
Datum: 16.10.2019
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 5. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 Sa 221/19
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2019:1016.5SA221.19.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 11 Ca 3619/18
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 2 AZR 707/19
Schlagworte: Arbeitsaufnahme trotz nicht eingetretener aufschiebender Bedingung; eigenmächtige Änderung der Notenvergabe durch den Direktor einer Schule; Nachschieben von Kündigungsgründen, wenn für die ursprünglich angenommenen Kündigungsgründe die Ausschlussfrist nicht gewahrt ist
Normen: §§ 158 Abs. 1, 626 Abs. 2 BGB, §§ 48 Abs. 1, 49 SchulG NRW,; § 7 Abs. 2 APO-SI NRW, §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 4 ADO NRW
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Nimmt ein Arbeitnehmer mit Wissen und Wollen des Arbeitgebers die Arbeit auf, obwohl eine im Arbeitsvertrag vorgesehene aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist, beginnt das Arbeitsverhältnis regelmäßig mit dem Antritt der Arbeit. Auf die Wirksamkeit der aufschiebenden Bedingung kommt es hierfür nicht an. Maßgeblich ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages.

2. Die eigenmächtige Änderung der Notenvergabe durch den Direktor einer Schule ohne den hierfür notwendigen Beschluss der Zeugniskonferenz ist „an sich“ geeignet, eine außerordentliche Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung zu rechtfertigen.

3. § 626 Abs. 2 BGB findet keine Anwendung, wenn nachträglich bekannt gewordene Gründe für eine außerordentliche Kündigung nachgeschoben werden. Dies gilt auch dann, wenn die Kündigung

als solche nicht rechtzeitig erklärt worden ist (insoweit Abweichung von BAG 23. Mai 2013 – 2 AZR 102/12). Daher ist ein Nachschieben nachträglich bekannt gewordener Gründe auch dann zulässig, wenn die (nicht durchgreifenden) Gründe, die den Arbeitgeber ursprünglich zum Ausspruch der Kündigung motiviert haben, verfristet waren.

Tenor:

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 21. Februar 2019 – 11 Ca 3619/18 – wird zurückgewiesen.

II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit von drei außerordentlichen Kündigungen aus verhaltensbedingten Gründen sowie über Zahlungsansprüche.

2

Der am 19. geborene Kläger ist beurlaubter Beamter im Kirchendienst des Bistums F. Er hat keine Unterhaltsverpflichtungen. Die Parteien schlossen am 13. Mai 2016 einen Arbeitsvertrag. Danach sollte der Kläger als hauptamtlicher Schulleiter für die von der Beklagten betriebene bilinguale Gesamtschule zu einem monatlichen Bruttogehalt von 9.000 € beschäftigt werden.

3

Der Arbeitsvertrag sieht eine Befristung für den Zeitraum vom 1. August 2016 bis zum 31. Juli 2021 vor. Dem Kläger wurde das Recht eingeräumt, mit einer Frist von sechs Monaten zum 31. Juli eines jeden Jahres zu kündigen. Regelungen zu einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit durch die Beklagte enthält der Vertrag nicht. Zu Beginn des Vertrages ist ausgeführt, dass er unter mehreren „auflösenden Vorbehalten bzw. Bedingungen zur Rechtswirksamkeit“ stehe. Genannt ist unter anderem die Erteilung einer Versorgungslastenzusage durch die zuständige obere Schulaufsichtsbehörde. Zwischen den Parteien ist streitig, ob eine derartige Zusage erfolgt ist. Der Kläger nahm seine Tätigkeit am 1. August 2016 auf.

4

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis dreimal außerordentlich, zunächst am 9. Mai 2018, sodann am 13. Juni 2018 und schließlich am 18. Juni 2018. Der Kläger kündigte seinerseits mit Schreiben vom 18. Juni 2018 zum 31. Juli 2018. Am gleichen Tag wies er die Kündigungserklärungen vom 9. Mai 2018 und 13. Juni 2018 unter Hinweis auf § 174 BGB zurück. Neben Kündigungsschutz begehrt der Kläger Vergütung für die Monate Juni und Juli 2018 aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Die Vergütung ist jeweils am Ersten des laufenden Monats fällig.

5

Die Beklagte hat in der Kammerverhandlung auf Nachfrage des Gerichts nicht angeben können, welcher Sachverhalt Anlass für die Kündigung vom 9. Mai 2018 gewesen ist. Im Prozess hat sich die Beklagte auf Kündigungsgründe berufen, von denen sie erst nach Zugang der Kündigung erfahren haben will.

