeltung für drei Tage verlangt. Gegenüber der auf Zahlung einer Vertragsstrafe gerichteten Widerklage der Beklagten hat sie eingewandt, die Voraussetzungen für die Zahlung einer Vertragsstrafe nach § 14 I. des Arbeitsvertrags vom 25. Juni 2004 lägen nicht vor, da sie das Arbeitsverhältnis nicht vertragswidrig beendet habe. Ihre außerordentliche Kündigung zum 6. April 2015 sei wirksam, da es ihr nicht zumutbar gewesen sei, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten. Nach Erhalt der beiden Abmahnungen vom 5. Februar 2015, die unberechtigt erfolgt seien, habe sie zunächst ohne Erfolg versucht, die Angelegenheit durch Aussprache mit der Beklagten zu klären. Der Betriebsleiter W habe jedoch aggressiv reagiert und sei nicht zu einem Gespräch bereit gewesen. Auch die Kontaktaufnahme zu einer Ansprechpartnerin in der Niederlas- 8

sung M der Beklagten sei ohne Erfolg verlaufen. Der weiter schwelende Konflikt habe sie nachhaltig psychisch belastet und zu einer durch die Situation am Arbeitsplatz verursachten Erkrankung geführt. Ihre neurasthenische Erschöpfungsreaktion sei mit einer deutlich reaktiven depressiven Entwicklung einhergegangen. Da sich ihr Gesundheitszustand bei einer Fortdauer des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten weiter verschlechtert hätte, sei es ihr nicht zumutbar gewesen, die sechsmonatige Kündigungsfrist einzuhalten.

Die Klägerin hat zuletzt - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt, 9

die Beklagte zu verurteilen, an sie 93,86 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 7. April 2015 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Widerklagend hat sie beantragt, 10

die Klägerin zu verurteilen, an sie 680,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage beantragt. 11

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Klägerin stehe die geforderte Urlaubsabgeltung nicht zu. Hingegen habe die Klägerin ihr nach § 14 I. des Arbeitsvertrags vom 25. Juni 2004 eine Vertragsstrafe in Höhe eines Brutomonatsentgelts zu zahlen. Die Klägerin habe das Arbeitsverhältnis vertragswidrig ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet; ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung sei nicht gegeben. Sie, die Beklagte, habe keine Pflicht gegenüber der Klägerin verletzt, insbesondere seien die beiden Abmahnungen wegen schwerwiegender arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen der Klägerin, nämlich wegen Arbeitszeitbetrugs, zu Recht erfolgt. Tatsächlich habe die Klägerin das Arbeitsverhältnis nicht - wie von dieser behauptet - zur Abwendung einer gesundheitlichen Beeinträchtigung gekündigt. Es bestünden erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der von Dr. B. ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Vielmehr habe die Klägerin das bestehen-

de Arbeitsverhältnis zur Beklagten mit Ablauf des 6. April 2015 beenden wollen, um ab dem 7. April 2015 die neue Arbeitsstelle antreten und bis zu diesem Zeitpunkt überbrückende Entgeltfortzahlung in Anspruch nehmen zu können. Im Übrigen treffe es auch nicht zu, dass sich der Gesundheitszustand der Klägerin bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses - wie von dieser behauptet - weiter verschlechtert hätte.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte mit Teilurteil vom 4. Januar 2016 13 antragsgemäß zur Zahlung der Urlaubsabgeltung verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten nach Beweiserhebung durch Vernehmung von ua. Dr. B als Zeugin zurückgewiesen. Im Tenor des Urteils des Landesarbeitsgerichts heißt es ferner: „In Bezug auf die Widerklage wird die Revision zugelassen. Darüber hinaus wird sie nicht zugelassen.“ In den Entscheidungsgründen hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, die Beschränkung der Revisionszulassung auf die Widerklage sei fehlerhaft. Die Beklagte hat gegen die teilweise Nichtzulassung der Revision Beschwerde eingelegt, die vom Bundesarbeitsgericht durch Beschluss vom 29. Mai 2017 (- 9 AZN 347/17 -) als unzulässig verworfen wurde.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte sowohl ihr Klageabweisungsbegehren als auch ihre Widerklage weiter. 14

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist insoweit unzulässig, als diese ihre Verurteilung zur Zahlung einer Urlaubsabgeltung iHv. 93,86 Euro nebst Zinsen angreift. Im Übrigen ist die Revision der Beklagten unbegründet. 15

