

# Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

## Im Namen des Volkes

### Urteil

§§ 16 Abs 3 BEEG, 18 BEEG, § 626 BGB

**Die Elternzeit und damit das Kündigungsverbot während der Elternzeit enden, sobald eine der materiellen Voraussetzungen der Elternzeit gem. § 15 Abs. 1, 1a BEEG nachträglich wegfällt (z.B. wegen Wechsels der Betreuungsperson). Auf die Zustimmung der Arbeitgeberin kommt es nicht an. § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG ist nicht anwendbar.**

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 17.09.2021 Az. : 12 Sa 23/21

#### **Tenor:**

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim vom 25. Februar 2021 (8 Ca 272/20) teilweise abgeändert.

a) Die Klage wird abgewiesen.

b) Die Widerklage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

3. Die Revision wird zugelassen.

#### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte das gemeinsame Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 24. Juli 2020 wirksam außerordentlich bzw. wirksam ordentlich zum 31. Dezember 2020 kündigen konnte.

2

Die Klägerin wurde am ... geboren. Sie und ihr Ehemann leben getrennt. Sie haben drei Kinder, die beim Vater leben. Für die Klägerin ist eine Betreuung in Angelegenheiten der Vermögenssorge, der Gesundheitsfürsorge und der Aufenthaltsbestimmung angeordnet. Sie bedarf zu Willenserklärungen, die den Aufgabenkreis der Vermögenssorge betreffen, der Einwilligung des Betreuers. Seit dem 21. Juli 2020 ist der Prozessbevollmächtigte der Klägerin ihr Betreuer.

3

Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand seit dem 15. Dezember 2009. Nachdem die Klägerin ihre Prüfung zur ... erfolgreich abgeschlossen hatte, wurde sie von der Beklagten ab dem 01. Oktober 2014 als Managerin im Bereich ... beschäftigt. Bei Vollzeitbeschäftigung betrug das Gehalt der Klägerin zuletzt 6.112,50 Euro brutto/Monat. § 9 Abs. 2 des Arbeitsvertrags der Parteien sieht eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende vor.

4

Die Beklagte beschäftigte zum Kündigungszeitpunkt regelmäßig mehr als zehn vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Es besteht für den Betrieb, dem die Klägerin zurechnet, ein Betriebsrat. Am 30. April 2019 wurden die Zwillinge der Klägerin geboren. Die Klägerin verlangte form- und fristgerecht von der Beklagten, ihr bis zum vollendeten dritten Lebensjahr der Zwillinge Elternzeit zu gewähren. Sie befand sich nach Ablauf der Mutterschutzfrist in Elternzeit, die bis zum 29. April 2022 vorgesehen war. Am 04. November 2019 vereinbarten die Parteien eine Teilzeittätigkeit der Klägerin während der Elternzeit für den Zeitraum 30. April 2020 bis 29. April 2021. Die Klägerin sollte mit einem Zeitanteil von 60 % einer vollzeitbeschäftigten Mitarbeiterin für die Beklagte arbeiten, wobei sie vom 30. April 2020 bis 04. Juni 2020 ihren Jahresurlaub in Anspruch nehmen sollte.

5

Am 05. Mai 2020 teilte das Amtsgericht ... der Beklagten mit, dass für die Klägerin eine Betreuung angeordnet war. Daraufhin lehnte die Beklagte mit Schreiben an die Klägerin vom 29. Mai 2020 die Beschäftigung der Klägerin ab dem 05. Juni 2020 ab. Die Klägerin wurde gebeten, zunächst ein ärztliches Attest einzureichen, welches ihre vollständige Arbeitsfähigkeit bestätige.

6

In der ersten Jahreshälfte 2020 verließ der Ehemann der Klägerin mit den drei Kindern auf Anweisung des Jugendamts das Haus der Familie. Sie kamen bei Freunden unter. Zumindest in den Monaten Januar, März und Mai lebten die Kinder nicht bei der Klägerin. Die Klägerin war durchgehend für ihre Kinder sorgeberechtigt. Sie hatte regelmäßig Kontakt zu ihnen.