6

Ein von der Beklagten geltend gemachter Kündigungsgrund ist die nachträgliche Änderung von Noten durch den Kläger. Nach den einschlägigen schulrechtlichen Bestimmungen entscheidet die Zeugniskonferenz über Zeugnisnoten und gegebenenfalls über deren Änderung.	7
Der Kläger veranlasste im Schuljahr 2016/2017 Änderungen der Notengebung des Lehrers K im Fach Erdkunde für Schüler der Klassen 10B und 10C. Die Änderungen wurden durch den für den Umgang mit dem Zeugnis- und Notenprogramm zuständigen Lehrer K vollzogen. Eine vorherige oder nachträgliche Befassung der Zeugniskonferenz mit den Änderungen erfolgte nicht. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger die Änderungen mit Herrn K und der stellvertretenden Schulleiterin H abgesprochen hatte.	8
Die Zeugniskonferenz für das erste Halbjahr des Schuljahres 2016/2017 fand am 30. Januar 2017 statt. Die von Herrn K im Fach Erdkunde für die Schüler der Klasse 10B vorgesehenen Noten wurden von der Zeugniskonferenz gebilligt. Die von dem Kläger unterschriebenen Zeugnisse weisen für alle Schüler der Klasse 10B eine Note besser aus.	9
Konkret hatte Herr K für den Schüler C A (Klasse) im Fach Erdkunde die Note mangelhaft vorgesehen. Dies wurde von der Zeugniskonferenz gebilligt. Das vom Kläger unterschriebene Zeugnis weist die Note ausreichend aus. Im zweiten Halbjahr wurde für denselben Schüler aus einem ausreichend ein befriedigend gemacht. Entsprechend wurde im Fall des Schülers A B (Klasse) in beiden Halbjahren verfahren.	10
Zur Kenntniserlangung hat die Beklagte in Bezug auf die beiden genannten Schüler angegeben, die stellvertretende Schulleiterin H sei auf diesen Sachverhalt durch die im Sommer 2018 stichprobenmäßig durchgeführte Überprüfung der Notenvergabe gestoßen. Hierüber habe sie die Geschäftsführerin der Beklagten in den Sommerferien 2018 unterrichtet. Der Kläger hat dem entgegengehalten, Frau H habe von Anfang an Kenntnis gehabt.	11
Zu den weiteren Notenänderungen hat die Beklagte vorgetragen, dass sie von diesen erst im Oktober 2019 erfahren habe. Ihr Prozessbevollmächtigter habe in einer Unterredung mit der neuen Geschäftsführerin der Beklagten weitere Untersuchungen angeregt. Der Kläger hat geltend gemacht, die Änderungen seien im Kollegium und der Geschäftsführerin von Anfang an bekannt gewesen.	12
Die Beklagte hat die Kündigungen des Weiteren auf den Vorwurf eines Fehlverhaltens des Klägers in Bezug auf Schülerlaufbahnen gestützt. Er habe Schüler ohne sachliche Rechtfertigung Klassen überspringen lassen. Er habe drei Schüler, die nicht die notwendige Qualifikation, sondern Förderbedarf aufgewiesen hätten, aufgenommen. Außerdem habe er Schüler in die gymnasiale Oberstufe ohne Vorliegen der dafür notwendigen rechtlichen Voraussetzungen aufgenommen.	13
Der Kläger habe zudem gegen den Grundsatz der Lernmittelfreiheit verstoßen, eine Religionslehrerin ohne kirchliche Unterrichtserlaubnis eingestellt, Grund – und Leistungskurse sachwidrig eingerichtet, die offene Wahl des Lehrerrates angeordnet sowie eine Lehrerin geschubst.	14
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung lägen nicht vor. Er habe Ende Januar 2017 auf Veranlassung der Erziehungsberechtigten der Schüler A und B mit diesen und Herrn K über die Notengebung im Fach Erdkunde gesprochen. Herr K habe die Noten in keiner Weise	15

rechtfertigen können. Er habe über keine Unterlagen verfügt. Er (der Kläger) habe Herrn K daraufhin erklärt, unter diesen Umständen sei er gewiss damit einverstanden, dass die Noten nicht zu rechtfertigen seien. Herr K habe daraufhin angeboten, die Noten mangelhaft in die Noten ausreichend umzuwandeln. Über das Ergebnis des Gespräches habe er Frau H unterrichtet. Weder Frau H noch Herr K hätten diesen Sachverhalt auf der anschließend stattfindenden Notenkonferenz mitgeteilt. Deshalb seien die Noten in der Notenkonferenz mit mangelhaft eingetragen worden. Als er die Zeugnisse unterschreiben wollte, habe er festgestellt, dass sie hinsichtlich der Noten für das Fach Erdkunde falsch gewesen seien. Er habe deswegen Herrn K erklärt, dies müsse geändert werden. Er habe ihn gebeten, zusammen mit Frau H die notwendigen Formalitäten zu erledigen. Dies sei nicht geschehen. Er habe sich jedoch darauf verlassen, dass der Vorgang ordnungsgemäß abgewickelt werden würde.