A. Soweit die Beklagte mit der Revision ihre Verurteilung zur Zahlung von Urlaubsabgeltung angreift, ist die Revision als unzulässig zu verwerfen. Sie ist mangels Zulassung (§ 72 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) nicht statthaft. 16

- I. Nach § 72 Abs. 1 Satz 1 ArbGG ist die Revision gegen ein Urteil des Landesarbeitsgerichts nur statthaft, wenn sie im Urteil des Landesarbeitsgerichts oder auf eine Nichtzulassungsbeschwerde hin vom Bundesarbeitsgericht zugelassen worden ist. Andernfalls ist die Revision als unzulässig zu verwerfen. 17
- II. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision im Tenor seines Urteils ausdrücklich nur in Bezug auf die Widerklage zugelassen und darüber hinaus, dh. in Bezug auf die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Urlaubsabgeltung, die ein tatsächlich und rechtlich selbständiger und abtrennbarer Teil des Gesamtstreitstoffs (*vgl. zu dieser Voraussetzung ua. BAG 25. Januar 2017 - 4 AZR 386/14 - Rn. 11 mwN; 15. Januar 2015 - 5 AZN 798/14 - Rn. 5 mwN, BAGE 150, 279; 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - Rn. 53 mwN, BAGE 128, 73*) ist, ausdrücklich nicht zugelassen. Es erfolgte insoweit auch keine Zulassung durch das Bundesarbeitsgericht. Vielmehr hat das Bundesarbeitsgerichts die Beschwerde der Beklagten gegen die teilweise Nichtzulassung der Revision durch Beschluss vom 29. Mai 2017 (- 9 AZN 347/17 -) als unzulässig verworfen. 18
- III. Soweit die Beklagte unter Hinweis auf die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts unter II. 2. der Urteilsgründe meint, das Berufungsgericht habe die Revision auch in Bezug auf ihre Verurteilung zur Zahlung der Urlaubsabgeltung zugelassen, übersieht sie zum einen, dass sich der Umfang der Revisionszulassung gemäß § 72 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 64 Abs. 3a Satz 1 ArbGG aus dem Urteilstenor ergibt, weshalb weder eine nachträgliche Beschränkung der mit dem Tenor verkündeten unbeschränkten Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen (*vgl. BAG 19. März 2003 - 5 AZN 751/02 - zu II 2 der Gründe, BAGE 105, 308*), noch eine nachträgliche Erweiterung der mit dem Tenor - wie hier - verkündeten beschränkten Zulassung der Revision möglich ist. Zum anderen sind die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts unter II. 2. der Urteilsgründe, die Beschränkung der Revisionszulassung auf die Widerklage sei fehlerhaft, entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht dahin zu verstehen, dass das Landesarbeitsgericht hiermit die Revision auch in Bezug auf die Verurteilung zur Zahlung der Urlaubsabgeltung zulassen wollte. Das Landesarbeitsgericht hat unter II. 2. der Urteilsgründe vielmehr die Beschränkung der 19



Revisionszulassung auf die Widerklage bestätigt und lediglich darauf hingewiesen, dass diese Beschränkung fehlerhaft sei. Dies findet seine Bestätigung in der Rechtsmittelbelehrung des Berufungsurteils, in der es ausdrücklich heißt: „Gegen dieses Urteil kann die Beklagte - soweit zugelassen - schriftlich Revision einlegen“.

B.        Soweit die Beklagte mit der Revision die Abweisung ihrer Widerklage angreift, ist die Revision zulässig, aber unbegründet. Die Beklagte hat gegen die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe. Es kann dahinstehen, ob die im Arbeitsvertrag der Parteien vom 25. Juni 2004 unter § 14 I. getroffene Vertragsstrafenregelung an den Maßstäben des AGB-Kontrollrechts zu messen ist und einer AGB-Kontrolle standhält. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin sei der Beklagten gegenüber deshalb nicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, weil ihre außerordentliche Kündigung zum 6. April 2015 wirksam sei und die Klägerin das Arbeitsverhältnis demnach nicht vertragswidrig beendet habe, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 20

