

Recht

Die verhaltensbedingte Kündigung

Info Recht
Stand: Februar 2020

vbw

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Um die Information an einen sich wandelnden Rechtsrahmen und an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen, überarbeiten wir unsere Broschüre regelmäßig. Bitte informieren Sie sich über die aktuelle Version auf unserer Homepage www.vbw-bayern.de/InfoRecht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Rechtsicherer Umgang mit Fehlverhalten von Mitarbeiter*innen

Pflichtverletzungen von Mitarbeiter*innen sind ein häufiger Grund für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Jedoch nicht jedes Fehlverhalten seiner Angestellten berechtigt das Unternehmen auch zur Kündigung. Das Bundesarbeitsgericht hat hierfür eine Reihe von Kriterien aufgestellt, die Personalverantwortliche kennen müssen, um adäquat und rechtsicher agieren zu können.

Unsere vorliegende Broschüre zeigt unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung auf, unter welchen Voraussetzungen eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann und welche Verfahrensschritte dabei zu beachten sind.

Bertram Brossardt
19. Februar 2020

Inhalt

1	Die verhaltensbedingte Kündigung im Überblick	1
1.1	Begriff der verhaltensbedingten Kündigung	1
1.1.1	Gesetzliche Grundlage	1
1.1.2	Verhalten	1
1.1.3	Vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln	2
1.2	Arten der verhaltensbedingten Kündigung	2
2	Allgemeine rechtliche Anforderungen an eine Kündigung	3
2.1	Wirksame Kündigungserklärung	3
2.1.1	Kündigungsberechtigte Person	3
2.1.2	Zugang	4
2.1.3	Schriftform	6
2.1.4	Inhalt des Kündigungsschreibens	6
2.2	Kündigungsbeschränkungen / Zustimmungserfordernisse	7
2.3	Anhörung des Betriebsrates	7
2.4	Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	10
3	Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung	12
3.1	Erfordernis sozialer Rechtfertigung / Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	12
3.2	Verhaltensbedingter Kündigungsgrund	13
3.2.1	Direktionsrecht und Einfluss von Grundrechten	14
3.2.2	Störungen im Leistungsbereich	15
3.2.3	Verletzung von Nebenpflichten	17
3.2.4	Störungen im Vertrauensbereich	22
3.2.5	Störungen der betrieblichen Ordnung	29
3.2.6	Relevantes außerbetriebliches Verhalten	33
3.2.7	Exkurs: Tendenzunternehmen und Tendenzbetriebe, Religionsgemeinschaften	34
3.3	Prognoseprinzip	35
3.4	Verhältnismäßigkeit	35
3.4.1	Abmahnung	35
3.4.2	Sonstige Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung	40

3.5	Interessenabwägung / Einzelfallbetrachtung	41
3.6	Kündigungsfrist, § 622 BGB	41
3.7	Darlegungs- und Beweislast	42
4	Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung	44
4.1	Wichtiger Grund „an sich“	45
4.2	Wichtiger Grund im konkreten Einzelfall	45
4.3	Kündigungserklärungsfrist	47
4.4	Anhörung des Betriebsrats und Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	48
4.5	Darlegungs- und Beweislast	49
	Anhang	50
	Ansprechpartner / Impressum	53

1 Die verhaltensbedingte Kündigung im Überblick

Begriff und Arten der verhaltensbedingten Kündigung

1.1 Begriff der verhaltensbedingten Kündigung

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber setzt in der Regel das Vorliegen eines Kündigungsgrundes voraus. Nimmt der Arbeitgeber ein Handeln oder Unterlassen des Arbeitnehmers zum Anlass, eine Kündigung auszusprechen, wird diese als „verhaltensbedingte Kündigung“ bezeichnet.

1.1.1 Gesetzliche Grundlage

In § 1 Abs. 2 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ist geregelt, dass eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden kann, wenn sie durch Gründe, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Eine außerordentliche (fristlose) Kündigung ist gemäß § 626 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zulässig, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist, wofür ein besonders schwerwiegendes Fehlverhalten vorliegen muss.

1.1.2 Verhalten

Nicht jedes vom Arbeitgeber missbilligte Verhalten berechtigt zur Kündigung. Dabei kann von vorneherein nur ein Verhalten, durch das eine gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht verletzt wird, eine Kündigung rechtfertigen. Welches Verhalten des Arbeitnehmers einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen kann, wird im Kapitel 3.2 anhand von Praxisbeispielen näher erläutert.

Hinweis

Auch in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe können zu einer Störung arbeitsvertraglicher Pflichten führen und zur Kündigung berechtigen (siehe hierzu Info Recht *Die personenbedingte Kündigung*). Das Bundesarbeitsgericht (BAG) nimmt die Abgrenzung zwischen personen- und verhaltensbedingten Gründen danach vor, ob ein steuerbares Verhalten vorliegt. Ein verhaltensbedingter Grund ist gegeben, wenn es dem Arbeitnehmer möglich gewesen wäre, anders zu agieren. Daran fehlt es beispielsweise, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit oder fehlender Eignung für eine Tätigkeit seine Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber nicht erfüllen konnte.

1.1.3 Vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln

Eine Kündigung setzt in aller Regel voraus, dass der Arbeitnehmer vorsätzlich oder wenigstens fahrlässig (schuldhaft) gehandelt hat. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen kann eine Kündigung unabhängig vom Verschulden des Arbeitnehmers ausgesprochen werden. Dies ist vom BAG anerkannt für Fälle, in denen aufgrund objektiver Umstände mit Wiederholungen zu rechnen ist oder die betriebliche Ordnung so nachhaltig gestört wird, dass dem Arbeitgeber die Fortdauer dieses Zustands selbst dann nicht mehr zumutbar ist, wenn dem Arbeitnehmer sein Verhalten nicht vorwerfbar ist.

Ein Rechtsirrtum schließt die Kündigung daher nicht aus, wenn dem Arbeitnehmer gerade in Bezug auf die Fehleinschätzung der Erlaubtheit seines Verhaltens ein Fahrlässigkeitsvorwurf zur Last fällt, insbesondere wenn er von Beginn an Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens hatte und die Möglichkeit für ihn bestand, sich beim Arbeitgeber oder einer zuverlässigen Stelle nach dem Umfang seiner Pflichten zu erkundigen (BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018, 2 AZR 370/18).

1.2 Arten der verhaltensbedingten Kündigung

Die verhaltensbedingte Kündigung kann – je nach Gewicht der Kündigungsgründe im Einzelfall – in der Form einer ordentlichen oder außerordentlichen (fristlosen) Kündigung ausgesprochen werden.

Eine weitere Unterscheidung erfolgt danach, ob die Kündigung auf das tatsächliche Vorliegen eines Verhaltens (Tatkündigung) oder lediglich den Verdacht eines solchen Verhaltens (Verdachtskündigung, siehe hierzu Kapitel 3.2.4.2) gestützt wird.

Je nachdem, welche Art der Kündigung gewählt wird, sind unterschiedliche Kriterien zu beachten, damit die Kündigung einer möglichen Prüfung durch die Gerichte für Arbeitssachen standhält.

2 Allgemeine rechtliche Anforderungen an eine Kündigung

Grundsätzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

Für eine wirksame Kündigung müssen die formalen Anforderungen an eine Kündigungserklärung erfüllt und bestimmte weitere Aspekte beachtet werden.

2.1 Wirksame Kündigungserklärung

Unabhängig vom Kündigungsgrund muss der Arbeitgeber eine wirksame Kündigungserklärung abgeben, um das Arbeitsverhältnis zu beenden.

2.1.1 Kündigungsberechtigte Person

Eine Kündigung ist nur dann wirksam, wenn sie durch eine kündigungsberechtigte Person erfolgt ist. Dies ist zunächst der Arbeitgeber selbst, bei einer GmbH oder Aktiengesellschaft der gesetzliche Vertreter, mithin der Geschäftsführer oder Vorstand. Besonderheiten sind zu beachten, wenn keine Alleinvertretungsberechtigung besteht. Weiterhin kann der Prokurist oder in größeren Betrieben der Betriebs- oder Personalleiter zur Erklärung der Kündigung berechtigt sein, Letzterer nur nach einer vorherigen Bevollmächtigung. Darüber hinaus kann auch weiteren Personen Vollmacht erteilt werden.

Hinweis

Die Erteilung der Vollmacht sollte in der Praxis schriftlich erfolgen. Dem Arbeitnehmer muss das Original einer Vollmachtsurkunde bei Ausspruch der Kündigung vorgelegt werden, wenn dieser von der Bevollmächtigung nicht nachweisbar Kenntnis hat. Anderenfalls kann der Arbeitnehmer die Kündigung gemäß § 174 BGB unverzüglich zurückweisen mit der Folge, dass sie unwirksam ist.

Die demnach kündigungsberechtigte Person muss das Kündigungsschreiben unterzeichnen. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter die Erklärung, muss das Vertretungsverhältnis in der Kündigungserklärung deutlich zum Ausdruck kommen (näher hierzu BAG, Urteil vom 13. Dezember 2007; 6 AZR 145/07). Das Schreiben kann aber von einem (nicht selbst zur Kündigung berechtigten) Boten übergeben werden.

2.1.2 Zugang

Die Kündigung stellt eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar. Das bedeutet, dass diese Erklärung nach § 130 BGB erst mit ihrem Zugang wirksam wird. Hierzu muss sie so in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Kündigungsempfängers gelangen, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist. Der Adressat, im Regelfall der Arbeitnehmer, muss sie nur wahrnehmen können; eine ausdrückliche Annahme durch den Empfänger ist nicht nötig.

Hinweis

Der Zeitpunkt des Zugangs des Kündigungsschreibens ist insbesondere bei der außerordentlichen Kündigung wichtig, weil hier die Kündigungserklärungsfrist zu beachten ist (s. hierzu Kapitel 4.3).

Bei der ordentlichen Kündigung wird hierdurch der Lauf der Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgelöst (s. hierzu Kapitel 3.6).

Bei Einwurf in den Hausbriefkasten wird die Kündigung daher regelmäßig zu dem Zeitpunkt wirksam, zu dem üblicherweise mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen, sondern ein genereller Maßstab anzulegen. Bei Hausbriefkästen ist mit einer Leerung im Allgemeinen zum Zeitpunkt der üblichen Postzustellzeiten zu rechnen. Nur ausnahmsweise geht ein Kündigungsschreiben, das nach den üblichen Postzustellzeiten in den Hausbriefkasten eingeworfen wird, noch am gleichen Tag zu. Dies kann der Fall sein, wenn der Adressat weiß oder annehmen muss, dass es zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt eingeworfen wird (zu Einzelheiten vgl. BAG, Urteil vom 26. März 2015; 2 AZR 483/14). Ob der Briefkasten tatsächlich geleert wird und der Arbeitnehmer von der Kündigung Kenntnis nimmt, ist unerheblich. Selbst dann, wenn die Kenntnisnahme wegen Krankheit oder Urlaubs unterbleibt, ist die Erklärung zugegangen und wirksam (BAG, Urteil vom 22. März 2012; 2 AZR 224/11).

Wichtig

In der Praxis ist zu beachten, dass der Zugang der unterschriebenen Kündigung im Original bei dem Arbeitnehmer und der Zeitpunkt des Zugangs nachgewiesen werden können müssen.

Bei der persönlichen Übergabe einer formgerechten Kündigung an den Kündigungsempfänger im Betrieb sollten ein bzw. mehrere Zeugen diese bestätigen können. Sie müssen insofern von dem Inhalt des übergebenen Schreibens aus eigener Wahrnehmung Kenntnis haben und insbesondere bestätigen können, dass eine unterschriebene Kündigung im

Allgemeine rechtliche Anforderungen an eine Kündigung

Original übergeben wurde. Organe des Arbeitgebers (z. B. Vorstand, Geschäftsführer) sind hierbei keine geeigneten Zeugen, da sie in einem etwaigen Rechtsstreit nicht als Zeugen benannt werden können. Es empfiehlt sich, ein Übergabeprotokoll zu fertigen, in dem die genauen Umstände der Übergabe an den Arbeitnehmer festgehalten werden. Ist der Arbeitnehmer dazu bereit, sollte man sich den Empfang der Kündigung durch dessen Unterschrift bestätigen lassen.

Falls der Arbeitnehmer die Entgegennahme ablehnt, ist der Zugang gleichwohl bewirkt, wenn das Kündigungsschreiben so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er es ohne Weiteres an sich nehmen und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Der Erklärende oder Überbringer darf hierfür das Kündigungsschreiben nicht wieder an sich nehmen (BAG, Urteil vom 26. März 2015; 2 AZR 483/14). Die Erklärung geht dem Arbeitnehmer allerdings nicht zu, wenn ihm die einzige Ausfertigung des Schriftstücks lediglich kurz zur Empfangsquittierung und anschließender Rückgabe an den Arbeitgeber angereicht wird (LAG Düsseldorf, Urteil vom 03. Juli 2018 – 8 Sa 175/18).

Hinweis

Ist eine persönliche Übergabe im Betrieb nicht möglich, ist zu empfehlen, die Kündigung per Boten unter Hinzuziehung eines Zeugen zu überbringen. Dabei ist aus Beweisgründen hier ebenso darauf zu achten, dass sowohl der Bote als auch der Zeuge zuvor Kenntnis vom Inhalt des Schreibens genommen haben. Durch den Boten und den Zeugen sollte ein genaues Protokoll über die Zustellung der unterschriebenen Kündigung im Original erstellt werden. Dabei sollte in erster Linie versucht werden, dem Arbeitnehmer die Kündigung persönlich zu übergeben. Wird die Kündigung in den Briefkasten eingeworfen, sollte dieser – insbesondere, wenn vor Ort mehrere Briefkästen vorhanden sind – im Protokoll konkret beschrieben werden (z. B. Einwurf in den Hausbriefkasten mit der Aufschrift „Max Mustermann“ bei der Adresse ...).

Nicht empfehlenswert ist hingegen der Versand per Einschreiben. Ist der Arbeitnehmer nicht zu Hause und wird bei einem Übergabe-Einschreiben nur ein Benachrichtigungsschein im Briefkasten hinterlassen, so ist die Kündigung damit noch nicht zugegangen. Dies ist grundsätzlich erst dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben bei der Post abholt.

Ebenso mit rechtlichen Risiken verbunden ist die Übermittlung per Einwurf-Einschreiben. Hier erhält der Arbeitgeber zwar einen Beleg darüber, dass eine Sendung zu einem bestimmten Datum in den Briefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen wurde. Es bestehen aber auch hierbei Risiken, wenn der Arbeitnehmer – ggf. wahrheitswidrig – z. B. den Zugang der Kündigung bestreitet oder behauptet, der Brief habe keine Kündigung, sondern ein anderes Dokument enthalten.