Der Kläger hat beantragt, 16

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 09.05.2018 nicht beendet worden ist; 17
- 2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis unverändert fortbesteht; 19
- 3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die weitere Kündigung vom 13.06.2018 aufgelöst worden ist; 20
- 4. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die weitere Kündigung vom 19.06.2018 aufgelöst worden ist; 21
- 5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.044,44 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2018 zu zahlen; 22
- 6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.044,44 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.07.2018 zu zahlen. 23

Die Beklagte hat beantragt, 24

die Klage abzuweisen. 25

Sie hat die Ansicht vertreten, ein Arbeitsverhältnis sei mangels Bedingungseintritts nicht zustande gekommen. Sie hat behauptet, der Kläger habe nach Abschluss der maßgeblichen Konferenzen eigenmächtig Notenkorrekturen angewiesen. Dies sei nicht einvernehmlich erfolgt. Frau H sei an den Entscheidungen nicht beteiligt gewesen. Der Kläger habe sie auch nicht informiert. 26

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Kläger eingelegte Berufung. 27

Der Kläger ist nach wie vor der Auffassung, dass er sich nicht pflichtwidrig verhalten habe. In Bezug auf die Schüler A und B behauptet er nunmehr, Frau H habe sich nach einer Überprüfung der Notenvergabe durch Herrn K an ihn gewandt und ihm erklärt, dass er eingreifen müsse. Anschließend habe das Gespräch mit den Erziehungsberechtigten und Herrn K wie bereits geschildert stattgefunden. Im zweiten Halbjahr habe Frau H erneut mit ihm Rücksprache gehalten. Er habe wiederum eine Unterredung mit Herrn K geführt, in der 28

dieser zugesichert habe, die Notenlisten zu ändern und sie geändert in die Notenkonferenz einzubringen. Später hat er vorgetragen, er habe Frau H in beiden Halbjahren angewiesen, einen Aktenvermerk anzufertigen und eine neue Konferenz einzuberufen. Er habe sie darauf hingewiesen, dass eine erneute Zeugniskonferenz rechtlich geboten sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 21. Februar 2019 – 11 Ca 3619/18 – abzuändern und

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung der Beklagten vom 09.05.2018, noch durch die Kündigungen der Beklagten vom 13.06.2018 und vom 19.06.2018 aufgelöst worden ist;
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.044,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2018 zu zahlen;
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.044,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.07.2018 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält daran fest, dass der Kläger die Notenänderungen eigenmächtig veranlasst habe. Mögliche Notenänderungen seien daher nicht auf den Zeugniskonferenzen thematisiert worden. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Schüler die Note erhalten hätten, die ihnen tatsächlich zugestanden habe. Ihnen habe genau diejenige Note zugestanden, die der Fachlehrer in die Notenkonferenz eingebracht habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die eingereichten Unterlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- I. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG statthaft und wurde gemäß §§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 und 5 ArbGG, §§ 519 und 520 ZPO frist- und formgerecht eingelegt und begründet.
- II. Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zurecht abgewiesen. Die Kündigungsschutzanträge sind unbegründet. Dies ergibt sich für die Kündigung vom 9. Mai 2018 nicht bereits daraus, dass im Kündigungszeitpunkt kein Arbeitsverhältnis bestanden hätte. Zwischen den Parteien ist ein auf den Zeitraum vom 1. August 2016 bis zum 31. Juli 2021 befristeter Arbeitsvertrag zustande gekommen. Die Kündigung der Beklagten vom 9. Mai 2018 ist wirksam. Für sie besteht ein wichtiger Grund. Der Kläger hat seine vertragliche Verpflichtung, sich bei der Notenvergabe an die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen zu halten, schwerwiegend und vorsätzlich verletzt. Diese schwerwiegende Pflichtverletzung rechtfertigt eine außerordentliche Kündigung, ohne dass die Beklagte gehalten gewesen wäre, den Kläger vorab abzumahnern. Die durchzuführende Interessenabwägung fällt zulasten des Klägers aus. Der Beklagten ist es angesichts der Schwere der Pflichtverletzung nicht zuzumuten, den Kläger bis zum