7

Am 10., 11. und 13. Juli 2020 erschienen auf dem Facebook-Account der Klägerin zahlreiche Posts zu Beschäftigten der Beklagten und einem Vorstandsmitglied, am 10. Juli zu der für die Niederlassung der Klägerin zuständigen Personalleiterin, am 11. Juli zu einem Mitglied des Vorstands, einem Bereichsvorstand und einem Partner, am 13. Juli zu ihrer Kollegin N.M. . Die Posts enthielten die Namen und Fotografien der betroffenen Personen. Jeder Facebook-Nutzer konnte die Posts einsehen. Wegen des Inhalts der Posts wird auf die Anlagen B 1 bis B 3 zum Schriftsatz der Beklagten vom 04. September 2020, Prozessakte des Arbeitsgerichts, Bl. 30 ff. Bezug genommen. (Die Schwärzungen waren im Facebook-Account der Klägerin nicht enthalten. Sie stammen von der Beklagten.)

8

Die Beklagte erlangte am 13. und 14. Juli 2020 Kenntnis von den Posts des Facebook-Accounts der Klägerin. Mit Schreiben vom 20. Juli 2020 hörte sie den Betriebsrat zu der beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin an. Der Betriebsrat stimmte der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu. Zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung äußerte er sich nicht.

9

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 24. Juli, das sie an den Betreuer der Klägerin richtete, außerordentlich und vorsorglich ordentlich zum 31. Dezember 2020. Das Kündigungsschreiben ging dem Betreuer am 25. Juli 2020 zu. Die Kündigungsschutzklage ging am 31. Juli beim Arbeitsgericht ein und wurde der Beklagten am 10. August 2020 zugestellt.

10

Das Amtsgericht ... hatte in der Familiensache 20 F .../20 entschieden, der Klägerin eine Wohnung außerhalb des Hauses der Familie in ... zuzuweisen. Auf Grund dieser Entscheidung verließ die Klägerin am 24. Juli 2020 das Haus der Familie.

11

Die Klägerin hat vorgetragen,

12

sie habe die aufgeführten Beiträge auf Facebook nicht veröffentlicht. Es hätten Zugriffsmöglichkeiten Dritter bestanden. Sie gehe von einem Hackerangriff aus. In diesem Zusammenhang weise sie darauf hin, dass ihre Kolleginnen N. M. und A. K. die Möglichkeit gehabt hätten, ihre E-Mail-Korrespondenz zu überwachen, E-Mails zu löschen und E-Mails in ihrem (der Klägerin) Namen zu versenden. Bereits 2018 habe ein Auszubildender/IT-Mitarbeiter der Beklagten festgestellt, dass jemand vom Leadership ihre E-Mail-Korrespondenz überwache. Dies sei von der Niederlassung ... bestätigt worden.

13

Die Klägerin hat beantragt,

14

es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche hilfsweise ordentliche Kündigung vom 24.07.2020 nicht aufgelöst worden ist.

15

Die Beklagte hat beantragt,

16

die Klage wird abgewiesen.

17

Darüber hinaus hat die Beklagte eine Widerklage erhoben, die nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist.

18

Die Beklagte hat vorgetragen,

19

zum Zeitpunkt der Kündigung habe das Kündigungsverbot während der Elternzeit (§ 18 BEEG) nicht mehr bestanden. Die Kinder hätten nicht mehr im Haushalt der Klägerin gelebt. Sie seien von ihr nicht mehr betreut worden. Der Ehemann der Klägerin habe das gemeinsame Haus in der ersten Jahreshälfte 2020 mit den Kindern verlassen (erstinstanzlich unstreitig). Die angeordnete Betreuung deute zudem darauf hin, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung nicht in der Lage gewesen sei, ihre Kinder, insbesondere die Zwillinge, zu betreuen.

20

Die Klägerin sei Urheberin der Posts in ihrem Facebook-Account gewesen. Sie habe den angeblichen Hackerangriff nicht substantiiert dargelegt. Das Zugriffsrecht von A. K., nicht von N. M. auf den dienstlichen E-Mail-Account der Klägerin habe nichts mit ihrem privaten Facebook-Account zu tun. Es sei von der Klägerin im Februar/März 2019 anlässlich einer Erkrankung vor Beginn des Mutterschutzes eingerichtet worden. Die Klägerin habe zwar 2018 die Überwachung ihres Laptops durch Dritte reklamiert. Eine Überprüfung des Laptops habe jedoch ergeben, dass die befürchtete

Überwachung auszuschließen sei (im Einzelnen s. Schriftsatz der Beklagten vom 13. Januar 2021, S. 3 f., Prozessakte des Arbeitsgerichts, Bl. 108 f.).