2.1.3 Schriftform

Jede Art von Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bedarf der Schriftform, § 623 BGB. Die elektronische Form ist ausgeschlossen. Die Kündigung kann daher weder mündlich noch per Telefax / Telegramm noch in sonstiger Weise elektronisch erklärt bzw. übermittelt werden.

Die Kündigungserklärung muss den Empfänger im Original mit einer eigenhändigen Unterschrift des Kündigungsberechtigten zugehen. Eine „Paraphe“ reicht nach der Rechtsprechung als Unterschrift nicht aus. Gefordert wird ein „die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender Schriftzug, der individuelle und entsprechend charakteristische Merkmale aufweist, welche die Nachahmung erschweren“. (BAG, Urteil vom 06. September 2012; 2 AZR 858/11). Ein lesbarer Zusatz des Namens des Unterzeichnenden wird von § 126 BGB zwar nicht verlangt, ist jedoch zur Vermeidung von Zweifeln ratsam (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 20. September 2006; 6 AZR 82/06).

2.1.4 Inhalt des Kündigungsschreibens

Weiterhin ist es notwendig, dass die Kündigung vom Empfänger klar und eindeutig als Kündigung verstanden werden kann. Daher empfiehlt es sich, die Erklärung ausdrücklich als „Kündigung“ zu bezeichnen und zu formulieren, dass das Arbeitsverhältnis gekündigt wird.

Zudem muss aus der Kündigung hervorgehen, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet wird (näher hierzu Kapitel 3.6).

Darüber hinaus darf die Kündigung grundsätzlich unter keine Bedingung gestellt werden. Lediglich eine Bedingung, deren Eintritt nur vom Arbeitnehmer abhängt, sowie eine Rechtsbedingung sind erlaubt. Letztere ist in der Praxis relativ häufig vorzufinden, wenn z. B. zusätzlich zu einer außerordentlichen Kündigung vorsorglich („hilfsweise“) für den Fall deren Unwirksamkeit eine ordentliche Kündigung ausgesprochen wird.

In der Kündigungserklärung müssen die Kündigungsgründe grundsätzlich nicht aufgeführt werden. Für die Praxis ist anzuraten, von einer Begründung der Kündigung abzusehen. Anderenfalls könnten sich Schwierigkeiten bei der Darlegung im Prozess ergeben. Der Arbeitnehmer kann jedoch nach § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB im Anschluss an eine außerordentliche Kündigung verlangen, dass ihm die Gründe für die Kündigung unverzüglich schriftlich mitgeteilt werden. Unterbleibt dies, ist zwar die Kündigung nicht unwirksam. Jedoch können Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers entstehen.

Die Angabe der Kündigungsgründe in der Kündigung ist jedoch dann eine Wirksamkeitsvoraussetzung, wenn eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung hierzu besteht, z. B. bei der Kündigung Auszubildender nach § 22 Abs. 3 BBiG (Berufsbildungsgesetz).

Eine Kündigung darf schließlich nicht sitten- oder treuwidrig sein (§§ 138, 242 BGB) und insbesondere nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB bzw. § 11 TzBfG

(Teilzeit- und Befristungsgesetz) verstoßen. Auch ein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) kann zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen (vgl. BAG, Urteil vom 06. November 2008; 2 AZR 523/07).

2.2 Kündigungsbeschränkungen / Zustimmungserfordernisse

Auch eine Überprüfung eventuell vorhandener Kündigungsverbote und -beschränkungen oder etwaig erforderlicher Zustimmungen (z. B. Inklusionsamt) hat vor einer Kündigung zu erfolgen.

Regelmäßig zu beachten sind insbesondere folgende gesetzliche Regelungen bzgl.:

- befristeten Arbeitsverhältnissen § 15 Abs. 3 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
- Schwangerschaft § 17 MuSchG (Mutterschutzgesetz)
- Elternzeit § 18 BEEG (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)
- Angehörigenpflege § 5 PflegeZG (Pflegezeitgesetz)
- Schwerbehinderte §§ 168 ff., 174 SGB IX (Sozialgesetzbuch, Neuntes Buch)
- Betriebsratsmitglieder § 15 KSchG, § 103 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz)
- Auszubildende § 22 Abs. 2 BBiG
- Betriebsübergang § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB
- Massenentlassungen §§ 17 f. KSchG

Außerdem kann sich aus dem Arbeitsvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einem einschlägigen Tarifvertrag eine Unkündbarkeit ergeben. Diese kann sich allerdings nur auf die ordentliche Kündigung beziehen. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB ist nicht abdingbar.

Hinweis

Ein besonderer Kündigungsschutz kann sich auch aus arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen ergeben.

2.3 Anhörung des Betriebsrates

Wenn ein Betriebsrat besteht, ist dieser vor jeder Kündigung anzuhören (§ 102 Abs. 1 BetrVG). Eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG). Die Kündigungserklärung ist aber auch dann unwirksam, wenn die Anhörung des Betriebsrates durch den Arbeitgeber unvollständig oder anderweitig fehlerhaft erfolgt ist.

Hinweis

Die Kündigung darf erst dann ausgesprochen werden, wenn der Betriebsrat zur Kündigung eine abschließende Stellungnahme abgegeben hat oder die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG verstrichen sind. Die Anhörungsfrist für die ordentliche Kündigung beträgt eine Woche. Die Stellungnahme des Betriebsrats bzgl. einer außerordentlichen Kündigung hat unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen zu erfolgen.

Das Anhörungserfordernis gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung beabsichtigt, ob es um Probe- oder Aushilfsarbeitsverhältnisse bzw. Teilzeitbeschäftigte geht, oder ob eine Kündigung in den ersten sechs Beschäftigungsmonaten ausgesprochen werden soll. Zu den inhaltlichen Anforderungen an eine Betriebsratsanhörung in der Wartezeit siehe BAG, Urteil vom 12. September 2013; 6 AZR 121/12.

Ausgenommen vom Anhörungserfordernis sind Kündigungen der Arbeitsverhältnisse von leitenden Angestellten im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG. Über deren Kündigung ist der Betriebsrat lediglich zu informieren (vgl. § 105 BetrVG). Besteht für leitende Angestellte ein Sprecherausschuss, muss allerdings dieser angehört werden, § 31 Abs. 2 Sprecherausschussgesetz (SprAuG).

Zur ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung gehören mindestens

- die Mitteilung der Person des zu kündigenden Arbeitnehmers mit den Sozialdaten (insbesondere Name, Alter, Betriebszugehörigkeit (Eintritt, Dauer), Privatanschrift, Familienstand, Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder, bestehender Sonderkündigungsschutz, besondere soziale Umstände wie z. B. Schwerbehinderteneigenschaft oder Schwangerschaft),
- Funktion / Position im Unternehmen
- die Art der Kündigung (ordentlich / außerordentlich / außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit),
- Kündigungsfrist und Kündigungstermin (ggf. Hinweis, dass Kündigung hilfsweise zum nächstzulässigen Zeitpunkt erfolgen soll) und
- der Kündigungsgrund.

Bei der Mitteilung des Kündigungsgrundes hat der Arbeitgeber den Kündigungssachverhalt so genau zu umschreiben, dass der Betriebsrat ohne eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit des Kündigungsgrundes zu überprüfen. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Gründe mitteilen, die ihn zum Ausspruch der Kündigung veranlassen und aus seiner Sicht den Kündigungsentschluss tragen (sog. subjektive Determinierung). Die Anhörung ist hiernach nicht ordnungsgemäß, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner eigenen Sicht unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt mitteilt (vgl. BAG, Urteil vom 23. Oktober 2014; 2 AZR 736/13).

In Bezug auf die Sozialdaten des Arbeitnehmers verlangt die Rechtsprechung, dass dem Betriebsrat keine persönlichen Umstände des Arbeitnehmers vorenthalten werden, die sich bei objektiver Betrachtung entscheidend zu seinen Gunsten auswirken und deshalb für die Stellungnahme des Betriebsrats bedeutsam sein können (vgl. BAG, Urteil vom 23. Oktober 2014; 2 AZR 736/13).

Hinweis

Da sich der Arbeitgeber in einem späteren Kündigungsschutzverfahren nur auf die Kündigungsgründe (d. h. die Tatsachen) berufen kann, die er dem Betriebsrat vorher mitgeteilt hat, sollte der Betriebsrat über alle objektiven Tatsachen gehört werden, die bei der Kündigung aus Sicht des Arbeitgebers eine Rolle spielen könnten.

Speziell für die verhaltensbedingte Kündigung ist dem Betriebsrat daher im Einzelnen mitzuteilen, auf welche schuldhaftige Vertragspflichtverletzung(en) der Arbeitgeber die Kündigung stützt. Dem Arbeitgeber bekannte Umstände, die Zweifel an dem Kündigungsvorwurf begründen können, sind ebenfalls mitzuteilen (z. B. eine entlastende Aussage eines Zeugen). Zu Besonderheiten im Fall einer Verdachtskündigung siehe Kapitel 3.2.4.2.

Daneben müssen dem Betriebsrat vorherige Abmahnungen mitgeteilt und das ihnen zugrundeliegende Fehlverhalten des Arbeitnehmers erläutert werden. Dies gilt auch für eventuelle Gegendarstellungen des Arbeitnehmers. Hier empfiehlt es sich, Abmahnungen und etwaige Gegendarstellungen in Kopie dem Anhörungsschreiben beizufügen. Demgegenüber ist der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) nicht verpflichtet, dem Betriebsrat sämtliches Beweismaterial vorzulegen.

Ferner hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die wesentlichen Gesichtspunkte, die im Rahmen der Interessenabwägung zum Tragen kommen, mitzuteilen. Dazu gehören beispielsweise

- die Schwere des Schuldvorwurfs und
- das Ausmaß eines etwaigen Schadens.

Die Anhörung des Betriebsrates unterliegt zwar keinem Formerfordernis, aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Anhörung bzw. zumindest ein Anhörungsschreiben in Textform (z. B. E-Mail). Um dem Einwand, die Anhörung sei unvollständig erfolgt, begegnen zu können, ist anzuraten, den Betriebsrat zusätzlich mündlich anzuhören. Die einzelnen mündlich mitgeteilten Inhalte sollten dokumentiert werden. In der schriftlichen Anhörung sollte dann darauf verwiesen werden, dass Einzelheiten in einer ergänzenden mündlichen Anhörung mitgeteilt wurden.

Hinsichtlich der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats gilt eine abgestufte Darlegungslast. Im Prozess hat der Arbeitnehmer zunächst vorzutragen, dass überhaupt ein Betriebsrat besteht und deshalb vor Ausspruch einer Kündigung dessen Anhörung

erforderlich war. Daraufhin obliegt es dem Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist.

Hinweis

Ausführliche Informationen sowie Musterformulare zur Anhörung des Betriebsrates finden Sie in der Info Recht Broschüre *Betriebsratsbeteiligung nach § 102 BetrVG*.

2.4 Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Wenn eine Schwerbehindertenvertretung besteht (§ 177 ff. SGB IX), muss diese vor jeder Kündigung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmers gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX beteiligt werden. Die dreifache Beteiligung (Unterrichtung, Anhörung, Mitteilung) ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung (§ 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX). Der Arbeitgeber muss daher die Schwerbehindertenvertretung unverzüglich und umfassend unterrichten und vor der Entscheidung anhören; außerdem muss er ihr die anschließend getroffene Entscheidung unverzüglich mitteilen.

Die unverzügliche Unterrichtung muss erfolgen, sobald der Arbeitgeber von einer Angelegenheit Kenntnis erlangt, die einen schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmer betrifft und zu einer Kündigungsabsicht führen kann. Die inhaltlichen Anforderungen der Unterrichtung sind an diejenigen der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG angelehnt, die unter Punkt 2.3 dargestellt sind. Da die Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung jedoch in aller Regel zeitlich vor der Betriebsratsanhörung liegt, sind nur die zu diesem Zeitpunkt bekannten Tatsachen anzugeben. Auch wenn das Gesetz Schrift- oder Textform nicht verlangt, ist dies zu Beweis Zwecken empfohlen.

Von der Unterrichtung ist die gesonderte Pflicht zur Anhörung der Schwerbehindertenvertretung zu unterscheiden. Die Stellungnahmefristen für die Schwerbehindertenvertretung orientieren sich mangels ausdrücklicher Regelung ebenfalls an § 102 BetrVG, d. h. eine Woche für ordentliche Kündigungen und unverzüglich, maximal drei Tage, für außerordentliche Kündigungen. Es wird empfohlen, in der Anhörung ausdrücklich auf die einschlägige Frist zur Stellungnahme hinzuweisen.

Hinweis

Da das Gesetz keine ausdrückliche Reihenfolge zwischen Anhörung des Betriebsrats, Einholung der Zustimmung des Inklusionsamts und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vorgibt, empfiehlt sich vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen eine gleichzeitige Einleitung aller Verfahren. Dabei sollte jeweils auf die Einleitung der beiden Parallelverfahren bei den anderen zu beteiligenden Institutionen hingewiesen werden.

[Allgemeine rechtliche Anforderungen an eine Kündigung](#)

Sowohl Unterrichtung als auch die Anhörung müssen mit denjenigen Tatsachen ergänzt und erneut vorgenommen werden, die im Nachhinein, insbesondere während des Zustimmungsverfahrens bei dem Inklusionsamt, bekannt werden.

Der Arbeitgeber muss nach Ablauf der Anhörungsfrist die von ihm getroffene Entscheidung unverzüglich der Schwerbehindertenvertretung mitteilen, unabhängig davon, ob sich die Schwerbehindertenvertretung geäußert hat oder nicht. Schrift- oder Textform ist – wenn auch nicht vorgeschrieben – zu Dokumentations- und Beweis Zwecken empfehlenswert. Die Kündigung kann erst nach der Mitteilung wirksam erklärt werden.

3 Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung

Soziale Rechtfertigung der verhaltensbedingten Kündigung

Der Gesetzgeber hat die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung durch den Arbeitgeber an verschiedene materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen geknüpft.

3.1 Erfordernis sozialer Rechtfertigung / Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

Wenn das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist, muss für die ordentliche Kündigung ein gesetzlich anerkannter Kündigungsgrund vorliegen (Erfordernis der sozialen Rechtfertigung).