Befristungsende zu beschäftigen. Die Kündigung ist nicht nach § 626 Abs. 2 BGB unwirksam. Dem steht nicht entgegen, dass für die von der Beklagten ursprünglich angenommenen Kündigungsgründe nicht von einer Einhaltung der Ausschlussfrist ausgegangen werden kann, weil die Beklagte nicht angeben konnte, welcher Sachverhalt sie zum Ausspruch der ersten Kündigung motiviert hat. Dieser Umstand hat sie jedoch nicht daran gehindert, Kündigungsgründe nachzuschieben. Hierfür ist lediglich erforderlich, dass es sich um neu bekannt gewordene Kündigungsgründe handelt, die bei Kündigungsausspruch objektiv bereits gegeben waren. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Kündigung als solche rechtzeitig erklärt ist. Die geschilderten Voraussetzungen sind gegeben. Im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigung vom 9. Mai 2018 sind die weiteren Anträge unbegründet. Dies folgt sowohl für die Kündigungsschutzanträge als auch für die geltend gemachten Zahlungsansprüche aus der vorherigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

1. Der gegen die Wirksamkeit der Kündigung vom 9. Mai 2018 gerichtete Antrag ist unbegründet. 42

a) Dies ergibt sich nicht bereits daraus, dass im Kündigungszeitpunkt kein Arbeitsverhältnis bestanden hätte. Zwischen den Parteien bestand im Kündigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis, dass für den Zeitraum vom 1. August 2016 bis zum 31. Juli 2021 befristet war. 43

Dem steht die zu Beginn des Arbeitsvertrages getroffene Vereinbarung nicht entgegen. Die Kammer teilt die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass es sich um eine aufschiebende Bedingung handelt. Der Vertrag sollte erst mit der Erteilung einer Versorgungslastenzusage wirksam werden. 44

Nicht maßgeblich ist, ob die Vereinbarung einer derartigen aufschiebenden Bedingung wirksam ist (*vgl. hierzu zuletzt Hessisches LAG 6. August 2019 – 15 Sa 424/19 – juris*). Selbst wenn hiervon zugunsten der Beklagten ausgegangen wird, bestand das Arbeitsverhältnis ab dem 1. August 2016, weil die Parteien eine entsprechende rechtsgeschäftliche Einigung getroffen haben. Sie waren sich darüber einig, dass der Kläger seine Arbeit entgegen der schriftlichen Vereinbarung auch ohne Erteilung einer Versorgungslastenzusage am 1. August 2016 aufnehmen sollte. Sie haben sich damit formlos auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages verständigt und damit die in dem schriftlichen Arbeitsvertrag vorgesehene Regelung konkludent abbedungen. 45

Ergänzend ist darauf zu verweisen, dass das BAG auch an anderer Stelle maßgeblich auf die tatsächliche Durchführung des Vertrages abstellt. Zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters hat der Neunte Senat (21. November 2017 – 9 AZR 117/17 – NZA 2018, 448) ausgeführt, die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse könnten nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung gäben. Der objektive Geschäftsinhalt sei den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprüchen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, sei letztere maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen ließen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen seien, was sie also wirklich gewollt hätten. 46

b) Die außerordentliche Kündigung vom 9. Mai 2018 ist durch einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB gedeckt. 47

aa) 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 Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Abwägung der Interessen beider Vertragsteile bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht (*BAG 29. Juni 2017 – 2 AZR 302/16 – NZA 2017, 1121; 20. November 2014 – 2 AZR 651/13 – NZA 2015, 294*).

Nicht entscheidend ist in diesem Zusammenhang die strafrechtliche Beurteilung des Verhaltens des Arbeitnehmers. Maßgeblich ist, ob eine schwerwiegende Verletzung der Vertragspflichten des Arbeitnehmers vorliegt (*BAG 10. Juni 2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227; 24. November 2005 – 2 AZR 684/04 – NZA 2006, 650; 10. Oktober 2002 – 2 AZR 418/01 – EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr. 1*). 49

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i. V. m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (*BAG 20. November 2014 – 2 AZR 651/13 – NZA 2015, 294*). 50

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung bis zum Befristungsende 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 (*BAG 20. November 2014 – 2 AZR 651/13 – NZA 2015, 294*). Hat der Arbeitgeber nicht die Möglichkeit, das befristete Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen, weil das Recht zur ordentlichen Kündigung nicht vereinbart ist (§ 15 Abs. 3 TzBfG), bestimmt sich die Zumutbarkeit nach der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses. 51

Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Befristung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (*BAG 20. November 2014 – 2 AZR 651/13 – NZA 2015, 294*). 52

bb) Nach diesen Grundsätzen erweist sich die außerordentliche Kündigung vom 9. Mai 2018 als wirksam. Das Verhalten des Klägers ist „an sich“ geeignet, eine 53

außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Eine vorherige Abmahnung des Klägers war entbehrlich. Die Interessenabwägung fällt zulasten des Klägers aus.