I.        Nach § 14 I. Variante 1 des Arbeitsvertrags der Parteien vom 25. Juni 2004 - nur diese Variante kommt vorliegend überhaupt in Betracht - ist der Arbeitnehmer verpflichtet, an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatslohns zu zahlen, wenn er das Arbeitsverhältnis vertragswidrig, insbesondere ohne Einhaltung der Fristen beendet. 21

II.       Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass die Vertragsstrafe nach § 14 I. Variante 1 des Arbeitsvertrags nicht verwirkt sei, da die Klägerin einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB für ihre außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses hatte und die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB beachtet wurde, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 22

1.       Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündi- 23

gungsfrist nicht zugemutet werden kann. Auch die vom Arbeitnehmer ausgesprochene außerordentliche Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines wichtigen Grundes iSd. § 626 Abs. 1 BGB. Es gelten dieselben Maßstäbe wie für die Kündigung des Arbeitgebers (*BAG 12. März 2009 - 2 AZR 894/07 - Rn. 14 mwN, BAGE 130, 14*).

a) Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*ua. BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 47/16 - Rn. 17, BAGE 159, 250; 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 11; 17. März 2016 - 2 AZR 110/15 - Rn. 17; 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 21*).

b) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Umstand, dass der Arbeitnehmer infolge einer Erkrankung für unabhsehbare Zeit nicht in der Lage ist, seine vertraglich übernommene Arbeit zu verrichten, geeignet sein kann, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber kann in einem solchen Fall die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sein. Dabei sind beide Vertragsparteien allerdings gehalten, darauf hinzuwirken, das Arbeitsverhältnis nach Möglichkeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist in einer für beide Teile zumutbaren Weise aufrechtzuerhalten (*BAG 2. Februar 1973 - 2 AZR 172/72 -*).

c) Dem Berufungsgericht kommt bei der vorzunehmenden Einzelfallbeurteilung und Interessenabwägung ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung wird nur darauf überprüft, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*vgl. etwa BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 47/16 - Rn. 19 mwN, BAGE 159, 250; 17. März 2016 - 2 AZR 110/15 - Rn. 18 mwN*).

- d) Hat das Berufungsgericht bei der vorzunehmenden Einzelfallbeurteilung eine Beweiswürdigung vorzunehmen, hat es nach § 286 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer ggf. durchgeführten Beweisaufnahme nach seiner freien Überzeugung darüber zu befinden, ob es eine tatsächliche Behauptung für wahr erachtet oder nicht. Die Beweiswürdigung muss vollständig, widerspruchsfrei und umfassend sein. Mögliche Zweifel müssen überwunden, brauchen aber nicht völlig ausgeschlossen zu werden (*ua. BAG 21. September 2017 - 2 AZR 57/17 - Rn. 38; 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 35; vgl. 23. Oktober 2014 - 2 AZR 865/13 - Rn. 44, BAGE 149, 355*). Auch insoweit ist revisionsrechtlich die Würdigung des Berufungsgerichts allein darauf zu überprüfen, ob alle Umstände vollständig berücksichtigt und nicht Denk- und Erfahrungsgrundsätze verletzt wurden (*ua. BAG 21. September 2017 - 2 AZR 57/17 - aaO*). 27
2. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, dass die Klägerin einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB für ihre außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses hatte, hält einer solchen eingeschränkten Überprüfung stand. 28
- a) Das Landesarbeitsgericht ist - in Anwendung der unter Rn. 24 f. aufgeführten Vorgaben - davon ausgegangen, dass eine Erkrankung, die ihre Ursache in einem Arbeitsplatzkonflikt hat und bei der der Arbeitnehmer im Fall der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses für unabsehbare Zeit nicht in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Arbeit zu verrichten, weil sogar eine Verschlechterung des Gesundheitszustands zu befürchten ist, für den Arbeitnehmer „an sich“ einen wichtigen Grund zur Kündigung iSd. § 626 Abs. 1 BGB darstellen kann. 29
- aa) Dabei hat das Berufungsgericht - entgegen der Auffassung der Beklagten - weder bei der Frage, ob Krankheit „an sich“ ein Grund für eine außerordentliche Kündigung sein kann, noch für die Beurteilung des konkreten Falles entscheidungserheblich auf die Länge der ordentlichen Kündigungsfrist abgestellt. Zwar hat das Landesarbeitsgericht die Länge der Kündigungsfrist angesprochen. Allerdings hat es seine Entscheidung im Ergebnis zutreffend darauf 30

nicht gestützt. Vielmehr ist es zu der Annahme gelangt, dass zum Kündigungszeitpunkt die Gefahr bestanden habe, dass sich der Gesundheitszustand der bereits arbeitsunfähigen Klägerin bei einer Fortdauer des Arbeitsverhältnisses weiter verschlechtern würde, was nichts anderes bedeutet, als dass die Klägerin auf unabsehbare Zeit nicht in der Lage sein würde, die vertraglich übernommene Arbeit zu verrichten.