Dies setzt zum einen voraus, dass der Arbeitnehmer bei Zugang der Kündigung länger als sechs Monate in dem Betrieb beschäftigt war (Wartezeit, § 1 Abs. 1 KSchG). Hierfür ist grundsätzlich ein ununterbrochener rechtlicher Bestand des Arbeitsverhältnisses für mehr als sechs Monate erforderlich. Eine verhältnismäßig kurze Unterbrechung zwischen aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen kann nach der Rechtsprechung unbeachtlich sein, wenn ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen diesen besteht. Kommt es zum Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem Leiharbeitnehmer, der als solcher bereits zuvor in dem Betrieb des jetzigen Arbeitgebers eingegliedert war, werden die Zeiten als Leiharbeitnehmer für die Wartezeit grundsätzlich nicht berücksichtigt. Näher hierzu siehe BAG, Urteil vom 20. Februar 2014; 2 AZR 859/11.

Weitere Voraussetzung für die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes ist, dass in dem Betrieb in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind. Für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse vor dem 01. Januar 2004 begonnen haben, genügt es außerdem, wenn in dem Betrieb mindestens fünf solcher Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 23 Abs. 1 Sätze 2 - 4 KSchG). Bei der Ermittlung der Zahl der Arbeitnehmer sind Auszubildende nicht zu berücksichtigen. Demgegenüber sind im Betrieb eingesetzte Zeitarbeiter einzubeziehen, soweit mit ihnen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird (näher hierzu BAG, Urteil vom 24. Januar 2013; 2 AZR 140/12). Teilzeitkräfte mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden zählen – anderes als beispielsweise im Betriebsverfassungsrecht – nur mit 0,5; Teilzeitkräfte mit nicht mehr als 30 Stunden zählen zu 0,75.

Für die Erreichung des Schwellenwertes für die Anwendbarkeit des KSchG kommt es nach der Rechtsprechung des BAG auf den jeweiligen Betrieb an. Bei besonderen Strukturen im Unternehmen kann es jedoch ausnahmsweise erforderlich sein, die Gesamtzahl der

Arbeitnehmer im Unternehmen in den Blick zu nehmen (zu Einzelheiten siehe BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010; 2 AZR 392/08).

Grundsatz

Eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers ist im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes sozial gerechtfertigt, wenn

1. der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten eine Vertragspflicht – in der Regel schuldhaft – erheblich verletzt,
 2. aus der konkreten Vertragspflichtverletzung geschlossen werden kann, dass der Arbeitnehmer auch zukünftig den Arbeitsvertrag in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen wird und
 3. die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile verhältnismäßig ist.
-

Im Kleinbetrieb, ohne Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, kommt dem Arbeitgeber in seinem Kündigungsentschluss eine weitreichende Entscheidungsfreiheit zu. Jedoch ist nach der Rechtsprechung auch dort ein „Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme“ zu wahren. Hierdurch sollen insbesondere Kündigungen ausgeschlossen werden, die auf willkürlichen oder auf sachfremden (insbesondere diskriminierenden) Erwägungen beruhen (zu Einzelheiten siehe BAG, Urteil vom 21. Februar 2001; 2 AZR 15/00). Entsprechende Maßstäbe gelten, wenn noch kein Kündigungsschutz nach dem KSchG besteht, weil der Arbeitnehmer nicht die sechsmonatige Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) erfüllt hat (Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 21. Juni 2006; 1 BvR 1659/04).

3.2 Verhaltensbedingter Kündigungsgrund

Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Verhalten des Arbeitnehmers dann als grundsätzlich kündigungsgerechtigt anzusehen, wenn ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten vorliegt, der nicht völlig belanglos ist.

Die verhaltensbedingten Kündigungsgründe lassen sich in fünf Fallgruppen unterteilen:

- Störungen im Leistungsbereich
- Verletzung von Nebenpflichten
- Störungen im Vertrauensbereich
- Störungen der betrieblichen Ordnung
- Relevantes außerbetriebliches Verhalten

Im Folgenden werden beispielhaft Fallgestaltungen aufgezeigt, in denen grundsätzlich ein kündigungsrelevantes Verhalten vorliegen kann.

Ist ein Verhalten des Arbeitnehmers einer der genannten Fallgruppen zuzuordnen, folgt daraus noch nicht, dass im konkreten Fall eine wirksame Kündigung ausgesprochen werden kann. Zur Beurteilung dieser Frage sind das Prognose- und Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten und es ist eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich (siehe hierzu die Kapitel 3.3 – 3.5). Je nach Gewicht des Fehlverhaltens im Einzelfall kommt eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung bzw. der Ausspruch einer Abmahnung in Betracht.

3.2.1 Direktionsrecht und Einfluss von Grundrechten

Ob eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten und damit ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vorliegt, hängt auch von dem Direktionsrechts des Arbeitgebers ab.

Durch dieses wird die Arbeitspflicht nach Art, Ort und Zeit durch Einzelanweisung des Arbeitgebers konkretisiert. Das Weisungsrecht besteht nur im Rahmen der Grenzen, die im Arbeitsvertrag für dieses gezogen wurden. Die erteilten Weisungen des Arbeitgebers müssen zudem die geltenden Gesetze und kollektiven Regelungen beachten und billigem Ermessen entsprechen (vgl. § 106 Gewerbeordnung (GewO) i. V. m. § 315 BGB).

Bei der Feststellung, ob eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung vorliegt, werden bei der gerichtlichen Überprüfung der Kündigung die Grundrechte des Arbeitnehmers berücksichtigt, so dass der Arbeitgeber diese – mittelbar – ebenfalls beachten muss. Insbesondere ist das Grundrecht der Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 GG (Grundgesetz) bei einer etwaigen Weigerung des Arbeitnehmers aufgrund eines Gewissenskonflikts zu beachten. Jedoch kann sich der Arbeitgeber ebenso auf Grundrechte berufen, nämlich auf die in Art. 2 GG geschützte Vertragsfreiheit, auf das durch Art. 12 GG geschützte Recht auf unternehmerische Betätigung sowie auf das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Weigert sich zum Beispiel ein Arbeitnehmer auf Grund seines muslimischen Glaubens, Arbeiten auszuführen, die einen Umgang mit Alkohol erfordern, so muss eine Abwägung der betroffenen kollidierenden Grundrechte vorgenommen werden, um die Rechtmäßigkeit der Weisung beurteilen zu können.

Wenn die Weisung vom Arbeitnehmer nicht zu befolgen war und deshalb eine verhaltensbedingte Kündigung nicht möglich war, kommt aber eine personenbedingte Kündigung in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die geschuldete Tätigkeit aus Gewissensgründen nicht erbringen kann.

Eine weitere Grundrechtsvorschrift, die häufig in das Arbeitsverhältnis hineinwirkt, ist die in Art. 5 GG geschützte Meinungsfreiheit. Von Bedeutung ist die Meinungsfreiheit beispielsweise bei der Feststellung, ob eine Aussage beleidigenden Charakter hat oder sich im Rahmen des Rechts auf freie Meinungsäußerung bewegt.

3.2.2 Störungen im Leistungsbereich

Verletzt der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht, kann dies eine Kündigung rechtfertigen. Im Folgenden werden beispielhaft Fallgestaltungen aufgezeigt, in denen solche Pflichtverletzungen von der Rechtsprechung als Kündigungsgrund anerkannt sind.

3.2.2.1 Arbeitsverweigerung

Eine kündigungsrelevante Arbeitsverweigerung liegt vor, wenn sich der Arbeitnehmer ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten beharrlich weigert, eine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zur vereinbarten Zeit am vereinbarten Ort zu erbringen, obwohl er weiß oder wissen muss, dass er zur Leistung verpflichtet ist. Beharrliche Arbeitsverweigerung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten will. Um beurteilen zu können, ob tatsächlich eine Arbeitsverweigerung gegeben ist, hat ein Vergleich zwischen der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung und der vom Arbeitgeber verlangten und vom Arbeitnehmer verweigerten Leistung zu erfolgen.

So ist der Arbeitnehmer beispielsweise zur Leistung von Überstunden im Allgemeinen nur verpflichtet, wenn für ihre Anordnung eine besondere Rechtsgrundlage (z. B. Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) besteht und die gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeiten nicht überschritten werden. Ein Irrtum über seine Arbeitspflicht entschuldigt den Arbeitnehmer nur, wenn er nach sorgfältiger Erkundigung und Prüfung der Rechtslage die Überzeugung gewinnen durfte, zur Arbeit nicht verpflichtet zu sein. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung kann auch darin liegen, dass der Arbeitnehmer sich zu Unrecht auf ein Leistungsverweigerungsrecht beruft (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 22. Oktober 2015; 2 AZR 569/14). Unterliegt ein Arbeitnehmer einem (vermeidbaren) Irrtum, kann dies jedoch im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sein.

Ein Arbeitnehmer ist nach neuerer Rechtsprechung nicht – auch nicht vorläufig – an eine Weisung des Arbeitgebers gebunden, die die Grenzen billigen Ermessens nicht wahrt. Sanktionen können seitens des Arbeitgebers an die Nichtbefolgung einer solchen unbilligen Weisung nicht geknüpft werden. Näher dazu BAG, Urteil vom 18. Oktober 2017, 10 AZR 330/16.

3.2.2.2 Schlecht- oder Minderleistung

Ob eine Leistung als Schlechtleistung- oder Minderleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung seines Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt. Zum anderen ist nach der Rechtsprechung in Bezug auf Arbeitstempo und -qualität auf das persönliche, subjektive Leistungsvermögen des Arbeitnehmers abzustellen. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, seine persönliche Leistungsfähigkeit auszuschöpfen.

Hinweis

Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann (BAG, Urteil vom 11. Dezember 2003; 2 AZR 536/06). Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektivierbarer Kriterien nicht immer erkennbar. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

In einer Vergleichsgruppe ist stets ein Angehöriger der Gruppe das „Schlusslicht“. Das kann seine Ursache auch darin haben, dass die übrigen Gruppenangehörigen besonders leistungsstark sind, sich überfordern oder dass umgekehrt der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Andererseits kann das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichbaren Mittelwerts (z. B. Fehlerquoten) ein Indiz dafür darstellen, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären. Dies ist insbesondere anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung sowie nach den Gesamtumständen zu beurteilen (vgl. BAG, Urteil vom 17. Januar 2008; 2 AZR 536/06).

Soweit eine Schlechtleistung- oder Minderleistung darauf beruht, dass ein Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft, obwohl ihm dies möglich wäre, kann dies demnach einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen. Ist ein Arbeitnehmer jedoch beispielsweise infolge von Krankheit oder Alter nicht in der Lage, die geforderte Leistung zu erbringen, kann der Ausspruch einer personenbedingten Kündigung gerechtfertigt sein.

3.2.2.3 Häufige Unpünktlichkeit

Insbesondere bei im Arbeitsvertrag oder per Betriebsvereinbarung festgelegten festen Arbeitszeiten, gehört deren Einhaltung zu den arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers. Ein fortgesetztes Zu-spät-Kommen ist grundsätzlich geeignet, eine zukünftige vertrauensvolle Fortführung des Arbeitsverhältnisses infrage zu stellen. Ob durch die Unpünktlichkeit eine betriebliche Störung verursacht worden sein muss, ist jedenfalls nach der Rechtsprechung des BAG dann von untergeordneter Bedeutung, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers bereits als beharrliche Pflichtverletzung anzusehen ist.

3.2.2.4 Unentschuldigtes Fehlen

Auch das unberechtigte Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit stellt einen Verstoß gegen die Arbeitspflicht dar und kann ein Kündigungsgrund sein. Es ist hierbei zwischen kürzeren Fehlzeiten, die einmalig auftreten, und mehrtägigen (und häufigen) Fehlzeiten zu unterscheiden.

3.2.2.5 Selbstbeurlaubung

Da die Urlaubsgewährung dem Arbeitgeber vorbehalten ist, hat der Arbeitnehmer gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, wenn sich der Arbeitgeber aus seiner Sicht rechtswidrig weigert, den Urlaub zu gewähren. Ein Recht zur „Selbstbeurlaubung“ steht dem Arbeitnehmer nicht zu. Der eigenmächtige Antritt eines vom Arbeitgeber zu recht abgelehnten Urlaubs oder die eigenmächtige Überschreitung des bewilligten Urlaubszeitraums ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund stellt ein unentschuldigtes Fehlen und damit einen Verstoß gegen die vertragliche Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung dar.

3.2.3 Verletzung von Nebenpflichten

Neben der Hauptpflicht des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag, seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß zu erbringen, gibt es zahlreiche Nebenpflichten, deren Verletzung im Zusammenhang mit der erforderlichen negativen Zukunftsprognose als ein kündigungsrelevantes Verhalten des Arbeitnehmers angesehen werden kann. Beispielsweise ist das heimliche Mitschneiden eines Personalgesprächs durch den Arbeitnehmer rechtswidrig und rechtfertigt die Kündigung (LAG Hessen, Urteil vom 23. August 2017, 6 Sa 137/17).

3.2.3.1 Pflichtverletzung bei Krankheit

Die Krankheit selbst ist den personenbedingten Kündigungsgründen zuzuordnen. Jedoch ist der Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 EFZG (Entgeltfortzahlungsgesetz) im Krankheitsfall verpflichtet, dem Arbeitgeber unverzüglich formlos mitzuteilen, dass und wie lange er voraussichtlich arbeitsunfähig sein wird (sog. Anzeigepflicht). Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, so hat er spätestens am darauffolgenden Arbeitstag eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen (sog. Nachweispflicht). Der Arbeitgeber kann die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung früher verlangen. Das gilt auch für Erkrankungen, die voraussichtlich weniger als drei Kalendertage dauern.

Für Folgeerkrankungen muss eine neue Bescheinigung vorgelegt werden. In der Praxis wird dabei häufig übersehen, dass die Verpflichtung nach § 5 Abs. 1 EFZG auch gilt, wenn der Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen ausgeschöpft ist und der Arbeitnehmer keinen Anspruch mehr auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG besitzt. Die Pflichten des § 5 Abs. 1 EFZG bestehen unabhängig davon, ob der Arbeitgeber noch Entgeltfortzahlung schuldet oder nicht.

Unverzögliche Krankmeldung bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern“, d. h. der Arbeitgeber muss sobald wie möglich in Kenntnis gesetzt werden, damit er seine nötigen Dispositionen treffen kann.

Die wiederholte Verletzung der Anzeigepflicht kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, insbesondere dann, wenn die Vertragsverletzung zu konkreten Störungen im

Betrieb (z. B. Störung des Betriebsablaufs oder der Arbeitsorganisation) geführt hat. In aller Regel ist hier ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers erforderlich.