Der Kläger hat seine Pflicht, sich bei der Notenvergabe an die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen zu halten, mehrfach und schwerwiegend vorsätzlich verletzt. Dieser Sachverhalt genügt allein, um die außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund kann es offen bleiben, ob die Kündigung auch auf die weiteren von der Beklagten erhobenen Vorwürfe gestützt werden könnte. Keine Aufklärung bedurfte auch die Frage, ob Frau Herkrath und Herr Kilp von Anfang an über die Änderung der Noten Bescheid wussten. Maßgeblich ist, dass der Kläger die Noten geändert hat, obwohl er wusste, dass ein entsprechender Beschluss der Zeugniskonferenz nicht vorlag. Der notwendige Beschluss der Zeugniskonferenz konnte nicht durch eine Information der beiden Lehrer ersetzt werden. Dies ergibt sich aus den einschlägigen schulrechtlichen Vorgaben. 54

§ 48 Abs. 1 SchulG NRW bestimmt, dass die Leistungsbewertung über den Stand des Lernprozesses der Schülerin oder des Schülers Aufschluss geben soll. Sie soll auch Grundlage für die weitere Förderung der Schülerin oder des Schülers sein. § 48 Abs. 2 Satz 1 SchulG NRW sieht vor, dass sich die Leistungsbewertung auf die im Unterricht vermittelten Kenntnisse bezieht. Gemäß § 49 SchulG NRW i. V. m. § 7 Abs. 2 der Ausbildungs – und Prüfungsordnung Sekundarstufe I – APO-SI vom 2. November 2012 enthalten die Zeugnisse Noten für die Fächer, über die die Zeugnis – oder Versetzungskonferenz entscheidet. 55

§ 20 Abs. 1 Satz 1 der Allgemeinen Dienstordnung für Lehrerinnen und Lehrer, Schulleiterinnen und Schulleiter an öffentlichen Schulen vom 18. Juni 2012 (ADO) sieht vor, dass die Schulleiterin oder der Schulleiter die Schule im Rahmen der Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie der Konferenzbeschlüsse leitet. § 21 Abs. 4 ADO ist zu entnehmen, wie der Schulleiter bei Meinungsverschiedenheiten über die Notengebung zu verfahren hat. Danach ist die Entscheidung der fachaufsichtlich zuständigen Schulaufsichtsbehörde einzuholen, wenn die Schulleiterin oder der Schulleiter allgemein oder im Einzelfall die Notengebung einer Lehrerin oder eines Lehrers für unvereinbar mit den Vorschriften zur Leistungsbewertung oder allgemeinen Bewertungsgrundsätzen hält und darüber kein Einvernehmen unter den Betroffenen zu erreichen ist. 56

Der Kläger hat die geschilderten Pflichten mehrfach vorsätzlich verletzt. Die Annahme, dass er vorsätzlich gehandelt hat, beruht auf dem unstreitigen Vortrag beider Parteien. Der Kläger hat zuletzt selbst ausgeführt, dass eine (erneute) Zeugniskonferenz rechtlich geboten gewesen sei. Dies war ihm bei der Vornahme der Änderungen auch bekannt. Er hat behauptet, er habe Frau H auf die Notwendigkeit, eine erneute Zeugniskonferenz einzuberufen, hingewiesen. 57

Die Pflichtverletzung wiegt derart schwer, dass es einer vorherigen Abmahnung des Klägers nicht bedurfte. Es handelt sich um eine so schwere Pflichtverletzung, dass selbst deren erstmalige Hinnahme der Beklagten nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen war. Dabei kommt es nicht auf die Frage der Strafbarkeit seines Verhaltens an. Entscheidend ist die Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflicht, bei der Notenvergabe korrekt nach den zwingenden rechtlichen Bestimmungen vorzugehen. Diese Pflicht hat der Kläger nicht nur einmal und nicht etwa spontan verletzt, sondern mehrfach und in einem zeitlichen Abstand von einem halben Jahr. Er hat damit in einem ganz wichtigen Bereich bewusst gegen rechtliche Bestimmungen verstoßen. Durch sein Vorgehen sind die Schüler einer Klasse gegenüber anderen Schülern bevorzugt worden, weil sie ohne ausreichende rechtliche Grundlage eine bessere Beurteilung erfahren haben. Dieses Verhalten ist geeignet, das Vertrauen der Schülerinnen und Schüler, 58

ihrer Eltern und der Öffentlichkeit in den ordnungsgemäßen Ablauf der Notengebung zu erschüttern und damit das Ansehen der Schule in der Öffentlichkeit nachhaltig zu beschädigen. Die Kompetenz zur Notengebung und zu deren Änderung ist offensichtlich bewusst nicht einer einzelnen Person, die sich zudem selbst kein eigenes Bild über die Leistungen der Schüler machen konnte, übertragen worden.