21

Die Klägerin habe mit den Veröffentlichungen auf ihrem Facebook-Account ihre arbeitsvertraglichen Pflichten auf schwerwiegende Weise verletzt, so dass an sich ein wichtiger Grund vorhanden gewesen sei, das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich zu kündigen. Sie habe einen Vorstand, einen Partner und die Personalleiterin öffentlich beleidigt und über eine Kollegin unwahre Tatsachen verbreitet. Ihr (der Beklagten) Interesse an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe das Interesse der Klägerin an der fristgemäßen Beendigung überwogen.

22

Für das Bestandsschutzinteresse der Klägerin sprächen allein ihre Unterhaltspflichten und ihre Betriebszugehörigkeit. Für ihr (der Beklagten) überwiegendes Loslösungsinteresse sprächen hingegen die Erheblichkeit der Pflichtverletzungen der Klägerin und insbesondere ihre (der Beklagten) Fürsorgepflicht gegenüber Kollegen der Klägerin, sonstigen Mitarbeitern und ihrem Führungspersonal. Im Rahmen der Interessenabwägung habe sie auch berücksichtigen müssen, dass die Klägerin zu sämtlichen Betroffenen den vollen Namen, ihre Position bei ihr (der Beklagten) und eine Portraitaufnahme veröffentlicht habe. Darüber hinaus seien sämtliche Einträge der Klägerin bei Facebook öffentlich, d.h. grundsätzlich von jedem einsehbar. Zu berücksichtigen seien in diesem Zusammenhang das enorm hohe Verbreitungspotential derartiger Äußerungen bei Facebook und die Tatsache, dass der Empfängerkreis für die Klägerin letztlich nicht steuerbar und sie dieses Risiko bewusst eingegangen sei. Die Äußerungen der Klägerin seien insgesamt geeignet, nicht nur die betroffenen Personen, sondern das gesamte Unternehmen öffentlich herabzuwürdigen und zu diskreditieren. Insofern sei jegliches Vertrauen in die Klägerin als Mitarbeiterin unwiederbringlich zerstört.

23

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 25. Februar 2021 stattgegeben. Die Widerklage der Beklagten hat es abgewiesen. Die Kündigung der Beklagten sei wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot nach § 18 BEEG unwirksam. Auch bei Wegfall der Voraussetzungen für eine Elternzeit gemäß § 15 BEEG habe die Elternzeit der Klägerin fortbestanden, weshalb die Beklagte das gemeinsame Arbeitsverhältnis nicht haben kündigen können.

24

Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde der Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 03. März 2021 zugestellt. Die Berufung ging am 16. März, die Berufungsbegründung innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 04. Juni beim Landesarbeitsgericht ein. Die Berufungsbegründung wurde dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin am 08. Juni zugestellt. Seine Erwiderung erreichte das Landesarbeitsgericht am 23. Juni 2021.

25

Die Beklagte trägt vor,

26

die Kündigung vom 24. Juli 2020 verstoße nicht gegen das Kündigungsverbot des § 18 BEEG. Dieses bestehe nur dann, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung noch sämtliche Voraussetzungen der Elternzeit vorlägen (im Einzelnen s. Schriftsatz vom 04. Juni 2021, S. 4 ff., Bl. 48 ff. der Akte). Bei Zugang der Kündigung hätten die

Voraussetzungen der Elternzeit der Klägerin nicht mehr vorgelegen. Sie habe nicht mehr mit den Zwillingen in einem gemeinsamen Haushalt gelbt und diese betreut. Ihr Ehemann habe das Haus der Familie bereits in der ersten Jahreshälfte mit den Kindern verlassen. Sie selbst habe das Haus am 24. Juli verlassen und eine eigene Wohnung bezogen. Mit dem Wegfall der Voraussetzungen der Elternzeit sei die Elternzeit der Klägerin beendet worden.

27

Die Beklagte beantragt,

28

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim vom 25. Februar 2021 (Az. 8 Ca 272/20) wird geändert.

29

2. die Klage wird abgewiesen.

30

Die Klägerin beantragt,

31

die Berufung zurückzuweisen.

32

Sie trägt vor,

33

die Elternzeit sei zum Zeitpunkt der Kündigung nicht beendet gewesen. Die Parteien hätten sich nicht gemäß § 16 Abs. 3 BEEG auf eine vorzeitige Beendigung der Elternzeit geeinigt. Zudem sei sie sorgeberechtigt gewesen und habe regelmäßig Kontakt zu ihren Kindern gehabt.