Ebenso stellt es sich bei der Verletzung der Nachweispflicht dar. Bei dieser Pflichtverletzung sind im Regelfall neben dem schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers konkrete Auswirkungen im Betrieb erforderlich. Der Arbeitgeber ist aber berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern, solange der Arbeitnehmer seiner Nachweispflicht nicht nachkommt (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG).

Während der Dauer einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur anweisen, zu einem Personalgespräch in den Betrieb zu kommen, wenn hierfür ein dringender betrieblicher Anlass besteht, der keinen Aufschub gestattet, und ihm die Teilnahme zugemutet werden kann (BAG, Urteil vom 02. November 2016 – 10 AZR 596/15).

3.2.3.2 Nichtmitteilung einer Arbeitsverhinderung

Eine Verpflichtung, den Arbeitgeber im Rahmen des Zumutbaren unaufgefordert und rechtzeitig über Umstände zu informieren, die einer Erfüllung der Arbeitspflicht entgegenstehen, erkennt die Rechtsprechung jedoch nicht nur in den gesetzlich oder vertraglich ausdrücklich geregelten Fällen an. So wird beispielsweise einem Arbeitnehmer, der in Untersuchungshaft genommen wird, abverlangt, dem Arbeitgeber diesen Umstand unverzüglich anzuzeigen. Darüber hinaus ist er verpflichtet, den Arbeitgeber, soweit möglich, über die voraussichtliche Haftdauer und ggf. künftige Haftprüfungstermine zu informieren, weil sonst das berechnete Planungsinteresse des Arbeitgebers beeinträchtigt wird (BAG, Urteil vom 26. März 2015; 2 AZR 517/14).

3.2.3.3 Verstoß gegen Wettbewerbsverbot

Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber resultiert das Verbot einer Konkurrenztaetigkeit. Denn während des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer verpflichtet, jeglichen Wettbewerb zu Lasten seines Arbeitgebers zu unterlassen. Die Bestimmungen der §§ 60, 61 HGB (Handelsgesetzbuch) werden hier entsprechend angewandt. Unter verbotenem Wettbewerb ist das Tätigwerden des Arbeitnehmers für Dritte im Marktbereich des Arbeitgebers zu verstehen. Wird der Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses für ein Konkurrenzunternehmen tätig, liegt ein kündigungsrelevantes Verhalten vor.

3.2.3.4 Nebentätigkeit

Bei der Ausübung einer Nebentätigkeit (z. B. auch in einem weiteren Beschäftigungsverhältnis), die keinen unzulässigen Wettbewerb darstellt, muss differenziert werden. Solange die Interessen des Arbeitgebers durch die Nebenbeschäftigung nicht konkret beeinträchtigt werden, verstößt der Arbeitnehmer nicht gegen seine Treuepflicht. Sobald jedoch durch die Nebentätigkeit die Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Hauptarbeitsverhältnis

beeinträchtigt wird, kann dies als Kündigungsgrund herangezogen werden. Eine solche Beeinträchtigung liegt beispielsweise vor, wenn die Nebentätigkeit besondere Belastungen für den Arbeitnehmer mitbringt, so dass er seine geschuldete Arbeitskraft im Hauptarbeitsverhältnis nicht oder lediglich vermindert erbringen kann.

Sofern der Arbeitgeber danach ein berechtigtes Interesse daran hat, kann die Nebentätigkeit vertraglich oder tarifvertraglich eingeschränkt (Genehmigungsvorbehalt) oder verboten werden. Die Rechtsprechung hat beispielsweise folgende Nebentätigkeitsbeschränkungen als zulässig anerkannt:

- Einem in einem Krankenhaus beschäftigten Krankenpfleger ist es nicht gestattet, eine Nebentätigkeit als Leichenbestatter auszuüben.
- Das in einem Tarifvertrag für vollzeitlich beschäftigte Busfahrer vereinbarte Verbot von Nebentätigkeiten, die mit dem Lenken von Kraftfahrzeugen verbunden sind.

Hinweis

Soweit ein Genehmigungsvorbehalt wirksam vereinbart ist, liegt auch dann ein grundsätzlich kündigungsrelevantes Verhalten vor, wenn der Arbeitnehmer eine an sich genehmigungsfähige Tätigkeit ohne Einholung der Genehmigung verrichtet.

3.2.3.5 Private Telefon- und Internetnutzung

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die private Telefon- und Internetnutzung in dem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Rahmen zu halten.

Bei der Nutzung des Telefons liegt eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers vor, wenn er private Telefonate entgegen betrieblicher Regelung fälschlich durch Vorwahl bestimmter Ziffern als vom Arbeitgeber zu zahlende Dienstgespräche deklariert. Das Gleiche gilt für eine übermäßige Nutzung grundsätzlich gestatteter Privatgespräche über den Dienstatteat.

Bei der privaten Internetnutzung kommen nach der Rechtsprechung des BAG insbesondere folgende kündigungsrelevante Pflichtverletzungen in Betracht:

- Die Gefährdung des betrieblichen Datensystems durch das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme (sog. „unbefugter Download“), insbesondere wenn damit die Gefahr möglicher Vireninfiltrierungen oder anderer Störungen des Betriebssystems verbunden sein kann.
- Das Herunterladen von strafbaren oder pornographischen Darstellungen bzw. ähnlichen Daten von einem dienstlichen Gerät aus stellt eine Pflichtverletzung dar, wenn bei einer Rückverfolgung der Ruf des Arbeitgebers beschädigt werden kann. Außerdem

Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung

kann auch in diesem Fall die Gefahr einer Störung des betrieblichen Datennetzes zu befürchten sein.

- Die unerlaubte private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise (zusätzliche) Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls Betriebsmittel unberechtigt in Anspruch genommen hat.
- Die nicht gestattete oder exzessive private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internets während der Arbeitszeit, da der Arbeitnehmer während des Surfen im Internet zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt.
- Das Herunterladen und Installieren einer Anonymisierungssoftware durch den Arbeitnehmer stellt eine eigenmächtige Veränderung von technischen Arbeitsmitteln des Arbeitgebers dar, mit welcher der Arbeitnehmer seine Pflichten erheblich verletzt.

Hinweis

Weitere Einzelheiten inklusive der datenschutzrechtlichen Aspekte können Sie unserer Broschüre Info Recht *Privatnutzung von Internet und E-Mail* entnehmen.

3.2.3.6 Urheberrechtswidriges Herstellen digitaler Kopien am Arbeitsplatz

Vervielfältigt ein Arbeitnehmer wiederholt unter Nutzung dienstlicher Ressourcen urheberrechtswidrig Musik- und Audiodateien, kann dies eine Kündigung rechtfertigen. Ein Arbeitgeber hat ein schützenswertes Interesse daran, dass dienstliche Rechner nicht dazu benutzt werden, unter Umgehung eines Kopierschutzes Vervielfältigungen privat beschaffter Musik- oder Film-CDs/DVDs herzustellen.

Dabei kommt es nicht in erster Linie auf die strafrechtliche Bewertung der Kopier- und Brennvorgänge an; diese kann jedoch das Gewicht des Kündigungsgrundes verstärken und insbesondere im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle spielen. Findet dieses Fehlverhalten während der Arbeitszeit statt, kann dies zusätzlich einen Arbeitszeitbetrug darstellen und ebenso das Gewicht des Fehlverhaltens verstärken. Zu Einzelheiten vgl. BAG, Urteil vom 16. Juli 2015; 2 AZR 85/15.

3.2.3.7 Nutzung von sozialen Netzwerken

Auch im Bereich der Nutzung sozialer Netzwerke wie Facebook kommt es in der Praxis zu Verhaltensweisen, die mit einer kündigungsrelevanten Pflichtverletzung einhergehen.

- Nutzt ein Arbeitnehmer solche Netzwerke während seiner Arbeitszeit, stellt dies eine Verletzung der Arbeitspflicht dar, wenn der Arbeitgeber die private Internetnutzung nicht in entsprechendem Umfang gestattet hat.

Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung

- Hat der Arbeitgeber die Privatnutzung von Computern untersagt und setzt sich ein Arbeitnehmer über diese Einschränkung hinweg, verletzt er die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, Arbeitsmittel nur in der vom Arbeitgeber vorgegebenen Weise zu benutzen.
- Pflichtwidrig ist es auch, wenn ein Arbeitnehmer in sozialen Netzwerken Umstände offenbart, bzgl. derer er zur Geheimhaltung verpflichtet ist.
- Tätigt ein Arbeitnehmer in einem sozialen Netzwerk Aussagen über seinen Arbeitgeber oder Kollegen mit beleidigendem Charakter oder solche, durch die der Ruf des Arbeitgebers Schaden nehmen kann, ist dies regelmäßig als Verletzung vertraglicher Nebenpflichten zu werten.

In letztgenanntem Fall begegnet dem Arbeitgeber in der Praxis häufig der Einwand, es habe sich um eine vertrauliche Kommunikation unter Freunden gehandelt. Stichhaltig ist dieser jedoch nur dann, wenn die Möglichkeit der Kenntnisnahme auf eine oder wenige Personen begrenzt war. Dies ist etwa der Fall, wenn die Funktion genutzt wurde, ähnlich wie bei einer E-Mail nur einzelnen Personen Nachrichten zu senden. Wird jedoch eine Stellungnahme allen Personen, mit denen im sozialen Netzwerk eine Freundschaft besteht, oder einem noch breiteren Nutzerkreis zugänglich gemacht, ist die Grenze der Vertraulichkeit häufig überschritten.

Im Rahmen der für eine Kündigung erforderlichen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass Mitteilungen in sozialen Netzwerken sehr schnell Verbreitung finden und nicht ohne weiteres wieder gelöscht werden können. Damit kann eine besonders intensive Rufschädigung des Arbeitgebers verbunden sein.

Hinweis

Einzelheiten zur Kündigung im Zusammenhang mit der Nutzung von Sozialen Netzwerken können Sie unserer Info Recht *Social Media und Arbeitsrecht* entnehmen.

3.2.3.8 Schulden und Lohnpfändungen

Die privaten finanziellen Verhältnisse des Arbeitnehmers bilden grundsätzlich keinen Ansatzpunkt für eine verhaltensbedingte Kündigung. Lediglich bei Angestellten in besonderer Vertrauensstellung, die die Verfügungsgewalt über erhebliche Vermögenswerte besitzen, kommt im Falle einer völligen Überschuldung eine Kündigung in Betracht. Allerdings stellt dies keinen Fall einer verhaltensbedingten, sondern einer personenbedingten Kündigung dar. Dem Angestellten kann in diesem Fall unter Umständen auf Grund der Überschuldung die persönliche Eignung für seine Tätigkeit fehlen.

Dem Grunde nach ist auch das Vorliegen mehrerer Lohnpfändungen oder Lohnabtretungen nicht kündigungserheblich. Verursachen jedoch zahlreiche Lohnpfändungen und Lohnabtretungen einen derartigen Arbeitsaufwand des Arbeitgebers, dass dies bei objektiver Beurteilung zu wesentlichen Störungen im Arbeitsablauf (etwa in der Lohnbuchhaltung

oder in der Rechtsabteilung) oder in der betrieblichen Organisation führt, kann die Pflicht des Arbeitnehmers zur Vermeidung unnötiger Störungen im Verwaltungsablauf des Arbeitgebers verletzt sein.

3.2.3.9 Abkehrwille und Abwerbung

Die Erklärung eines Arbeitnehmers, dass er einen anderen Arbeitsplatz suche oder sich selbständig machen und deshalb kündigen wolle, stellt keinen Verstoß gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers und mithin keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar. Ebenso verhält es sich grundsätzlich, wenn der Arbeitnehmer anderen Mitarbeitern von den geplanten beruflichen Veränderungen erzählt oder sogar andere Kollegen auffordert, auch den Arbeitsplatz zu wechseln.

Damit die Abwerbung einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellt, müssen besondere Umstände hinzutreten, welche die Abwerbung als rechts- oder sittenwidrig und damit als Treuepflichtverstoß erscheinen lassen. So kann dies beispielsweise bei der Abwerbung von Spezialkräften sein, auf die der Arbeitgeber angewiesen ist oder auch für die Abwerbung unter gleichzeitiger Aufforderung, den Arbeitsvertrag zu brechen (z. B. keine Einhaltung der Kündigungsfrist). Um eine Abwerbung annehmen zu können, muss der Arbeitnehmer ernsthaft und beharrlich auf Kollegen eingewirkt haben, um sie zu veranlassen, für ihn oder einen anderen Arbeitgeber tätig zu werden (BAG Urteil vom 19. Dezember 2018, 10 AZR 233/18).

3.2.4 Störungen im Vertrauensbereich

Auch nachhaltige Störungen des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer können einen Kündigungsgrund darstellen.

3.2.4.1 Straftaten

Es ist zwischen Straftaten innerhalb und außerhalb des Arbeitsverhältnisses zu unterscheiden. Eine Straftat innerhalb des Arbeitsverhältnisses kann sich dabei gegen den Arbeitgeber oder gegen Kollegen oder Vertragspartner des Arbeitgebers richten. In all diesen Fällen wird das notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers durch die konkrete Tat verletzt.

3.2.4.1.1 Eigentums- oder Vermögensdelikte

Insbesondere zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte (v. a. Diebstahl und Unterschlagung) sowie auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers stellen einen schwerwiegenden Vertrauensbruch dar. Dies gilt auch dann, wenn nur ein geringfügiger oder sogar kein Schaden eintritt (sog. Bagatelldelikte). Es besteht dabei auch kein

Widerspruch zu der Regelung des § 248a StGB (Strafgesetzbuch; Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen), da diese Norm nur die Grenze für staatliche Sanktionen ist.

Hinweis

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung erkennt einen sogenannten „Freibrief“ für Vermögensdelikte bis zu einer bestimmten Höchstgrenze nicht an. Auch der Diebstahl oder die Unterschlagung geringwertiger Sachen ist wegen der Schwere des damit verbundenen Vertrauensbruchs als Kündigungsgrund geeignet. Der Wert des Tatobjekts und die Höhe des verursachten Schadens sind jedoch bei der erforderlichen Interessenabwägung zu berücksichtigen.

Für die kündigungsrechtliche Beurteilung ist weder die strafrechtliche noch die eigentumsrechtliche Bewertung maßgebend. Entscheidend ist vielmehr nach der Rechtsprechung des BAG der mit der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten verbundene Vertrauensbruch und dessen Auswirkungen auf das Vertrauensverhältnis für die Zukunft.