Die Interessenabwägung fällt zulasten des Klägers aus. Das Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegt das Interesse des Klägers an dessen Fortbestand. Ihm ist es nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Befristung und damit bis zum 31. Juli 2021 fortzusetzen. Auf den 31. Juli 2021 ist abzustellen, weil es nach § 626 Abs. 1 BGB auf die vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses ankommt. Da der Kläger die Eigenkündigung erst nach Zugang der Kündigung vom 9. Mai 2018 ausgesprochen hat, war nicht zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis tatsächlich am 31. Juli 2018 geendet hat. 59

Die Kammer hat zugunsten des Klägers bedacht, dass das Arbeitsverhältnis bis zur Kündigung beanstandungsfrei verlaufen ist. Für den Kläger spricht auch, dass er nicht gehandelt hat, um sich selbst einen Vorteil zu verschaffen. Die Wiederholungsgefahr ist als gering einzustufen, weil davon auszugehen ist, dass sich der Kläger das vorliegende Verfahren als Warnung dienen lassen würde. 60

Angesichts der Schwere der Pflichtverletzung wiegt das sofortige Beendigungsinteresse der Beklagten gleichwohl schwerer als das Bestandsinteresse des Klägers. Dem Kläger kommt als Schuldirektor eine Vorbildfunktion zu. Von ihm erwarten die Beklagte, die Schüler, die Eltern und die Lehrer zu Recht, dass er die rechtlichen Bestimmungen einhält und auch darauf achtet, dass diese in der Schule nicht verletzt werden. Das notwendige Vertrauen der Beklagten, dass sich der Kläger an diese Vorgaben halten wird, ist durch sein Verhalten nachhaltig gestört. Er mehrfach vorsätzlich die Entscheidung getroffen, sich in einem besonders sensiblen Bereich nicht an die rechtlichen Vorgaben zu halten. Wegen der Kürze des Arbeitsverhältnisses kann auch nicht angenommen werden, dass sich der Kläger einen „Vertrauensvorschuss“ erarbeitet habe. 61

c) Die Kündigung ist nicht nach § 626 Abs. 2 BGB unwirksam. Dem steht nicht entgegen, dass für die von der Beklagten ursprünglich angenommenen Kündigungsgründe nicht von einer Einhaltung der Ausschlussfrist ausgegangen werden kann, weil die Beklagte nicht angeben konnte, welcher Sachverhalt sie zum Ausspruch der ersten Kündigung motiviert hat. Dieser Umstand hat sie jedoch nicht daran gehindert, Kündigungsgründe nachzuschieben. Hierfür ist lediglich erforderlich, dass es sich um neu bekannt gewordene Kündigungsgründe handelt, die bei Kündigungsausspruch objektiv bereits gegeben waren. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Kündigung als solche rechtzeitig erklärt ist. Die geschilderten Voraussetzungen sind gegeben. 62

aa) Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Auch grob fahrlässige Unkenntnis ist ohne Bedeutung. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Ohne Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Kündigungssachverhalt kann das Kündigungsrecht nicht verwirken. Der Kündigende, der Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur fristlosen Kündigung berechtigen könnte, kann Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Sind die Ermittlungen abgeschlossen und hat der 63