34

(In der Berufungsverhandlung:) Ihr Ehemann sei lediglich im Februar, April und Juni 2020 mit den Kindern außer Haus gewesen.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

35

Die zulässige Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim vom 25. Februar 2021 (8 Ca 272/20) hat Erfolg. Das Urteil des Arbeitsgerichts ist, soweit angegriffen, abzuändern und die Klage abzuweisen. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 24. Juli 2020 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Zugang des Kündigungsschreibens aufgelöst. Die außerordentliche Kündigung ist wirksam. Sie verstößt nicht gegen das Kündigungsverbot des § 18 Abs. 1 Satz 3 BEEG (1). Der Beklagten war es auf Grund der Posts auf dem Facebook-Account der Klägerin bei Berücksichtigung aller Umstände und der beiderseitigen Interessen nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis der Parteien bis zum Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist am 31. Dezember 2020 (§ 9 Abs. 2 des Arbeitsvertrags) aufrechtzuerhalten (3).

36

1. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 24. Juli 2020 ist nicht gemäß § 134 BGB i.V. mit § 18 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Nr. 1 BEEG unwirksam. Das Kündigungsverbot des § 18 Abs. 1 Satz 3 BEEG gilt gemäß Abs. 2 Nr. 1 BEEG entsprechend für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt der Kündigung während der Elternzeit bei demselben Arbeitgeber Teilzeitarbeit leisten. Die Klägerin, die mit der Beklagten eine Teilzeitbeschäftigung vereinbart hatte, befand sich bei Zugang der außerordentlichen Kündigung am 25. Juli 2020 nicht mehr in der Elternzeit. Sie war am Vortag aus dem Haus der Familie ausgezogen und betreute ihre Kinder nicht mehr. Damit waren die Voraussetzungen des Anspruchs auf Elternzeit gemäß § 15 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BEEG entfallen.

37

a) aa) Die Elternzeit endet, wenn eine der Anspruchsvoraussetzungen nachträglich entfällt. Die §§ 15 und 16 BEEG begründen ein Gestaltungsrecht der/des Beschäftigten, bei Einhaltung der Form- und Fristvorschriften Elternzeit in Anspruch zu nehmen und damit eine Freistellung von der vertraglichen Arbeitspflicht zu erwirken, ohne dass es dazu einer Erklärung der Arbeitgeberin bedarf (vgl. BAG - 12. Mai 2011 - 2 AZR 384/10, NZA 2012, 208, Rn. 26). Das Gestaltungsrecht wird zwar nur einmal vor Beginn der Elternzeit ausgeübt. Seine Rechtswirkungen können aber grundsätzlich nur so lange fort dauern wie seine Voraussetzungen bestehen (vgl. Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, 170 - § 16 BEEG Rn. 8; Rancke, in: Rancke, Mutterschutz - Elterngeld - Elternzeit - Betreuungsgeld, 5. Auflage 2018, § 16 BEEG Rn. 19; einschränkend lediglich Recht der Arbeitgeberin, Arbeit der/des Beschäftigten zu verlangen: Schneider, in: Brose/Weth/Volk, Mutterschutzgesetz, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 9. Aufl. 2020, § 16 BEEG Rn. 32 f.; Tillmanns, in: Tillmanns/Mutschler, Mutterschutzgesetz, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 2. Aufl. 2018, § 16 BEEG Rn. 26). Besteht der Zweck der Elternzeit darin, dass sich ein Elternteil der Betreuung und Erziehung des Kindes widmen kann (Gesetzesentwurf der Bundesregierung über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub, BT-Drucks.10/3792, A Zielsetzung), hat sie auch faktisch keine Grundlage mehr, wenn die Betreuung des Kindes auf eine andere Person übergeht.

38

bb) Das Ende der Elternzeit bei nachträglichem Wegfall einer Anspruchsvoraussetzung hängt nicht von der Zustimmung der Arbeitgeberin ab. § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG kommt in diesen Fällen nicht zur Anwendung (vgl. Gallner, a.a.O.; a.A. Schneider, a.a.O., Rn. 32; Tillmanns a.a.O.; für eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG: Rancke, a.a.O.). Schon der Wortlaut der Bestimmung setzt eine Dispositionsmöglichkeit der/des Beschäftigten über die Elternzeit voraus, die bei Wegfall der Voraussetzungen nicht gegeben ist („kann vorzeitig beendet ... werden“). Der Gesetzgeber hat die Regelung des § 16 Abs. 3 Satz 1 Bundeserziehungsgeldgesetz, nach der bei Wegfall der Voraussetzung für den Erziehungsurlaub (Wegfall des Anspruchs auf Erziehungsgeld) der Erziehungsurlaub nicht endete, nicht in das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz aufgenommen. Auch die Regelung in § 16 Abs. 4 BEEG macht deutlich, dass die Elternzeit mit dem Wegfall ihrer Voraussetzungen endet. Die Regelung geht hiervon aus und verschiebt für den schlimmsten Fall des Wegfalls der Voraussetzungen, dem Tod des Kindes, mit Rücksicht auf die persönliche Situation der/des Beschäftigten lediglich das Ende der Elternzeit um drei Wochen.