3.2.4.1.2 Spesenbetrug

Ein Vertrauensbruch liegt auch bei einem Spesenbetrug des Arbeitnehmers vor. Durch ihn wird vorsätzlich das Vermögen des Arbeitgebers geschädigt. Ein Spesenbetrug liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitnehmer bei der Spesenabrechnung falsche Angaben macht und dadurch Spesen vortäuscht oder bei der Abrechnung von Fahrtkosten die Kilometerangabe grob aufrundet.

3.2.4.1.3 Missbrauch von Zeiterfassungssystemen

Weiterhin fällt unter die Rubrik der Störungen im Vertrauensbereich auch der Missbrauch von Zeiterfassungssystemen in dem Sinne, dass beispielsweise die Zeitangaben auf der Stempelkarte verändert werden, um zusätzliche Arbeitszeit vorzutäuschen und um ein unberechtigtes Arbeitszeitguthaben zu erlangen. Eine schwerwiegende Pflichtverletzung liegt auch vor, wenn ein Arbeitnehmer die Stempeluhr von einem Arbeitskollegen bedienen lässt, um den Arbeitgeber über den Umfang seiner tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung zu täuschen oder bei vorsätzlichem Falschausfüllen von Stundenzetteln (BAG Urteil vom 13. Dezember 2018, 2 AZR 370/18. Strafrechtlich können diese Verhaltensweisen als Betrug und / oder Urkundendelikt zu werten sein.

3.2.4.1.4 Entgegennahme von Schmiergeldern

Auch die Annahme von Schmiergeldern beeinträchtigt das Vertrauensverhältnis. Das Schmiergeld dient typischerweise dazu, das Verhalten des Arbeitnehmers zugunsten des

Dritten und zum Nachteil des Arbeitgebers zu beeinflussen. Es kommt wiederum nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer tatsächlich zum Schaden des Arbeitgebers gehandelt hat.

Hiervon abzugrenzen ist die Annahme üblicher Gelegenheitsgeschenke bzw. Werbegeschenke, die keine Pflichtverletzung darstellt. Übliche Gelegenheitsgeschenke sind – je nach den Umständen – beispielsweise Taschenkalender, Kugelschreiber, eine Flasche Sekt etc.

3.2.4.1.5 Aktive Bestechung

Die Bestechung eines potentiellen Kunden des Arbeitgebers oder eines Amtsträgers stellt einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar, da auch hierdurch wird das Vertrauensverhältnis beschädigt wird. Anders kann dies zu beurteilen sein, wenn die Bestechung im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber erfolgte oder er sie wenigstens geduldet hat.

3.2.4.1.6 Straftaten außerhalb des Arbeitsverhältnisses

Grundsätzlich begründen Straftaten außerhalb des Arbeitsverhältnisses keine Vertragspflichtverletzung, weshalb eine verhaltensbedingte Kündigung in der Regel nicht darauf gestützt werden kann. Allerdings können sie als personenbedingte Kündigungsgründe Bedeutung gewinnen, wenn sich aus der außerdienstlichen Straftat darauf schließen lässt, dass dem Arbeitnehmer die Eignung für seine Tätigkeit fehlt (z. B. wenn ein Buchhalter in seiner Freizeit Kassenwart des Sportvereins ist und dort Geld unterschlägt).

3.2.4.2 Sonderfall „Verdachtskündigung“

Auch der dringende Verdacht, dass der Arbeitnehmer eine strafbare Handlung oder sonstige schwere Vertragspflichtverletzungen gegenüber dem Arbeitgeber begangen hat, kann eine Kündigung rechtfertigen.

Hinweis

Die Verdachtskündigung stellt gegenüber der Tatkündigung einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. In der Praxis ist dies insofern von Bedeutung, als für die Tat- und die Verdachtskündigung jeweils unterschiedliche rechtliche Anforderungen zu beachten sind.

Bei der Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgebend, dass der Arbeitnehmer nach der Überzeugung des Arbeitgebers die Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber aus diesem Grund die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

Im Gegensatz dazu ist bei der Verdachtskündigung gerade der Verdacht eines nicht erwiesenen Verhaltens entscheidend, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört oder zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses geführt hat.

Hinweis

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 10. Juni 2010 im „Fall Emmely“ (Az.: 2 AZR 541/09) festgestellt, dass beide Kündigungsgründe nicht beziehungslos nebeneinanderstehen. Gelangt das Gericht in einem Kündigungsschutzprozess zu der Beurteilung, dass bei einer Verdachtskündigung die Tat tatsächlich vorlag, ist die Kündigung dennoch (bzw. erst recht) wirksam. Es ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber sich während des Prozesses darauf berufen hat, er stütze die Kündigung auch auf die erwiesene Tat.

Nach der Rechtsprechung kann eine Verdachtskündigung nur wirksam ausgesprochen werden, wenn

- der Verdacht sich auf ein schweres, für das Arbeitsverhältnis erhebliches Fehlverhalten richtet,
- der Verdacht dringend und von erheblichem Gewicht ist,
- für den Verdacht objektiv nachweisbare Tatsachen vorliegen, auch wenn der Arbeitnehmer ihn nicht verschuldet hat und
- der Arbeitgeber alles Zumutbare getan hat, um den Verdacht aufzuklären. Hierzu gehört auch zwingend die Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Kündigung.

Bei einer Verdachtskündigung sind nicht nur die dem Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch bekannten Tatsachen von Bedeutung. Auch zu diesem Zeitpunkt vorliegende Umstände, die den ursprünglichen Verdacht abschwächen oder verstärken oder einen neuen Verdacht begründen und später bekannt werden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen, wenn sie bei Kündigungszugang objektiv vorlagen und der Betriebsrat zu ihnen angehört worden ist (BAG, Urteil vom 18. Juni 2015; 2 AZR 256/14). Umstände, die erst nach Kündigungsausspruch eingetreten sind, sind hingegen für die Wirksamkeit einer Kündigung regelmäßig nicht von Bedeutung. Ausnahmsweise können sie zu berücksichtigen sein, wenn zwischen den neuen Vorgängen und den alten Gründen so enge innere Beziehungen bestehen, dass jene nicht außer Acht gelassen werden können, ohne dass ein einheitlicher Lebensvorgang zerrissen würde (BAG, Urteil vom 23. Oktober 2014; 2 AZR 644/13).

Besondere Bedeutung kommt der Anhörung des Arbeitnehmers und des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung zu. Dabei reicht es nicht aus, den Arbeitnehmer mit einem pauschalen Vorwurf zu konfrontieren. Die Anhörung muss sich auf einen konkretisierten Sachverhalt beziehen, damit der Arbeitnehmer die Gelegenheit hat, die Vorwürfe zu entkräften. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen ggf. zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen aufzuzeigen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse

beizutragen (vgl. BAG, Urteil vom 12. Februar 2015, 6 AZR 845/13). Der Arbeitgeber darf dem Betroffenen keine wesentlichen Erkenntnisse vorenthalten, die er im Anhörungszeitpunkt bereits besitzt. Er muss alle relevanten Umstände angeben, aus denen er den Verdacht ableitet. Werden dem Arbeitgeber nach Anhörung des Arbeitnehmers zusätzliche Umstände bekannt, die für den Verdacht von Bedeutung sind, ist eine erneute Anhörung erforderlich.

Hinweis

Wird der Arbeitnehmer zu einer mündlichen Anhörung eingeladen, muss ihm der Gegenstand dieses Gesprächs mitgeteilt werden. Es ist daher der konkretisierte Vorwurf in das Einladungsschreiben aufzunehmen. Findet die Anhörung mündlich statt, ist es zu Nachweiszwecken sinnvoll, über die Anhörung ein Protokoll anzufertigen. Zulässig ist auch eine schriftliche Anhörung. In das Anhörungsschreiben aufzunehmen sind insbesondere der Sachverhalt, auf den sich der Verdacht bezieht, und die Umstände, aus denen sich der dringende Verdacht ergibt. Dem Arbeitnehmer muss die Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer angemessenen Frist Stellung zu nehmen.

Bei der Anhörung des Betriebsrats zu einer Verdachtskündigung ist der deutliche Hinweis darauf erforderlich, dass die Kündigung – jedenfalls auch – auf den Verdacht einer Straftat oder eines sonstigen schwerwiegenden Fehlverhaltens gestützt wird. Neben dem Fehlverhalten, auf das sich der Verdacht bezieht, sind dem Betriebsrat die be- und entlastenden Umstände mitzuteilen. Ihm ist insbesondere auch das Ergebnis der Anhörung des Arbeitnehmers zu Kenntnis zu bringen. Daneben sind Ausführungen dazu veranlasst, inwiefern der Arbeitgeber alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan hat.

Zu der Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Anhörung des Arbeitnehmers erfolgen muss, um die Frist des § 626 Abs. 2 BGB wahren zu können, siehe Kapitel 4.3.

Mittlerweile wurde vom Bundesarbeitsgericht entschieden, dass auch die außerordentliche Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses zulässig sein kann, wenn der dringende Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht. Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer solchen Kündigung sind nach der Rechtsprechung die Besonderheiten eines Berufsausbildungsverhältnisses zu berücksichtigen. Diese werden insbesondere darin gesehen, dass es sich bei Auszubildenden typischerweise um Personen mit geringer Lebens- und Berufserfahrung handelt und den Auszubildenden besondere Fürsorgepflichten sowohl in charakterlicher als auch körperlicher Hinsicht treffen. (Näher hierzu BAG, Urteil vom 12. Februar 2015; 6 AZR 845/13).

3.2.4.3 Sonderfall „Druckkündigung“

Um eine Druckkündigung handelt es sich, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen.

Die Androhung von Nachteilen kann dabei insbesondere durch andere Arbeitnehmer, Kunden oder Lieferanten erfolgen. Denkbare Nachteile sind das Inaussichtstellen einer eigenen Kündigung, der Entzug von Aufträgen oder die Verweigerung künftiger Lieferungen.

Die als Kündigungsgrund relevante Drucksituation kann je nach den Umständen des Einzelfalles einen personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Kündigungsgrund darstellen. Um eine verhaltensbedingte Druckkündigung handelt es sich, wenn Dritte ein Verhalten des Betroffenen Arbeitnehmers zum Anlass für ihre Androhung nehmen. Der Arbeitgeber hat hierbei eigenverantwortlich zu prüfen, ob verhaltensbedingte Kündigungsgründe bestehen, er darf sich nicht auf die Beurteilung durch Dritte verlassen.

Hinweis

Die Rechtsprechung lässt die Druckkündigung lediglich als äußerste „Notmaßnahme“ zu. Der Arbeitgeber muss sich zunächst schützend vor den betroffenen Arbeitnehmer gestellt und alle zumutbaren Mittel eingesetzt haben, um die Belegschaft oder die Personen, von denen der Druck ausgeht, von ihrer Drohung abzubringen. Zudem muss die Kündigung das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel sein, um Schäden für den Arbeitgeber abzuwenden.

Ein Unterfall der Druckkündigung ist das Entfernen betriebsstörender Arbeitnehmer auf das Verlangen des Betriebsrats hin (§ 104 BetrVG). Näher dazu BAG, Urteil vom 28. März 2017; 2 AZR 551/16.

3.2.4.4 Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Da der Arbeitnehmer verpflichtet ist, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren, an deren Geheimhaltung ein berechtigtes betriebliches Interesse besteht, stört er das in ihn gesetzte Vertrauen des Arbeitgebers, wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt.

Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind alle Tatsachen, die in einem Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen, nur einem engbegrenzten Personenkreis bekannt und nicht offenkundig sind, sowie nach dem Willen des Arbeitgebers und im Rahmen eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden sollen. Dabei beziehen sich Geschäftsgeheimnisse meist mehr auf wirtschaftliche, die Betriebsgeheimnisse mehr auf technische Angelegenheiten. Hierzu gehören z. B. technisches Know-how, auch wenn es nicht patentfähig ist, Warenbezugsquellen, Absatzgebiete, Kunden- und Preislisten, Bilanzen, Inventuren, Kreditwürdigkeit etc.

So verletzen auch geschäftsschädigende, insbesondere kreditgefährdende Äußerungen, die ohne berechtigtes Eigeninteresse des Arbeitnehmers oder sogar wahrheitswidrig in Schädigungsabsicht gegenüber Dritten getätigt werden, die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers und können zur verhaltensbedingten Kündigung führen.

3.2.4.5 Vollmachtüberschreitung

Überschreitet der Arbeitnehmer z. B. eine rechtsgeschäftlich eingeräumte Handlungsvollmacht in Wahrnehmung eigener gegenüber seinem Arbeitgeber nicht schützenswerter Interessen und gefährdet er hierdurch das Vermögen des Arbeitgebers, kann dadurch ebenfalls eine Störung des Vertrauens des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers vorliegen und eine Kündigung rechtfertigen. Ggf. erfüllt die Vollmachtüberschreitung auch den Tatbestand der Untreue im Sinne des § 266 StGB.

3.2.4.6 Ungerechtfertigte Strafanzeige gegen den Arbeitgeber

Der Betriebsfrieden ist darüber hinaus gestört, wenn der Arbeitnehmer in einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht hat. Das heißt, die Strafanzeige gegen den Arbeitgeber ist nicht berechtigt, wenn der Arbeitnehmer schon bei Erstellen der Anzeige weiß, dass der erhobene Vorwurf nicht zutrifft oder dies jedenfalls erkennen kann (näher BAG, Urteil vom 15. Dezember 2016; 2 AZR 42/16).

Trotz wahrer Angaben kann eine verhaltensbedingte Kündigung eventuell ausgesprochen werden, wenn sich die Anzeige als eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers darstellt.

Grundsätzlich gilt demnach: Wenn im Betrieb Missstände oder Rechtsverstöße bestehen, so ist der Arbeitnehmer vor Einschaltung außerbetrieblicher Stellen regelmäßig gehalten, sich zunächst innerbetrieblich um Abhilfe zu bemühen. Dies ergibt sich auch aus § 17 Abs. 2 Satz 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG). Der Arbeitnehmer kann sich gemäß § 84 BetrVG mit der Beschwerde an den Arbeitgeber wenden oder zunächst den Betriebsrat gemäß § 85 BetrVG einschalten. Etwas anderes gilt nur, wenn dem Arbeitnehmer die Verantwortung für die Sicherheit insoweit übertragen worden ist oder übergeordnete Rechtsgüter zu schützen sind bzw. wenn der Arbeitnehmer ein internes Vorgehen für aussichtslos halten durfte.