Kündigende nunmehr die Kenntnis des Kündigungssachverhalts, so beginnt die Ausschlussfrist zu laufen. Diese Ermittlungen dürfen zwar nicht hinausgezögert werden. Es darf jedoch nicht darauf abgestellt werden, ob die Maßnahmen des Kündigenden etwas zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren. Bis zur Grenze, die ein verständig handelnder Arbeitgeber beachten würde, kann der Sachverhalt durch erforderlich erscheinende Aufklärungsmaßnahmen vollständig geklärt werden. Allerdings besteht für Ermittlungen dann kein Anlass mehr, wenn der Sachverhalt bereits geklärt oder vom Gekündigten sogar zugestanden worden ist. Der Beginn der Ausschlussfrist wird gehemmt, solange der Kündigungsbeauftragte die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen mit der gebotenen Eile durchführt (*BAG 27. Juni 2019 – 2 ABR 2/19; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 478/01 - AP § 123 BGB Nr. 63; 31. März 1993 - 2 AZR 492/92 - BAGE 73, 42*).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Kündigungsbeauftragte für die Einhaltung der Ausschlussfrist darlegungs- und beweispflichtig. Derjenige, der eine Kündigung aus wichtigem Grund ausspricht, muss darlegen und ggf. beweisen, dass er von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erst innerhalb der letzten zwei Wochen vor ihrem Ausspruch erfahren hat. Diese Darlegungspflicht ist nicht bereits erfüllt, wenn der Kündigende lediglich allgemein vorträgt, er kenne die Kündigungsgründe nicht länger als zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung. Er muss vielmehr die Umstände schildern, aus denen sich ergibt, wann und wodurch er von den maßgebenden Tatsachen erfahren hat. Um den Zeitpunkt, in dem der Wissensstand des Kündigungsbeauftragten ausreicht, bestimmen zu können, und um es dem Gekündigten zu ermöglichen, die behauptete Schilderung zu überprüfen und gegebenenfalls qualifiziert zu bestreiten, muss grundsätzlich angegeben werden, wie es zu der Aufdeckung des Kündigungsgrundes gekommen sein soll. Hat der Kündigungsbeauftragte noch Ermittlungen durchgeführt, muss er hierzu weiter darlegen, welche Tatsachenbehauptungen unklar und daher ermittlungsbedürftig waren, und welche - sei es auch nur aus damaliger Sicht - weiteren Ermittlungen er zur Klärung der Zweifel angestellt hat (*BAG 1. Februar 2007 – 2 AZR 333/06 – NZA 2007, 744; 31. März 1993- 2 AZR 492/92 - BAGE 73, 42; 17. August 1972 - 2 AZR 359/71 - BAGE 24, 383*).

64

bb) § 626 Abs. 2 BGB findet nach der Rechtsprechung des BAG (6. September 2007 – 2 AZR 264/06 – NZA 2008, 636; 4. Juni 1997 – 2 AZR 362/96 – BAGE 86, 85) keine Anwendung, wenn nachträglich bekannt gewordene Gründe für eine außerordentliche Kündigung nachgeschoben werden.

65

Zur Begründung verweist der Zweite Senat auf den „eindeutigen Wortlaut“ des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB. Danach beziehe sich die Ausschlussfrist auf die Ausübung des Kündigungsrechts, nicht auf die zugrunde liegenden Kündigungsgründe. Gleiches ergebe sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Die Zwei – Wochen – Frist solle dem Arbeitnehmer innerhalb kurzer Zeit Gewissheit darüber verschaffen, ob der Arbeitgeber einen bestimmten Sachverhalt zum Anlass einer außerordentlichen Kündigung nehme oder nicht. Hierdurch solle vermieden werden, dass der Arbeitgeber ein Mittel in der Hand halte, um den Arbeitnehmer während der weiteren Dauer des Arbeitsverhältnisses unter Druck zu setzen. Sei jedoch bereits eine Kündigung ausgesprochen, könne eine solche Situation nicht mehr eintreten. Der Schluss, der Arbeitgeber halte eine weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz des ihm bekannt gewordenen Verhaltens des Arbeitnehmers nicht für unzumutbar, sei nicht mehr möglich, wenn der Arbeitgeber bereits eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen habe. Mit dem Ausspruch der Kündigung habe der Arbeitgeber zu erkennen gegeben, dass er eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers subjektiv für

66

unzumutbar halte. Ob diese Unzumutbarkeit bei objektiver Beurteilung tatsächlich im Zeitpunkt der Kündigung gegeben war, sei von den Gerichten unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkt objektiv vorliegenden Umstände zu entscheiden, unabhängig davon, ob sie dem Kündigenden bei Ausspruch der Kündigung bereits bekannt gewesen seien.

In den genannten Entscheidungen hält das BAG das Vorliegen weiterer Voraussetzungen für nicht erforderlich. Dies entspricht der Einschätzung in der Literatur (KR-Fischermeier, 12. Aufl., § 626 BGB Rn. 190; Staudinger/Preis, Neubearbeitung 2019, § 626 BGB Rn. 66; ErfK/Niemann, 19. Aufl., § 626 BGB Rn. 55). 67

In dem Urteil vom 23. Mai 2013 (2 AZR 102/12 – NZA 2013, 1416) führt der Zweite Senat demgegenüber wörtlich aus: „Ist die Kündigung als solche rechtzeitig erklärt, schließt § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ein Nachschieben nachträglich bekannt gewordener Gründe nicht aus.“ Der erste Halbsatz ist dahingehend zu verstehen, dass ein Nachschieben nachträglich bekannt gewonnener Gründe nur zulässig sein soll, wenn die (nicht durchgreifenden) Gründe, die den Arbeitgeber ursprünglich zu dem Ausspruch der Kündigung motiviert haben, nicht verfristet waren. 68