39

Die Dispositionsfreiheit der Arbeitgeberin wird daher durch das Zustimmungserfordernis des § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG nur insoweit geschützt, als die/der Beschäftigte eine vorzeitige Beendigung der Elternzeit anstrebt, obwohl sich

an deren Voraussetzungen nichts geändert hat. Dem Planungsinteresse der Arbeitgeberin in Fällen nicht vorhersehbarer Veränderungen im persönlichen Bereich der/des Beschäftigten wird dadurch Rechnung getragen, dass Änderungen in der Anspruchsberechtigung gemäß § 16 Abs. 5 BEEG von der/dem Beschäftigten unverzüglich, d.h. regelmäßig vor Eintritt der Änderung mitzuteilen sind. Zudem kann die Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag, der wegen der Vertretung während der Elternzeit abgeschlossen und befristet wurde, gemäß § 21 Abs. 4 BEEG vorzeitig ordentlich kündigen, wenn die Elternzeit ohne ihre Zustimmung vorzeitig endet.

40

Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, den Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG teleologisch auf die Fälle des nachträglichen Wegfalls der Voraussetzungen der Elternzeit zu erweitern. Die vom Arbeitsgericht befürchteten Missbrauchsfälle mögen denkbar sein. Die Anwendung der Norm hat sich aber nach dem Regel-, nicht nach dem Ausnahmefall zu richten, zumal bei derart persönlichen und tiefgreifenden Entscheidungen wie der Kindesbetreuung und dem Führen eines gemeinsamen Haushaltes die Gefahr des Missbrauchs, um eine vorzeitige Beendigung der Elternzeit gegen den Willen der Arbeitgeberin durchzusetzen, ausgesprochen gering sein dürfte.

41

Die Elternzeit endet auch ohne Zustimmung der Arbeitgeberin vorzeitig, wenn die Voraussetzungen der Elternzeit nach § 15 Abs. 1 BEEG, das Zusammenleben mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt und die Betreuung des Kindes, nachträglich entfallen. § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG steht dem nicht entgegen.

42

b) Hiervon ausgehend endete die Elternzeit der Klägerin spätestens am 24. Juli 2020. Mit dem - vom Amtsgericht erzwungenen - Auszug aus dem Haus der Familie bestand kein gemeinsamer Haushalt mehr mit den Zwillingen. Ohne bei den Kindern zu wohnen, konnte die Klägerin diese auch nicht mehr betreuen. Sorgerecht und regelmäßiger Kontakt können nicht mit einer fortdauernden Kindesbetreuung gleichgesetzt werden.

43

Die Klägerin befand sich am 25. Juli 2020, bei Zugang der Kündigung, nicht mehr in der Elternzeit. Da die materiellen Voraussetzungen der Elternzeit nach § 15 Abs. 1 BEEG weggefallen waren, galt das Kündigungsverbot des § 18 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit Absatz 2 Nr. 1 BEEG für sie nicht mehr (vgl. BAG – 17. Februar 1994 – 2 AZR 616/93, NZA 1994, 656 (657); 26. Juni 2018 – 2 AZR 23/07, NZA 2008, 1241, Rn. 23; 12. Mai 2011 – 2 AZR 384/10, NZA 2012, 208, Rn. 22; Gallner § 18 BEEG Rn. 9; Rancke § 18 BEEG Rn. 5; a.A. Tillmanns § 18 BEEG Rn. 19; wohl auch Schneider § 18 BEEG Rn. 17). Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 24. Juli 2020 ist nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 18 BEEG unwirksam.

44

2. Die außerordentliche Kündigung ist auch nicht entsprechend § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Der Betriebsrat wurde zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin angehört. Er äußerte sich nicht. Die außerordentliche Kündigung wurde nach Ablauf der dreitägigen Mitteilungsfrist (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) ausgesprochen.