bb) Die von der Beklagten erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht hätte seine Entscheidung nicht ohne vorherigen rechtlichen Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO (allein) darauf stützen dürfen, die Klägerin habe das Arbeitsverhältnis aus einem in ihrer Person liegenden wichtigen Grund gekündigt, hat keinen Erfolg. Sie ist unzulässig. 31

Besteht der gerügte Verfahrensmangel darin, dass das Landesarbeitsgericht den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, weil es der Hinweispflicht aus § 139 Abs. 2 ZPO nicht nachgekommen sei, muss der Revisionskläger konkret darlegen, welchen Hinweis das Gericht hätte geben müssen und wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert hätte. Hierzu muss er vortragen, welchen tatsächlichen Vortrag er gehalten oder welche für die Entscheidung erheblichen rechtlichen Ausführungen er gemacht hätte (*vgl. etwa BAG 18. September 2014 - 6 AZR 145/13 - Rn. 34 mwN*). Nur so kann das Revisionsgericht feststellen, ob die gerügte Verletzung für das Urteil kausal war (*vgl. etwa BAG 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - Rn. 41, BAGE 154, 337*). Einen derartigen Vortrag hat die Beklagte nicht geleistet. Ihr Vorbringen, dass es ihr aufgrund des fehlenden Hinweises verwehrt gewesen sei, ihre Fragen an die Zeugin Dr. B auf die Voraussetzungen einer personenbedingten außerordentlichen Eigenkündigung anzupassen, reicht insoweit nicht aus. 32

Im Übrigen war das Landesarbeitsgericht auch nicht verpflichtet, der Beklagten den von ihr vermissten Hinweis zu erteilen. Zwar trifft es zu, dass das Landesarbeitsgericht in seinem Vergleichsvorschlag vom 23. Mai 2016 ausgeführt hat, dass ein wichtiger Grund für die Eigenkündigungen der Klägerin nicht ersichtlich sei, da sich diese nicht an ihrem Gesundheitszustand, sondern an dem Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses orientierten. Auch mag es sein, 33

dass die Beklagte - wie sie geltend macht - das Vorbringen der Klägerin, diese sei durch den Ausspruch der Abmahnungen arbeitsunfähig erkrankt, als Darlegung eines im Verhalten der Beklagten liegenden wichtigen Grundes für eine außerordentliche Eigenkündigung der Klägerin verstanden hat. Allerdings hatte das Landesarbeitsgericht - wie es ausdrücklich ausgeführt hat - seine Überlegungen, die dem Vergleichsvorschlag zugrunde lagen, nur als „vorläufige“ bezeichnet. Zudem musste die Beklagte aufgrund des Beweisbeschlusses des Landesarbeitsgerichts vom 17. Juni 2016, nach dem durch Vernehmung von Dr. B als Zeugin Beweis erhoben werden sollte über die Behauptung der Klägerin, die bei ihr diagnostizierte neurasthenische Erschöpfungsreaktion mit deutlich depressiver Entwicklung hätte sich verschlimmert, wenn ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten bis zum 30. September 2015 bestanden hätte, damit rechnen, dass als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung der Klägerin nicht nur ein verhaltensbedingter, sondern auch ein personenbedingter Kündigungsgrund in Betracht kam, so dass sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht als Überraschungsentscheidung darstellen konnte.

b) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass im Zeitpunkt der Kündigung die Gefahr bestand, dass sich der Gesundheitszustand der bereits arbeitsunfähigen Klägerin bei einer Fortdauer des Arbeitsverhältnisses weiter verschlechtern würde, dh. dass diese auf unabsehbare Zeit nicht in der Lage sein würde, die vertraglich geschuldete Arbeit zu verrichten, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 34

aa) Das Landesarbeitsgericht hat seine Würdigung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung insbesondere auf das Ergebnis der Vernehmung der behandelnden Ärztin als Zeugin gestützt, und dabei vornehmlich auf deren Einschätzung, dass bei einer Fortdauer des Arbeitsverhältnisses der krankheitsverursachende Konflikt mit der Beklagten ungeklärt weiter geschwelt, sich die damit verbundene Angst der Klägerin vor Arbeitslosigkeit - ohne konkrete Aussicht auf eine Anschlussbeschäftigung ab dem 1. Oktober 2015 bei Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist - weiter ausgeprägt hätte und in der 35