Träfe diese Auffassung zu, erwiese sich die Kündigung vom 9. Mai 2018 als unwirksam. Für die ursprünglichen Kündigungsgründe kann schon deswegen nicht von der Einhaltung der Ausschlussfrist ausgegangen werden, weil die Beklagte nicht dargelegt hat, welcher Sachverhalt sie zu dem Ausspruch dieser Kündigung motiviert hat. Sie ist damit ihrer Darlegungslast hinsichtlich der tatsächlichen Umstände, aus denen auf die Einhaltung der Ausschlussfrist geschlossen werden könnte, nicht nachgekommen. 69

Die Kammer schließt sich dieser Rechtsprechung nicht an. Sie hält es für ausreichend, wenn verlangt wird, dass die nachgeschobenen Gründe bei Kündigungsausspruch objektiv vorlagen, ohne dass sie dem Kündigungsberechtigten bekannt waren. Dies ergibt sich aus den Erwägungen, die das BAG in der Entscheidung vom 4. Juni 1997 angestellt hat. Der Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen auch dann für die Zulässigkeit des Nachschiebens, wenn die ursprünglich vom Arbeitgeber herangezogenen Kündigungsgründe verfristet sind. Der Eintritt einer (zusätzlichen) Drucksituation ist unabhängig davon, ob der ursprünglich vom Arbeitgeber als maßgeblich betrachtete Kündigungssachverhalt verfristet ist oder nicht, nicht mehr möglich. Hinzu kommt, dass anderenfalls derjenige Vertragsteil bevorzugt werden würde, der es verstanden hat, einen wichtigen Kündigungsgrund vor seinem Vertragspartner geheim zu halten (so zutreffend Staudinger/Preis, Neubearbeitung 2019, § 626 BGB Rn. 66). 70

cc) Nach diesen Grundsätzen war die Beklagte berechtigt, die dargestellten Kündigungsgründe nachzuschieben. 71

Die Kündigungsgründe lagen bei Ausspruch der Kündigung bereits vor. 72

Bei der Entscheidungsfindung des Gerichts war zudem davon auszugehen, dass die kündigungsberechtigte Geschäftsführerin der Beklagten von dem Sachverhalt bei Ausspruch der Kündigung keine Kenntnis hatte. Dies folgt aus dem Umstand, dass der Kläger den diesbezüglichen konkreten Sachvortrag der Beklagten nicht substantiiert bestritten hat. 73

Die Beklagte hat in Bezug auf die Schüler Ata und Blasco angegeben, die Geschäftsführerin sei während der Sommerferien 2018 durch die kommissarische Schulleiterin H darüber unterrichtet wurden, dass die Noten beider Schüler im Fach Erdkunde in beiden Halbjahren des Schuljahres 2016/2017 angehoben worden seien. Der Kläger hat 74

dem entgegengehalten, er sei ständig von der Geschäftsführung und von den Gesellschaftern der Beklagten überprüft und kontrolliert worden. Der Fall des Lehrers K sei in besonderer Weise Gegenstand der Gespräche mit der Geschäftsführung und den Gesellschaftern gewesen. Dieser Vortrag ist derart unkonkret, dass er einer weiteren Einlassung durch die Beklagte nicht zugänglich ist. Sein Vorbringen kann auch nicht als zulässige Erklärung mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) verstanden werden. Dem steht entgegen, dass er nach seinem eigenen Vorbringen an den Gesprächen beteiligt war.

Nicht maßgeblich ist, ob Frau H von Anfang an Kenntnis von der Notenmanipulation hatte, wie der Kläger behauptet. Sie ist nicht kündigungsberechtigt. 75

Der Kläger hat den weiteren Vortrag der Beklagten, sie habe von der die ganze Klasse 10B betreffenden Notenänderung erst im Oktober 2019 erfahren, ebenfalls nicht substantiiert bestritten. Er hat ohne jegliche Konkretisierung lediglich behauptet, die Notenanhebung sei der Geschäftsführung bekannt gewesen. 76

d) Die Kündigung vom 9. Mai 2018 ist nicht nach § 174 Satz 1 BGB unwirksam. Die Zurückweisung ist erst mit Schreiben vom 18. Juni 2018 und damit nicht mehr unverzüglich erfolgt. 77

2. Im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigung vom 9. Mai 2018 sind die weiteren Anträge unbegründet. Dies folgt sowohl für die Kündigungsschutzanträge als auch für die geltend gemachten Zahlungsansprüche aus der vorherigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. 78

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i. V. m. § 97 Abs. 1 ZPO. 79

IV. Die Kammer hat die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zugelassen, weil das Urteil von der Entscheidung des BAG vom 23. Mai 2013 – 2 AZR 102/12 - abweicht. 80