45

3. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aus einem wichtigen Grund i.S. des § 626 Abs. 1 BGB außerordentlich gekündigt. Ein Arbeitsverhältnis kann gemäß § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn es der Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände und bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist aufrechtzuerhalten.

46

Diese Kündigungsvoraussetzungen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in zwei Schritten zu prüfen. Zunächst ist festzustellen, ob der Kündigungssachverhalt ohne seine Besonderheiten „an sich“, d.h. typischerweise geeignet ist, als wichtiger Grund die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen (a). Kann dies bejaht werden, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Kündigenden bei Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls und der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (b - vgl. BAG - 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227, Rn. 16; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 495/11, NZA 2013, 319, Rn. 14).

47

a) Das Verhalten der Klägerin, ihren Facebook-Account zur öffentlichen Schmähkritik an Führungskräften der Beklagten und an ihrer Kollegin N. M. zu nutzen, war an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien zu begründen.

48

aa) Die Klägerin verletzte ihre arbeitsvertragliche Rücksichtspflicht gegenüber der Beklagten (§ 241 Abs. 2 BGB), als sie im Zeitraum 10. bis 13. Juli 2020 auf ihrem Facebook-Account mit Namensnennung und Lichtbildern u.a. Folgendes veröffentlichte:

49

- über die Personalleiterin:

„... ich habe eine Frage: welche Straffe ist angemessen, wenn eine Frühgeburt durch die Tätigkeit von Rechtsanwältin ... bei einer mit Zwillingen schwangeren gebürtigen U. verursacht wurde ???????“

- über einen ehemaligen Head of GMS Germany:

- „Liebe Freunde, ich will Euch mit einem ehemaligen Head of GMS Germany bekannt machen!“

- „meine persönliche Einschätzung von ... er ist ein LOSER !!!!!“

- „...ist ein alter Mann...“

- „... hatte die Abteilung GMS Deutschland jahrelang runtergewirtschaftet!“

- „...saß in M., saß wirklich ...“

- „Als Head of GMS Germany hatte Herrn...Herr... eingestellt. sein bester Freund...“

- über einen Bereichsvorstand:

- „... war noch im Kalenderjahr 2018 Bereichsvorstand ..., Deutschland ...“

- „Nach meiner persönlichen Einschätzung ist ebenso ein LOSER !!!!!“

- „Nach Insider-Informationen hatte ... intime Beziehung mit mindestens einer Arbeits-

kollegin gehabt...ich glaube, er ist verheiratet ...“

- „... hatte beim Personalmanagement in 2018 versagt !!!!!

- zu N. M.:

- „Liebe Freunde, kennt jemand die Frau (unten auf dem Bild) ???????“

- „Ich unterstelle Frau ... (t. Herstammung) die Nachstellung und Plagiat seit elf Jahren sowohl beruflich als auch privat !!!!!“.



50

Mit diesen herabsetzenden Veröffentlichungen über ehemalige wie aktuelle Führungskräfte der Beklagten und über die ebenfalls bei der Beklagten beschäftigte N. M. verletzte die Klägerin ihre arbeitsvertragliche Pflicht, die berechtigten Interessen der Beklagten zu achten und den Betriebsfrieden zu wahren (§ 241 Abs. 2 BGB). Die Beklagte hat ein berechtigtes Interesse daran, dass Beschäftigte nicht wegen ihrer Arbeit öffentlicher Schmähkritik ausgesetzt werden. Bei den zitierten Posts handelt es sich, unabhängig davon, ob sie Wertungen oder Tatsachenbehauptungen (hatte ... jahrelang runtergewirtschaftet, intime Beziehung zu mindestens einer Arbeitskollegin) zum Gegenstand hatten, um Schmähkritik. Denn es ging bei den Veröffentlichungen im Facebook-Account der Klägerin nicht um eine sachliche Auseinandersetzung, sondern allein um eine öffentliche Herabwürdigung der betroffenen Personen. Sie sollten gegenüber einem anonymen Publikum sozusagen an den Pranger gestellt werden.