Folge eine weitere Verschlechterung des Gesundheitszustands der Klägerin bis hin zu einem „Abrutschen“ in die Psychiatrie zu befürchten stand.

bb) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist vollständig, in sich widerspruchsfrei und umfassend. Die Beklagte hat gegen die Beweiswürdigung keine durchgreifenden Rügen erhoben. 36

(1) Soweit die Beklagte eine auf unabsehbare Zeit andauernde Arbeitsunfähigkeit der Klägerin mit der Begründung in Abrede stellt, diese habe schließlich geplant, ab dem 7. April 2015 eine neue Arbeitsstelle anzutreten und dies auch getan, setzt sie lediglich ihre eigene Beurteilung der Tatsachen an die Stelle der Tatsachenwürdigung durch das Landesarbeitsgericht. Das Berufungsgericht hat diesen Umstand nicht unberücksichtigt gelassen, sondern ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zu der Überzeugung gelangt, dass - gerade - bei einem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zur Beklagten - mit den dort schwelenden Konflikten - eine weitere Verschlechterung des Gesundheitszustands der Klägerin und damit eine auf unabsehbare Zeit andauernde Arbeitsunfähigkeit zu befürchten stand und hat insoweit - folgerichtig - dem Antritt der neuen Arbeitsstelle durch die Klägerin ab dem 7. April 2015 eine andere Bedeutung beigemessen als die Beklagte. 37

(2) Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Würdigung unbeachtet gelassen, dass nach der Zeugenaussage der behandelnden Ärztin davon auszugehen gewesen sei, dass die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin hätte überwunden werden können, „wenn man sich bei der Klägerin entschuldigt ... oder auf andere Weise zu einem neuen Anfang gefunden hätte“. Da die Beklagte nicht einmal vorgetragen hatte, sich bei der Klägerin entschuldigt oder sonst etwas zur Entschärfung des Konflikts unternommen zu haben, kam es hierauf für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an. 38

c) Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts ist ebenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 39

aa) Bei der Prüfung, ob dem Arbeitnehmer trotz Vorliegens eines „an sich“ zum Ausspruch einer außerordentlichen Eigenkündigung geeigneten Sachverhalts eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitnehmers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitgebers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Zwar lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zuzumuten war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Eine außerordentliche Kündigung kommt allerdings nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitnehmer sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck zu erreichen (*vgl. zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 46 mwN, BAGE 153, 111; für die außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers gelten dieselben Maßstäbe wie für die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers, vgl. BAG 12. März 2009 - 2 AZR 894/07 - Rn. 14, BAGE 130, 14*).

Dem Berufungsgericht kommt - wie unter Rn. 26 ausgeführt - bei der Prüfung und Interessenabwägung ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*vgl. auch BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 54 mwN*).

bb) Diesem Prüfungsmaßstab hält die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts stand. Das Landesarbeitsgericht hat alle wesentlichen Aspekte des Falls berücksichtigt und die beiderseitigen Interessen vertretbar abgewogen.