Hinweis

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wertete mit Urteil vom 21. Juli 2011 (Az.: 28274/08) die Bewertung der Kündigung zulasten einer Altenpflegerin wegen einer Strafanzeige gegen ihren Arbeitgeber durch die deutschen Gerichte als Verstoß gegen die Meinungsfreiheit gemäß Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Zwar könne nach der Rechtsprechung der deutschen Gerichte eine Strafanzeige gegen den Arbeitgeber eine Kündigung rechtfertigen. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn sie eine erhebliche Verletzung der Loyalitätspflicht darstelle. Nach Ansicht des EGMR hätten die deutschen Gerichte keinen angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen durchgeführt. Die Interessen des Unternehmens am Schutz seiner Geschäftsinteressen seien zwar durch die Anzeige beeinträchtigt worden. Jedoch überwiegt nach Auffassung des EGMR in diesem Fall das öffentliche Interesse an Informationen über Mängel in der

institutionellen Altenpflege eines staatlichen Unternehmens, nachdem die Missstände von der Pflegerin mehrfach intern angesprochen worden waren.

3.2.5 Störungen der betrieblichen Ordnung

Störungen der betrieblichen Ordnung stellen eine weitere Fallgruppe der verhaltensbedingten Kündigungsgründe dar. Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich verpflichtet, private Konflikte nicht in den Betrieb zu tragen, um damit nicht die Effizienz der betrieblichen Funktionsabläufe zu stören. Weiterhin muss er sich im Betrieb so verhalten, dass persönliche Konflikte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie zwischen den Arbeitnehmern untereinander soweit wie möglich vermieden werden. Die nachfolgenden Beispiele können eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn der Produktionsablauf des Betriebs oder das geordnete Zusammenleben der Betriebsgemeinschaft gestört bzw. beeinträchtigt ist (Störung des Betriebsfriedens). Ein Kündigungsgrund kann auch in bewusst illoyalem Verhalten liegen (BAG Urteil vom 01. Juni 2017, 6 AZR 720/15).

3.2.5.1 Verstoß gegen Alkohol- bzw. Rauchverbot

Grundlage für ein Alkoholverbot ist häufig bereits die vertragliche Nebenpflicht, sich so zu verhalten, dass das betriebliche Zusammenleben nicht gestört wird. Steht der Konsum von Alkohol der ordnungsgemäßen Erbringung der Arbeitsleistung entgegen, folgt ein Alkoholverbot aus der vertraglichen Arbeitspflicht. Daneben kann sich die Anordnung eines Alkoholverbots ausdrücklich aus dem Arbeitsvertrag, einer Betriebsvereinbarung, einem Tarifvertrag oder einer Unfallverhütungsvorschrift ergeben.

Ob im Einzelfall eine Kündigung ausgesprochen werden kann, hängt auch von den konkreten betrieblichen Gegebenheiten und den Üblichkeiten des jeweiligen Berufszweigs ab. Von besonderem Gewicht ist die Pflichtverletzung, wenn die Gesundheit anderer Personen oder das Eigentum des Arbeitgebers gefährdet wurden.

Ist der Arbeitnehmer alkoholkrank, beruht sein Alkoholkonsum auf einem Suchtverhalten. Dies kann einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen.

Ein einheitliches gesetzliches Rauchverbot existiert nicht. Durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag kann jedoch ein weitgehendes Verbot während der Arbeitszeit oder des Aufenthaltes im Betrieb eingeführt werden. Daneben können auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, insbesondere Arbeitsschutzvorschriften, ein Rauchverbot enthalten. Darüber hinaus sind das Bundesnichtraucherschutzgesetz für Einrichtungen des Bundes und öffentliche Verkehrsmittel sowie die Regelungen der §§ 3a und 5 ArbStättV (Verordnung über Arbeitsstätten) zu beachten. Nach der Rechtsprechung ist es z. B. zulässig, ein Rauchverbot auf sämtliche geschlossene Räume zu erstrecken, um die Nichtraucher auf dem gesamten Betriebsgelände zu schützen, sofern den Rauchern auf dem Freigelände eine Rauchmöglichkeit verbleibt. Der Arbeitgeber ist zudem berechtigt, ein einseitiges Rauchverbot aufgrund seines Weisungsrechts für den Betrieb, den Arbeitsplatz oder

bestimmte Betriebsbereiche dann zu erlassen, wenn es in engem Zusammenhang mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers steht, etwa bei Brand- und Explosionsgefahr, bei der Notwendigkeit eines kontinuierlichen Arbeitsablaufs, der durch das Rauchen unterbrochen werden würde oder bei Gefahr von Verunreinigungen des Arbeitsprodukts (z. B. Lebensmittel- oder Chipherstellung).

Verstößt der Arbeitnehmer gegen ein wirksam bestehendes Rauchverbot, kann dies eine Kündigung rechtfertigen. Die Pflichtverletzung wiegt besonders schwer, wenn die Sicherheit des Betriebes beeinträchtigt wurde und damit eine Gefahr für die Gesundheit anderer Personen oder das Eigentum des Arbeitgebers verbunden ist.

3.2.5.2 Sexuelle Belästigung

Sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz stören die betriebliche Ordnung und verletzen damit arbeitsvertragliche Pflichten, wie sich auch aus § 7 Abs. 3 AGG entnehmen lässt. Für den Begriff der sexuellen Belästigung ist § 3 Abs. 4 AGG heranzuziehen. Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist hiernach jedes unerwünschte sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Dazu gehören sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, sowie sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden. Die Ablehnung muss nach außen in Erscheinung getreten sein.

Dies gilt selbst dann, wenn die Handlung nicht sexuell motiviert ist, weil es nicht auf die subjektive Wahrnehmung des Handelnden ankommt (näher BAG, Urteil vom 29. Juni 2017; 2 AZR 302/16). Insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird, stellt dies ein Indiz für eine die Würde verletzende Verhaltensweise dar. Zu Einzelheiten siehe auch BAG, Urteil vom 20. November 2014; 2 AZR 651/13.

3.2.5.3 Mobbing

Bei Mobbing handelt es sich um das systematische Anfeinden, Schikanieren oder Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte. Das Bundesarbeitsgericht orientiert sich insoweit an den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, denn inhaltlich entspricht Mobbing dem Begriff der „Belästigung“ in § 3 Abs. 3 AGG, wobei (ggf.) nur das Vorliegen eines verpönten Diskriminierungsmerkmals nach § 1 AGG (z. B. die Rasse oder das Geschlecht) fehlt. Danach ist es eine Belästigung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Ein Umfeld wird allerdings nicht durch ein einmaliges, sondern grundsätzlich erst durch ein fortdauerndes Verhalten geschaffen. Damit sind alle Handlungen bzw. Verhaltensweisen, die dem

systematischen Prozess der Schaffung eines bestimmten Umfeldes zuzuordnen sind, in die Betrachtung mit einzubeziehen.

Wer einen Arbeitskollegen mobbt oder andere dazu auffordert, stört den Betriebsfrieden, weil er das friedliche Zusammenarbeiten der Arbeitnehmer untereinander nachhaltig beeinträchtigt. Die Handlungspflichten des Arbeitgebers ergeben sich wiederum aus § 12 AGG analog. Der Arbeitgeber kann und muss gegen den Schädiger vorgehen und arbeitsrechtliche Maßnahmen ergreifen, z. B. in Form einer verhaltensbedingten Kündigung.

3.2.5.4 Beleidigungen, Tätlichkeiten, Denunziationen

Eine Beleidigung ist der bewusste Ausdruck von Missachtung oder Nichtachtung gegenüber einer Person. Kündigungsrelevant ist sie, wenn sie gegenüber dem Arbeitgeber, einem Vorgesetzten, Betriebsratsmitgliedern, Kollegen oder Kunden erfolgt. Sie rechtfertigt die Kündigung insbesondere, wenn eine von gegenseitiger Achtung getragene Zusammenarbeit nicht mehr möglich und damit die betriebliche Ordnung gestört ist. Beispielsweise ist dies der Fall, wenn Arbeitskollegen beleidigt werden und diese sich weigern, mit dem Arbeitnehmer weiterhin zusammenzuarbeiten. Im Rahmen der Interessenabwägung für eine Kündigung sind der „betriebs- bzw. branchenübliche“ Umgangston sowie der Bildungsgrad des Arbeitnehmers und sein psychischer Zustand zu berücksichtigen. Daneben sind der Ort und der Zeitpunkt des Geschehens, die Gesprächssituation sowie der Aspekt einzubeziehen, ob der Arbeitnehmer zu seiner Äußerung provoziert worden ist.

Ehrverletzende Äußerungen, die in der sicheren Erwartung gemacht werden, dass sie über den Kreis der Gesprächsteilnehmer nicht hinausdringen, sollen allerdings nach der Rechtsprechung des BAG für eine Kündigung nicht ausreichen.

Teilt jedoch ein Arbeitnehmer abfällige private Äußerungen eines Arbeitskollegen über den Arbeitgeber oder Vorgesetzte dem Arbeitgeber mit, so kann unter Umständen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines „Denunzianten“ gerechtfertigt sein. Diese kommt in Betracht, wenn sich die Arbeitskollegen weigern, weiter mit ihm zusammenzuarbeiten und dadurch der Betriebsfrieden beeinträchtigt ist. Zu beachten ist hierbei, dass sich aufgrund der Treuepflicht aber sogar die Verpflichtung des Arbeitnehmers ergeben kann, dass dieser Vertragsverletzungen seiner Arbeitskollegen dem Arbeitgeber anzeigen muss.

Tätlichkeiten gegen den Arbeitgeber oder Vorgesetzten stören das geordnete Zusammenleben der Betriebsgemeinschaft in erheblichem Maße und können ebenso eine verhaltensbedingte Kündigung nach sich ziehen. Wenn auch der Arbeitgeber Tätlichkeiten begangen hat, kann eine andere Beurteilung gerechtfertigt sein. Bei Tätlichkeiten von Arbeitnehmern untereinander kann regelmäßig gegenüber dem Angreifer eine Kündigung ausgesprochen werden.

3.2.5.5 Politische Betätigung im Betrieb

Wenn das Arbeitsverhältnis durch die politische Betätigung des Arbeitnehmers konkret beeinträchtigt wird, kann eine Kündigung in Betracht kommen.

Politische Gespräche und Betätigungen sind, soweit der Arbeitnehmer nicht die eigene Arbeitspflicht verletzt, grundsätzlich zulässig. Allerdings hat der Arbeitnehmer alle politischen Meinungsäußerungen zu unterlassen, die den übrigen Mitarbeitern die Erfüllung ihrer Arbeitspflicht erschweren oder unmöglich machen.

Die parteipolitische Betätigung darf auch die Geschäftsbeziehungen des Arbeitgebers nicht stören, so dass etwa parteipolitische Äußerungen gegenüber Kunden und Lieferanten unzulässig sein können, wenn sie provozieren oder den falschen Eindruck erwecken, der Arbeitgeber identifiziere sich mit der Meinung (z. B. Abstellen von Privatwagen mit Parteipostern auf dem Firmenparkplatz, der allgemein eingesehen werden kann).

Beim Tragen von Zeichen und Aufschriften im Betrieb (Meinungsplaketten, Buttons, Sticker, Nadeln, Aufkleber u. ä.) ist in erster Linie die Aufschrift entscheidend. Solange der Träger sich darauf beschränkt, seine Meinung kundzutun, ist seine Rücksichtnahmepflicht nicht berührt. Drückt die Aufschrift keine bestimmte Meinung aus, ist gegen das Tragen nichts einzuwenden, es sei denn der Arbeitgeber hat im Interesse eines einheitlichen Erscheinungsbildes gleichartige Arbeitskleidung vorgeschrieben. Die Grenze der Unzulässigkeit ist dort erreicht, wo der Arbeitnehmer durch die Aufschrift nicht nur seine eigene Meinung verkündet, sondern darüber hinaus auf Mitarbeiter, Kunden oder Lieferanten des Arbeitgebers einwirkt und dadurch eine Belastung des Betriebsfriedens auslöst. Beispielsweise hat es dem BAG in dem Fall „Anti-Strauß-Plakette“ für die Bejahung einer Provokation genügt, dass andere, insbesondere Vorgesetzte, Anstoß nehmen und die Entfernung der Aufschrift (Plakette) verlangen.

Hinweis

Die Inanspruchnahme von Arbeitszeit für die Ausübung politischer Mandate ist innerhalb bestimmter rechtlicher Grenzen zulässig. Beim Überschreiten dieser Grenzen kann der Arbeitgeber hierauf mit einer Kündigung reagieren (zu Einzelheiten siehe Info Recht *Wahlen und Arbeitsrecht*).

3.2.5.6 Arbeitskampf

Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik stellt keine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers dar und kann daher nicht zu einer Kündigung führen.

Allerdings kann die Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik unter Umständen eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn sich der Arbeitnehmer der Rechtswidrigkeit bewusst war. Wird ein Streik von einer Gewerkschaft getragen, darf der Arbeitnehmer

regelmäßig darauf vertrauen, dass er rechtmäßig ist. Ob im Einzelfall eine Kündigung erfolgen kann, hängt von der Interessenabwägung ab. Zu berücksichtigen ist hierbei insbesondere, ob der Arbeitgeber auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen hat oder die Rechtswidrigkeit aufgrund anderer Umstände leicht erkennbar war. Eine Rolle spielt weiterhin der Umfang der Streikbeteiligung des Arbeitnehmers. Eine Kündigung kommt beispielsweise in Betracht, wenn der Arbeitnehmer bereits einen Arbeitskampf organisiert, obwohl Arbeitgeberverband und Gewerkschaft noch über z. B. die erstrebte Lohnerhöhung verhandeln („wilder Streik“).

3.2.5.7 Betriebsratsstätigkeit

Soweit einem Betriebsratsmitglied allein die Verletzung von Amtspflichten vorgehalten wird, ist die Kündigung unzulässig. Für solche Fälle sieht das Gesetz ein Ausschlussverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG vor.

Zudem können die Arbeitsverhältnisse von Betriebsratsmitgliedern gemäß § 15 KSchG nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Eine außerordentliche Kündigung kommt in Betracht, wenn zugleich eine schwere Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten vorliegt, so z. B. bei nachhaltiger Verletzung der Arbeitspflicht (zu beachten ist auch die Abmeldepflicht von Betriebsratsmitgliedern gegenüber dem Arbeitgeber vor der Ausübung von Betriebsratsstätigkeit) oder aggressiver parteipolitischer Betätigung, die zu Betriebsablaufstörungen führt. Bei der Kündigung der Arbeitsverhältnisse von Betriebsratsmitgliedern gilt ferner § 103 BetrVG, nach dem die außerordentliche Kündigung zulasten dieser Personen nur mit Zustimmung des Betriebsrats bzw. nach Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht möglich ist.