51

Die Klägerin kann sich in diesem Zusammenhang nicht auf ihr Grundrecht auf freie Meinungsäußerung berufen. Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG wird nicht schrankenlos gewährleistet. Es ist gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch die allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Mit diesen muss es in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden. Auch § 241 Abs. 2 BGB gehört zu den allgemeinen, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzen. Zwischen der Meinungsfreiheit und dem beschränkenden Gesetz findet eine Wechselwirkung statt. Die Reichweite der Pflicht zur vertraglichen Rücksichtnahme muss ihrerseits unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts bestimmt werden. Der Meinungsfreiheit muss dabei die ihr gebührende Beachtung geschenkt werden - und umgekehrt (so BAG - 18. Dezember 2014 - 2 AZR 265/14, NZA 2015, 797, Rn. 18 m.w.N.). Erweisen sich die in den Äußerungen enthaltenen Werturteile oder Tatsachenbehauptungen wie hier als Formalbeleidigungen oder Schmähkritik und nicht als Beiträge zu einem Meinungskampf muss die Meinungsfreiheit zurücktreten (vgl. BVerfG - 30. Mai 2018 - 1 BvR 1149/17, NZA 2018, 924, Rn. 7; BAG, a.a.O., Rn. 20).

52

Der Einwand der Klägerin, sie habe die Posts nicht ins Netz gestellt, es müsse sich um einen Hackerangriff gehandelt haben, ist unerheblich. Zum einen hat sie keine Tatsachen genannt, die auf einen Zugriff Dritter auf ihren Facebook-Account hindeuten. Zum anderen wurde die arbeitsvertragliche Rücksichtspflicht in gleichem Maße dadurch verletzt, dass die Klägerin den herabwürdigenden Posts zumindest mehrere Tage über ihren Facebook-Account ein Forum für die Öffentlichkeit bot. Die ersten Veröffentlichungen datieren vom 11. Juli. Die Beklagte nahm erstmals am 13. Juli hiervon Kenntnis. Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, sie habe die Posts auf ihrem Facebook-Account aus anderen Gründen nicht zu vertreten.

53

Die Klägerin verletzte somit mit den zitierten Beiträgen in ihrem Facebook-Account wiederholt vorsätzlich in erheblichem Maße ihre arbeitsvertragliche Rücksichtspflicht gegenüber der Beklagten.

54

bb) Derartige Vertragsverletzungen sind an sich - d.h. losgelöst von den besonderen Umständen des Einzelfalls - geeignet, die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen (vgl. BAG, a.a.O., Rn. 16). Es handelt sich um grobe Beleidigungen und üble Nachreden, wenn die Klägerin

55

- die Personalleiterin für die Frühgeburt ihrer Zwillinge verantwortlich macht.

56

- den ehemalige Head of GMS Germany als alten unfähigen Mann darstellt, der seine

57

Position nur persönlichen Beziehungen zu verdanken hat.

58

- den Bereichsvorstand unvermittelt als LOSER bezeichnet, der eine intime Beziehung

59

zu mindestens einer Arbeitskollegin unterhält.

60

- die Kollegin beschuldigt, ihr sowohl privat als auch beruflich nachzustellen und sie zu

61

plagiierten.

62

Erschwerend kommt hinzu, dass diese substanzlosen Anwürfe auf Grund des gewählten Mediums, von der Klägerin zumindest billigend in Kauf genommen, unkontrolliert im Netz verbreitet werden können.

63

Derartige Veröffentlichungen stellen die Zusammenarbeit im Unternehmen in Frage. Die Arbeitgeberin hat daher ein berechtigtes Interesse daran, auf sie schnell und effektiv zu reagieren. Sie ist darüber hinaus gegenüber den Beschäftigten dazu verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, sie vor derartigen öffentlichen Herabwürdigungen zu schützen.

64

Das Verhalten der Klägerin stellt für sich gesehen einen wichtigen Grund dar, das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich zu kündigen.

65

b) Bei der Prüfung der Frage, ob der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin trotz erheblicher Pflichtverletzung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zugemutet werden kann, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse der Arbeitgeberin an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse der Arbeitnehmerin an einer regulären Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Wichtige Aspekte sind dabei das Gewicht und die Auswirkungen der in Frage stehenden Vertragspflichtverletzungen, der Grad des Verschuldens der Arbeitnehmerin, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Die außerordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeberin andere zumutbare weniger einschneidende Handlungsmöglichkeiten wie eine Abmahnung zur Verfügung stehen, um die eingetretene Vertragsstörung zu beseitigen (vgl. BAG, NZA 2010, 1227, Rn. 34; NZA 2013, 319, Rn. 15).

66

aa) Die außerordentliche Kündigung der Beklagten war nicht deshalb von vornherein unverhältnismäßig, weil die Beklagte die Klägerin ungeachtet der beiderseitigen Interessen zunächst hätte abmahnen müssen.