- (1) Insoweit ist es nicht zu beanstanden, dass es angenommen hat, dass die Klägerin ihre Genesung nur durch die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten beschleunigen konnte und dass es ihr vor diesem Hintergrund nicht zumutbar war, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, dh. mehrere Monate abzuwarten. Zu beanstanden ist es auch nicht, dass das Landesarbeitsgericht demgegenüber für die Beklagte nur ein geringes Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gesehen hat und zudem davon ausgegangen ist, dass die Beklagte unter den gegebenen Umständen aus Gründen der Planungssicherheit eher an einer frühzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses interessiert sein musste. 43
- (2) Das Landesarbeitsgericht hat im Rahmen seiner Interessenabwägung auch den durch die Abmahnungen der Beklagten ausgelösten Konflikt zwischen den Parteien gewürdigt und die Möglichkeit anderer, milderer Mittel wie insbesondere das Mittel der Abmahnung geprüft. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass der Ausspruch einer Abmahnung durch die Klägerin den Konflikt mit der Beklagten, die ihre eigenen Abmahnungen für berechtigt hielt, nur verstärkt hätte, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 44
- (3) Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil die Klägerin nicht ausreichende Anstrengungen unternommen hätte, das Arbeitsverhältnis nach Möglichkeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist in einer für beide Teile zumutbaren Weise aufrechtzuerhalten (*vgl. hierzu BAG 2. Februar 1973 - 2 AZR 172/72 -*). Das Gegenteil ist der Fall. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin nämlich erfolglos versucht, mit dem Betriebsleiter W über die beiden Abmahnungen zu sprechen. Diese Feststellungen sind für den Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO bindend. Hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die tatsächliche Behauptung einer Partei wahr oder nicht wahr ist, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht nach § 559 Abs. 2 ZPO bindend, es sei denn, dass in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist. Letzteres ist nicht der Fall. Die Beklagte hat sich auf den Hinweis beschränkt, die Behauptung der Klägerin, sie habe erfolglos versucht, 45



sich mit dem Betriebsleiter auszusprechen, bestritten zu haben, ohne anzugeben, in welchem Schriftsatz sich dieses Bestreiten befindet. Dies reicht für eine zulässige Verfahrensrüge nicht aus. Soweit die Beklagte ferner einwendet, eine Aussprache habe nur mit dem die Beklagte vertretenden Organ oder der Personaldirektorin erfolgen können, ist schon nicht ersichtlich, weshalb eine Entschuldigung des Betriebsleiters oder dessen sonstiges Bemühen, den Konflikt zu lösen, nicht ausgereicht hätte, um die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hätte fortgesetzt werden können. Entgegen der Annahme der Beklagten war die Klägerin letztlich auch nicht verpflichtet, ihr Bemühen um eine klärende Aussprache mit der Ankündigung zu verbinden, andernfalls das Arbeitsverhältnis kündigen zu müssen. Auch insoweit gilt, dass die Ankündigung einer Kündigung den Konflikt mit der Beklagten, die die Abmahnungen für berechtigt hielt, nur verstärkt hätte.

(4) Soweit die Beklagte geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe außer Acht gelassen, dass die Klägerin den Eintritt ihrer Erkrankung selbst verschuldet habe, da erhebliche Vertragspflichtverletzungen der Klägerin zu den beiden Abmahnungen geführt hätten, übersieht sie, dass sich für das Landesarbeitsgericht auch im Rahmen der Interessenabwägung ausgewirkt hat, dass ein personenbedingter Kündigungsgrund vorliegt und nicht ein verhaltensbedingter, so dass es auf die Berechtigung der Abmahnungen nicht ankam. Im Übrigen ist auch weder ersichtlich noch von der Beklagten erläutert, warum das Landesarbeitsgericht im Fall berechtigter Abmahnungen das Interesse der Klägerin an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. das Interesse der Beklagten am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist anders hätte bewerten müssen. 46

3. Das Landesarbeitsgericht ist letztlich auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt hatte. 47

a) Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt regelmäßig, sobald der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglichen, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will 48

oder nicht. Uneingeschränkt gilt dies bei in der Vergangenheit liegenden, vollständig abgeschlossenen Kündigungssachverhalten, mögen diese auch - etwa als Vertrauensverlust - noch fortwirken. Bei Dauertatbeständen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich der Kündigungssachverhalt und seine betrieblichen Auswirkungen fortwährend neu verwirklichen, lässt sich der Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 BGB demgegenüber nicht eindeutig fixieren. Liegt ein solcher Tatbestand vor, reicht es zur Fristwahrung aus, dass die Umstände, auf die der Kündigende sich stützt, auch noch bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung gegeben waren (*vgl. etwa BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 14 mwN, BAGE 147, 162*).

b) Danach hatte die Klägerin die Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, lag im vorliegenden Verfahren ein Dauertatbestand vor. Die Klägerin war seit dem 19. Februar 2015 arbeitsunfähig erkrankt. Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin bestand auch noch zwei Wochen vor den beiden Kündigungsschreiben der Klägerin, die der Beklagten am 26. März und am 2. April 2015 zugehingen.

49

Schlewing

Winter

Roloff

Dr. Ronny Schimmer

Pauli