67

Die Arbeitnehmerin, die auf Grund eines steuerbaren Verhaltens ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, ist grundsätzlich vor Ausspruch einer Kündigung abzumahnern. Das gilt auch dann, wenn die Vertragsverletzung der Arbeitnehmerin das Vertrauen der Arbeitgeberin in ihre Person beeinträchtigt, soweit mit der Wiederherstellung des Vertrauens gerechnet werden kann (vgl. BAG - 04. Juni 1997 - 2 AZR 526/96, DB 1997, 2386 (2387)). Einer Abmahnung bedarf es demnach nicht, wenn eine Verhaltensänderung in der Zukunft selbst nach einer Abmahnung nicht zu erwarten ist oder wenn es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass die Arbeitnehmerin erkennen konnte, die Arbeitgeberin werde diese nicht hinnehmen und das Arbeitsverhältnis beenden (vgl. BAG, NZA 2010, 1227, Rn. 37).

68

Im Fall grober Beleidigungen und übler Nachreden wie dem Vorliegenden ist eine Abmahnung entbehrlich. Die Klägerin konnte erkennen, dass die Beklagte ihre Posts nicht hinnehmen und hierauf arbeitsvertraglich reagieren werde. Mit ihren Rundumangriffen stellte die Klägerin von sich aus das Arbeitsverhältnis der Parteien in Frage. Einer Abmahnung bedurfte es nicht.

69

bb) Auch bei Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen bestand für die Beklagte ein wichtiger Grund, das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos zu kündigen. Ihr Interesse an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwog das Interesse der Klägerin an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2020.

70

Die Klägerin hatte ein erhebliches Interesse daran, dass die Beklagte das gemeinsame Arbeitsverhältnis zumindest ordentlich kündigte. Sie war bereits seit 10,5 Jahren für die Beklagte tätig und hatte drei unterhaltsberechtigende Kinder.

71

Dennoch war das Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses höher zu bewerten. Die Klägerin hatte vorsätzlich ihre arbeitsvertragliche Rücksichtspflicht fortgesetzt verletzt. Mit ihren öffentlichen Rundumangriffen auf Personen, die mit der Beklagten in Verbindung standen, hatte sie das gemeinsame Vertragsverhältnis auf schwerwiegende Weise gestört und in Frage gestellt. Das Verhalten der Klägerin löste darüber hinaus bei der Beklagten einen Handlungszwang aus. Die Beklagte war auf Grund ihrer arbeitsvertraglichen Rücksichtspflicht verpflichtet, sich schützend vor die angegriffenen Personen zu stellen und weiteren Angriffen vorzubeugen. Sie musste geeignete Maßnahmen ergreifen, um Wiederholungen derartiger Veröffentlichungen auf Facebook zumindest zu erschweren. Eine Kontrolle oder gar Beeinflussung des Verhaltens der Klägerin im Netz war nicht möglich. Also blieb als letztes Mittel nur die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses, um die Verbindung der Klägerin zum Unternehmen und damit auch zu dessen personeller Weiterentwicklung schnellstmöglich zu trennen und ihr damit die Möglichkeit zu nehmen, aus dem aktuellen Betriebsgeschehen heraus weitere Personen, die mit der Beklagten in

Verbindung standen, über Facebook herabzuwürdigen. Aus diesem Grund konnte die Beklagte weder auf die lange Betriebszugehörigkeit der Klägerin noch auf ihre Unterhaltsverpflichtungen Rücksicht nehmen.

72

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt. Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB sind erfüllt. Ebenso hielt die Beklagte die zweiwöchige Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ein.

73

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 24. Juli 2020 ist wirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 25. Juli 2020 aufgelöst. Auf die Berufung der Beklagten ist das Urteil des Arbeitsgerichts in diesem Punkt abzuändern und die Kündigungsschutzklage abzuweisen.

II.

74

1. Als unterlegene Partei hat die Klägerin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 91 Abs. 1 ZPO). Dass die Widerklage der Beklagten erstinstanzlich rechtskräftig abgewiesen wurde, ist wegen des geringen Streitwerts der Widerklage unerheblich (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

75

2. Die Revision ist gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen. Die Frage, ob bei nachträglichem Wegfall der materiellen Voraussetzungen der Elternzeit diese und damit auch das Kündigungsverbot des § 18 BEEG unmittelbar enden, ist von grundsätzlicher Bedeutung.