3.2.6 Relevantes außerbetriebliches Verhalten

Schließlich kann unter Umständen auch ein außerbetriebliches Verhalten des Arbeitnehmers als ein kündigungsrelevantes Verhalten angesehen werden.

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer jedoch in seiner privaten Lebensführung frei. Die Freiheit endet allerdings dort, wo sich sein privates Verhalten nachhaltig negativ auf die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag auswirkt und / oder im betrieblichen Bereich zu Störungen führt.

Dies ist beispielsweise der Fall bei unzureichender Arbeitsleistung nach einer durchzechten Nacht. Das BAG hat in einem anderen Fall durch den in der Freizeit begangenen Ladendiebstahl einer Arbeitnehmerin bei der Konzernschwester ihres Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis deshalb konkret beeinträchtigt gesehen, weil ihr für Wareneinkäufe in dem bestohlenen Unternehmen ein Personalrabatt eingeräumt war.

Die politische Betätigung eines Arbeitnehmers im außerdienstlichen Bereich rechtfertigt eine verhaltensbedingte Kündigung nur dann, wenn dadurch das Arbeitsverhältnis im

Leistungsbereich, im Bereich der Verbundenheit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, im Vertrauensbereich oder im betrieblichen Aufgabenbereich konkret beeinträchtigt wird.

3.2.7 Exkurs: Tendenzunternehmen und Tendenzbetriebe, Religionsgemeinschaften

In Tendenzbetrieben und Tendenzunternehmen sowie in Religionsgemeinschaften gelten besondere Maßstäbe für das betriebliche und außerbetriebliche Verhalten der Arbeitnehmer.

Tendenzbetriebe sind Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen; § 118 Abs. 1 BetrVG. Kündigungrechtlich können dazu auch solche zählen, die nur mittelbar die Tendenz eines Unternehmens oder Betriebes unterstützen (z. B. Druckerei eines Unternehmens).

Es ist zwischen den Tendenzträgern und anderen Arbeitnehmern zu unterscheiden. Tendenzträger sind solche Arbeitnehmer, deren Tätigkeitsbereich so gestaltet ist, dass sie innerhalb des ihnen vorgegebenen Rahmens sowohl tendenzfördernd als auch tendenzschädlich tätig werden können.

Bei Tendenzunternehmen und Tendenzbetrieben kann eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt sein, wenn der Tendenzträger nachhaltig den tendenzbezogenen Zwecken in einer Weise zuwiderhandelt, die die betrieblichen Interessen berührt. Auch außerdienstlichen Verhaltensweisen, die mit der Tendenz des Arbeitgebers nicht übereinstimmen, können zur Kündigung führen. Beispiele aus der Rechtsprechung sind etwa die ordentliche Kündigung eines Gewerkschaftssekretärs, der Mitglied des KBW (Kommunistischer Bund Westdeutschland) war und für dessen Ziele eintrat, oder die Kündigung eines Zeitungsredakteurs, der innerhalb oder auch außerhalb seines Dienstes Äußerungen tätigte, durch die die publizistische Grundhaltung und Glaubwürdigkeit des Zeitungsunternehmens in Frage gestellt wird.

Von den Tendenzunternehmen und Tendenzbetrieben zu unterscheiden sind die Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen, mithin deren Sonderstellung gem. § 118 Abs. 2 BetrVG. Die Arbeitsgerichte haben im kündigungrechtlichen Streitfall die vorgegebenen kirchlichen Maßstäbe für die Bewertung vertraglicher Loyalitätspflichten zugrunde zu legen (kirchliches Selbstbestimmungsrecht). Eine eigene Bewertung des Loyalitätsverstößes ist den Arbeitsgerichten abgeschnitten. Verhaltensbedingte Kündigungen sind aber auch bei Religionsgemeinschaften möglich. So wurde von der Rechtsprechung z. B. die Wirksamkeit einer Kündigung bejaht bei dem Kirchenaustritt einer Sozialpädagogin in einer Einrichtung der evangelischen Kirche und bei der aktiven Werbung für eine andere Glaubensgemeinschaft durch eine Kindergärtnerin in einem evangelischen Kindergarten.

3.3 Prognoseprinzip

Für die verhaltensbedingte Kündigung gilt das Prognoseprinzip. Der Zweck der Kündigung ist nicht eine Sanktionierung des Arbeitnehmers für eine vergangene Vertragspflichtverletzung, sondern die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen in der Zukunft (Prognose des Arbeitgebers). Die Pflichtverletzung muss sich deshalb noch in der Zukunft belastend für den Arbeitgeber auswirken (negative Prognose, vgl. BAG, Urteil vom 23. Juni 2009; 2 AZR 283/08).

Dies ist dann der Fall, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde auch zukünftig den Arbeitsvertrag nach einer erfolgten Kündigungsandrohung erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen, wodurch eine störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht zu erwarten ist.

Die negative Prognose kann z. B. mit der Begründung bejaht werden, dass aufgrund der bisherigen Vorfälle eine Wiederholungsgefahr besteht und / oder das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber irreparabel zerstört ist.

3.4 Verhältnismäßigkeit

Die verhaltensbedingte Kündigung muss zudem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, also erforderlich, geeignet und angemessen sein.

Erforderlich ist sie nur, wenn dem Arbeitgeber zur Verfolgung seiner zulässigen betrieblichen oder vertraglichen Interessen kein milderes Mittel zur Verfügung steht (ultima-ratio-Prinzip).

3.4.1 Abmahnung

Ein milderes Mittel im Verhältnis zur Kündigung ist die Abmahnung.

Hinweis

Ein Muster für die Abmahnung finden Sie im Anhang dieser Broschüre.

3.4.1.1 Grundsätze

Die Abmahnung ist der Ausdruck der Missbilligung eines Verhaltens unter der Androhung von Rechtsfolgen für die Zukunft, sofern das Verhalten nicht geändert wird.

Hinweis

Wird ein konkretes Fehlverhalten mit einer Abmahnung beanstandet, verzichtet der Arbeitgeber damit in aller Regel auf das Recht zur Kündigung aus den in ihr gerügten Gründen. Der Arbeitgeber bringt mit einer Abmahnung zum Ausdruck, dass er das Arbeitsverhältnis noch nicht als so gestört ansieht, als dass er es nicht mehr fortsetzen könnte. Zu Einzelheiten siehe BAG, Urteil vom 13. Mai 2015; 2 AZR 531/14.

Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut gleichartige vertragliche Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen. In diesem Fall kann eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein. Je nach den Umständen des Einzelfalles sind vor einer Kündigung eine oder mehrere weitere Abmahnungen erforderlich. Dies ist etwa der Fall, wenn das Fehlverhalten nicht besonders schwer wiegt oder der abgemahnte Verstoß bereits eine gewisse Zeit zurückliegt. Unter Umständen ist es in solchen Fällen erforderlich, die letzte Abmahnung vor der Kündigung eindringlicher zu gestalten (siehe hierzu Kapitel 3.4.1.3).

Zugleich dient die Abmahnung der Klarstellung, dass der Arbeitgeber bestimmte Pflichtverletzungen nicht hinnimmt. Ohne eine solche Rüge kann es – zumindest im Wiederholungsfall – zu einer Änderung des Vertragsinhalts kommen, so dass bestimmte Verhaltensweisen nicht mehr als Pflichtverletzung anzusehen wären.

Hinweis

Wie bei der Kündigungserklärung ist darauf zu achten, dass der Zugang des Abmahnungsinhalts bei dem Arbeitnehmer und der Zugangszeitpunkt nachgewiesen werden können müssen (siehe hierzu Kapitel 2.1).

Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung, dass der Arbeitnehmer Kenntnis vom Inhalt der Abmahnung genommen haben muss. Dies kann beispielsweise problematisch sein, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer nicht über ausreichende Sprachkenntnisse verfügt, oder wenn die Abmahnung zugeht, während der Arbeitnehmer in Urlaub, verreist oder anderweitig abwesend ist. Durfte der Arbeitgeber jedoch davon ausgehen, dass ein Arbeitnehmer sich von dem Inhalt der Abmahnung Kenntnis verschaffen wird, handelt ein Arbeitnehmer regelmäßig rechtsmissbräuchlich, wenn er sich dennoch auf eine fehlende Kenntnis beruft. Er muss sich dann so behandeln lassen, als habe er die Abmahnung tatsächlich zur Kenntnis genommen (näher hierzu siehe BAG, Versäumnisurteil vom 09. August 1984; 2 AZR 400/83).

3.4.1.2 Erforderlichkeit

Bei Pflichtverletzungen im Verhaltens- und Leistungsbereich ist eine vergebliche Abmahnung regelmäßig erforderlich, bevor bei Wiederholung eines gleichartigen Fehlverhaltens eine Kündigung erfolgen kann. Bei Pflichtverletzungen im Vertrauensbereich ist eine Abmahnung notwendig, wenn eine Wiederherstellung des Vertrauens durch die Abmahnung erwartet werden kann. Mit einer Wiederherstellung des Vertrauens durch die Abmahnung ist insbesondere zu rechnen, wenn der Arbeitnehmer annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Verhalten angesehen.

Ausnahmsweise bedarf es nach der Rechtsprechung einer Abmahnung dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann (z. B. der Arbeitnehmer offensichtlich nicht willens oder fähig ist, sich zu ändern; hartnäckige Weigerung). Sie ist weiterhin nicht erforderlich, wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 23. Juni 2009; 2 AZR 283/08).

Hinweis

Im Fall „Emmely“ hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 10. Juni 2010 (Az.: 2 AZR 541/09) entschieden, dass diese Grundsätze uneingeschränkt selbst bei Störungen im Vertrauensbereich durch Straftaten gegen das Vermögen oder das Eigentum des Arbeitgebers gelten. Stets sei konkret zu prüfen, ob nicht objektiv die Prognose berechtigt ist, der Arbeitnehmer werde sich jedenfalls nach einer Abmahnung künftig wieder vertragstreu verhalten. Dabei spielten auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit und ob es in diesem Zeitraum Anlass zu Beanstandungen gab eine Rolle. Im Emmely-Fall hat das Bundesarbeitsgericht eine Abmahnung für erforderlich gehalten.

3.4.1.3 Inhaltliche und formelle Anforderungen

Die Abmahnung ist grundsätzlich nicht an eine bestimmte Form gebunden. Sie kann daher auch mündlich ausgesprochen werden, es sei denn, es wurde z. B. durch Tarifvertrag etwas anderes vereinbart. Aus Beweisgründen sollte die Abmahnung allerdings stets schriftlich erteilt und eine Empfangsbestätigung eingefordert werden. Es ist zu empfehlen, die Abmahnung ausdrücklich als solche zu bezeichnen.

Inhaltlich muss der Betroffene der Abmahnung zweifelsfrei entnehmen können, was ihm vorgeworfen wird. Das Fehlverhalten muss genau bezeichnet werden, d. h. es muss eindeutig sein „Was wurde wann, wo, wie und gegenüber wem getan oder unterlassen“. Die gerügten Vorfälle müssen einzeln konkret mit Datum und gegebenenfalls Uhrzeit geschildert werden. Schlagworte wie „Störung des Betriebsfriedens“, „Unzuverlässigkeit“, „mangelnde Arbeitsbereitschaft“ reichen nicht aus (Hinweis- bzw. Rügefunktion der

Abmahnung). Auch ist es nicht ausreichend, dass auf den Inhalt eines etwaigen Personalgesprächs verwiesen oder gar nur der Hinweis aufgenommen wird, die Pflichtverletzung sei dem Arbeitnehmer bekannt.

Bei mehreren Pflichtverletzungen sind stets getrennte Abmahnungen zu erteilen.

Hinweis

Wird das beanstandete Fehlverhalten falsch oder zu ungenau in der Abmahnung dargestellt, führt dies zur Unwirksamkeit der Abmahnung. Insofern ist es in der Regel empfehlenswert, den Arbeitnehmer vor deren Ausspruch anzuhören. Dabei sollte er zudem danach befragt werden, ob etwaige Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe für das Fehlverhalten bestehen. Der Inhalt der Anhörung und die Einlassungen des Arbeitnehmers sollten dokumentiert werden.

Teilweise bestehen tarifvertragliche Vorschriften, die zwingend eine Anhörung des Arbeitnehmers vorsehen, bevor dieser abgemahnt wird.

Daneben ist die Darstellung erforderlich, welches Verhalten vom Arbeitnehmer als vertragsgemäß erwartet wurde. Dabei kann zur Präzisierung ergänzend z. B. auf Regelungen im Arbeitsvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung verwiesen werden. Der Arbeitnehmer muss der Abmahnung entnehmen können, wie er sich in Zukunft verhalten soll.

Der Arbeitgeber muss des Weiteren den Betroffenen deutlich und ernsthaft ermahnen, ihn auffordern, ein genau bezeichnetes Fehlverhalten zu ändern bzw. aufzugeben (Ermahnungsfunktion der Abmahnung).

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber für den Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen, bis hin zur Kündigung, androhen. Er muss dem Arbeitnehmer also klarmachen, welche Sanktionen ihm drohen, wenn er sich nicht entsprechend verhält bzw. dass bei wiederholten Vertragsverstößen Inhalt und Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdet sind (Warnfunktion der Abmahnung).

Abmahnungsberechtigt ist jeder, der dem Betroffenen gegenüber weisungsbefugt ist. Diese kann neben dem Dienstvorgesetzten auch der unmittelbare Fachvorgesetzte sein. Auch der vom Arbeitgeber hierzu bevollmächtigte Rechtsanwalt ist abmahnungsberechtigt. Kündigungsbefugnis ist dagegen nicht erforderlich.

Es besteht keine Verpflichtung, den Betriebsrat vor Erteilung einer Abmahnung anzuhören oder zu unterrichten. Dieser kann daher – solange keine auf die Abmahnung gestützte Kündigung ausgesprochen wird – nach § 80 BetrVG weder verlangen, dass ihm eine Durchschrift, noch dass ihm eine Kopie der Abmahnung ausgehändigt wird. Demgegenüber ist der Arbeitgeber gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung vor einer Abmahnung zu unterrichten, sie anzuhören und ihr die Entscheidung mitzuteilen.

Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung

Es besteht keine sog. „Regelausschlussfrist“, innerhalb derer eine Abmahnung erklärt werden muss. Insbesondere müssen Pflichtverletzungen, die eine außerordentliche Kündigung begründen könnten, nicht innerhalb der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB abgemahnt werden. Die Abmahnung muss lediglich vor dem die spätere Kündigung verursachenden Fehlverhalten ausgesprochen worden sein, damit sie ihre Funktionen erfüllt hat und somit für die Beurteilung dieser Kündigung berücksichtigt werden kann. Auch bei Bagatellverstößen, die jeder für sich mangels Verhältnismäßigkeit keine Abmahnung rechtfertigen können und erst durch ständige Wiederholung das Gewicht eines abmahnungsfähigen Verhaltens gewinnen, ist die Abmahnung nicht an Zeitvorgaben gebunden.

Allerdings kann das Recht auf Abmahnung verwirkt sein, wenn der Arbeitnehmer sich nach einer Verfehlung längere Zeit vertragstreu verhalten hat (Zeitmoment) und aus den Umständen des Einzelfalls folgt, dass auf seine alten Verfehlungen nicht mehr zurückgegriffen werden darf (Umstandsmoment). Dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber durch sein Verhalten zu erkennen gibt, dass er die Angelegenheit „begraben“ hat und von seinem Abmahnungsrecht keinen Gebrauch machen will, oder wenn er z. B. den Arbeitnehmer befördert hat.

Das Recht aus der Abmahnung kann auch verwirkt sein, wenn sich der Mitarbeiter nach einer Abmahnung längere Zeit vertragstreu verhält oder der Arbeitgeber weitere Pflichtverletzungen unbeanstandet hinnimmt und der Arbeitnehmer sich deshalb auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses eingerichtet hat. Ist das Recht aus der Abmahnung verwirkt, bedarf eine verhaltensbedingte Kündigung einer erneuten vorangegangenen Abmahnung.

Allerdings erlischt das Recht zur Kündigung grundsätzlich nicht dadurch, dass der Arbeitgeber beim nächsten Fehlverhalten nach der Abmahnung noch keine Kündigung ausspricht. Zahlreiche Abmahnungen wegen gleichartiger Pflichtverletzungen können die Warnfunktion der Abmahnung jedoch abschwächen. Der Arbeitgeber muss dann die letzte Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung besonders eindringlich gestalten, um dem Arbeitnehmer klar zu machen, dass weitere derartige Pflichtverletzungen nunmehr zum Ausspruch einer Kündigung führen werden (näher hierzu BAG, Urteil vom 15. November 2001; 2 AZR 609/00).

Unter Umständen kann eine unwirksame Kündigung als Abmahnung zu werten sein. Ist die auf einen unstreitigen Sachverhalt gestützte Kündigung z. B. aus formellen Gründen unwirksam oder reichen die Vertragsverstöße für eine Kündigung nicht aus, stellt diese Kündigung zugleich eine Abmahnung dar. Nach der Rechtsprechung des BAG darf der Arbeitgeber daneben den Arbeitnehmer zur Klarstellung in diesen Fällen auch ausdrücklich mit den Kündigungsgründen abmahnen.

Schließlich ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer eine Gegendarstellung auch gegenüber der berechtigten Abmahnung zu den Personalakten geben kann. Für den mitbestimmten Betrieb folgt dies aus § 83 Abs. 2 BetrVG. Für alle anderen Betriebe folgt dies aus der vertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers.

3.4.1.4 Gleichartigkeit der Pflichtverletzung

Erst wenn der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Abmahnung ein erneutes Fehlverhalten an den Tag legt, das mit dem abgemahnten vergleichbar ist, kann gekündigt werden. Die Kündigung setzt also eine „einschlägige“ Abmahnung voraus. Die Pflichtverletzungen müssen dabei nicht identisch sein. Es ist ausreichend, wenn die Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen, Abmahnung und Kündigungsgründe somit in einem inneren Zusammenhang stehen.

Ein gleichartiger Pflichtverstoß liegt beispielsweise vor, wenn ein Arbeitnehmer seinen Anzeigepflichten bei Arbeitsunfähigkeit nicht nachkommt und anschließend nicht erscheint, wenn er während der Arbeitszeit zur Besprechung dieses Fehlverhaltens von seinem Vorgesetzten zu einem Gespräch einbestellt wird.

3.4.1.5 Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast sowohl für die formale als auch für die inhaltliche Richtigkeit der Abmahnung trägt der Arbeitgeber. Wenn der Arbeitnehmer im Prozess behauptet, er habe die seinerzeit in der Abmahnung genannte Vertragsverletzung nicht begangen, gibt es auch keine Beweislastumkehr. Bezüglich Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen gilt – wie für den Kündigungsgrund – eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast (siehe hierzu Kapitel 3.7).

3.4.2 Sonstige Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung

Soweit anderweitige, für den Arbeitnehmer weniger beeinträchtigende Möglichkeiten vorhanden sind, eine verhaltensbedingte Kündigung zu vermeiden, sind diese vorrangig. Auch die Möglichkeit der Beschäftigung auf einem anderweitigen Arbeitsplatz oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten (gegebenenfalls auch schlechteren) Bedingungen ist in Erwägung zu ziehen. So kann z. B. eine Kündigung vermeidbar sein, wenn bei Tätlichkeiten oder Beleidigungen gegen einen bestimmten Arbeitskollegen einer der Kontrahenten in eine andere Abteilung versetzt wird.

Hinweis

Vor einer Kündigung, die allein auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist, ist die Möglichkeit einer Änderungskündigung in Betracht zu ziehen. Eine Änderungskündigung ist eine Kündigung, verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen. Kann eine Änderung herbeigeführt werden, durch die sich das Fehlverhalten in Zukunft nicht mehr negativ im Arbeitsverhältnis auswirkt, ist eine Änderungskündigung vorrangig gegenüber einer reinen Beendigungskündigung (zu Einzelheiten siehe Info Recht *Die Änderungskündigung*).

3.5 Interessenabwägung / Einzelfallbetrachtung

Nach der Rechtsprechung des BAG berechtigt eine bestimmte Art von Pflichtverletzung nicht generell zum Ausspruch einer Kündigung. Ob eine Kündigung ausgesprochen werden darf, hängt hiernach von einer umfassenden Interessenabwägung ab. Eine Kündigung ist nur zulässig, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses überwiegt.

In dieser Einzelfallbetrachtung sind stets die Besonderheiten des entsprechenden Kündigungssachverhalts zu würdigen. Insbesondere folgende Umstände können zugunsten des Interesses des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers berücksichtigt werden:

- Art, Schwere und Häufigkeit der vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten,
- Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers,
- Lebensalter des Arbeitnehmers,
- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- Unterhaltungspflichten des Arbeitnehmers,
- Schwerbehinderung des Arbeitnehmers,
- Lage auf dem Arbeitsmarkt,
- früheres Verhalten des Arbeitnehmers, ein Mitverschulden des Arbeitgebers,
- betriebliche Auswirkungen / Störungen infolge der Vertragsverletzung,
- Schädigung des Ansehens des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit,
- Eintritt eines Vermögensschadens,
- Schutz der übrigen Belegschaft,
- Grad der Wiederholungsfahr sowie
- Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Betriebes oder des Unternehmens.

3.6 Kündigungsfrist, § 622 BGB

Die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung wird zwar mit ihrem Zugang wirksam, das Arbeitsverhältnis beendet sie aber erst mit Ablauf der Kündigungsfrist. Daher sollte vor Ausspruch der Kündigung ermittelt werden, welche Frist bei der Kündigung beachtet werden muss und zu welchem Endtermin diese ausgesprochen werden darf. Die gesetzlichen Kündigungsfristen sind in § 622 BGB geregelt. Die Länge der Kündigungsfrist hängt dabei vom bisherigen rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ab.

Abweichungen von den gesetzlichen Kündigungsfristen sind durch Tarifvertrag oder einzelvertragliche Vereinbarung möglich (§ 622 Abs. 4 - 6 BGB). Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch festgestellt, dass die Vereinbarung einer dreijährigen Kündigungsfrist, die sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber gelten soll, den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen kann und unwirksam ist (BAG, Urteil vom 26. Oktober 2017; 6 AZR 158/16).

Der Kündigungsadressat muss erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Deshalb muss sich zunächst aus der Kündigungserklärung oder den Umständen ergeben, ob eine fristgemäße oder eine fristlose Kündigung gewollt ist. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt für eine ausreichende Bestimmtheit regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist. Eine Kündigung „zum nächstmöglichen Termin“ wird von der Rechtsprechung jedenfalls dann als ausreichend erachtet, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Siehe hierzu BAG, Urteil vom 20. Januar 2016, 6 AZR 782/14.

Wird eine Kündigung zu einem konkret angegebenen Zeitpunkt erklärt, kann dies zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, wenn sich dieser als nicht mit den maßgeblichen Kündigungsfristen vereinbar herausstellt. In diesem Fall kann wegen des Bestimmtheitsgebots nicht ohne weiteres angenommen werden, dass eine Kündigung mit der einschlägigen Kündigungsfrist erfolgen sollte (zur Auslegung einer ordentlichen Kündigung hinsichtlich des Kündigungszeitpunkts siehe BAG, Urteil vom 15. Mai 2013; 5 AZR 130/12).

Hinweis

Es empfiehlt sich daher in der Regel, Kündigungen nicht nur zu einem bestimmten Endtermin auszusprechen, sondern die Kündigung so zu formulieren, dass sie hinsichtlich des Kündigungstermins der Auslegung zugänglich ist. Denkbar wäre z. B. folgende Formulierung:

„Hiermit kündigen wir das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der einschlägigen Kündigungsfrist zum [...], hilfsweise zum nächst zulässigen Zeitpunkt.“

Bereitet es im Einzelfall besondere rechtliche Schwierigkeiten festzustellen, aus welcher rechtlichen Grundlage die Kündigungsfrist zu entnehmen ist, ist es erforderlich, diese in der Kündigungserklärung anzugeben.

3.7 Darlegungs- und Beweislast

Bei der verhaltensbedingten Kündigung ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet insbesondere für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG) einschließlich der für die Interessenabwägung maßgeblichen Umstände. Die Umstände einer Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten sind dabei im Einzelnen darzulegen und – falls der Arbeitnehmer diese bestreitet – unter Beweis zu stellen. Pauschale Erklärungen und Tatsachenwertungen, wie z. B. „grobe Beleidigung“, „schludrige Arbeitsweise“, „häufiges Zuspät-Kommen“, „ständige Störung des Betriebsfriedens“ sind nicht ausreichend.

Eine gewisse Beweiserleichterung erkennt die Rechtsprechung an, wenn der Arbeitgeber außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs steht, während der Arbeitnehmer aufgrund seiner Sachnähe die wesentlichen Tatsachen kennt. In einer solchen Situation kann der Arbeitnehmer gehalten sein, dem Arbeitgeber durch nähere Angaben weiteren Sachvortrag zu ermöglichen. Auf diese Weise soll der kündigende Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, weitere Nachforschungen anzustellen und sodann substantiiert zum Kündigungsgrund vorzutragen und ggf. Beweis anzutreten zu können. Siehe hierzu BAG, Urteil vom 16. Juli 2015; 2 AZR 85/15.

Der Arbeitgeber darf heimliche Videoaufnahmen prozessual nur verwerten, wenn ein konkreter Verdacht einer Straftat oder schweren Pflichtverletzung besteht, keine mildereren Mittel zur Aufklärung ersichtlich sind und damit die heimliche Videoüberwachung gleichsam das einzig verbliebene Aufklärungsmittel ist und insgesamt keine Unverhältnismäßigkeit gegeben ist (BAG, Urteil vom 20. Oktober 2016; 2 AZR 395/15). Gleiches gilt beim Einsatz von Keylogger-Software zur Überwachung der Tastenanschläge auf dem Computer des Arbeitnehmers (siehe BAG, Urteil vom 27. Juli 2017; 2 AZR 681/16).

Der Arbeitgeber hat im Prozess auch die einer vorangegangenen Abmahnung zu Grunde liegende Pflichtverletzung sowie die Abmahnung selbst nach Art, Zeit und Ort darzulegen und im Falle des Bestreitens durch den Arbeitnehmer zu beweisen.

Er muss jedoch nicht von sich aus jeden erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund vorsorglich ausschließen. Vielmehr kann er sich nach dem Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zunächst darauf beschränken, einen Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten darzulegen.

Will der Arbeitnehmer demgegenüber einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund geltend machen, so muss er diesen substantiiert, d. h. unter Angabe aller maßgeblichen Tatsachen, vortragen. Beruft sich z. B. ein Arbeitnehmer, welcher der Arbeit ferngeblieben ist und keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beigebracht hat, darauf, er sei arbeitsunfähig gewesen, hat er deshalb im Einzelnen darzulegen, woran er erkrankt war und weshalb er nicht arbeiten konnte. Ist der Arbeitnehmer seiner Darlegungspflicht nachgekommen, so hat der Arbeitgeber nun seinerseits die Umstände, welche die Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe ausschließen sollen, im Einzelnen vorzutragen und im Bestreitensfall unter Beweis zu stellen.

Speziell für die Kündigung wegen verschuldeter Minderleistung gilt im Prozess folgendes: Kennt der Arbeitgeber lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er im Kündigungsschutzprozess seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Dann ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, z. B. darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Trägt der Arbeitnehmer derartige Umstände nicht vor, gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden.

4 Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung

Zweistufige Prüfung des wichtigen Grundes, Kündigungserklärungsfrist

Das Verhalten eines Arbeitnehmers kann auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann jeder Vertragspartner das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt dabei vor, wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Frist für eine ordentliche Kündigung oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist. Der Arbeitgeber hat dabei insbesondere zu prüfen, ob nicht „mildere Mittel“ wie der Ausspruch einer Abmahnung oder ordentlichen Kündigung geeignet sind, das Risiko künftiger Störungen zu vermeiden (vgl. BAG, Urteil vom 26. März 2015; 2 AZR 517/14).

Liegen die rechtlichen Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung vor, kann der Arbeitgeber regelmäßig eine fristlose Kündigung aussprechen. Ausnahmsweise ist es auch denkbar, eine außerordentliche Kündigung unter Gewährung einer Auslaufrfrist auszusprechen. Dies kommt nach der Rechtsprechung etwa aus sozialen Erwägungen in Betracht oder wenn eine Ersatzkraft fehlt. (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015; 2 AZR 531/14). Da ein solches Vorgehen jedoch mit rechtlichen Risiken verbunden ist, sollte von dieser Möglichkeit nur im Ausnahmefall Gebrauch gemacht werden.

Hinweis

Die Rechtsprechung legt bei der Prüfung, ob im Einzelfall ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt, einen sehr strengen Maßstab an. Insofern ist es in der Regel empfehlenswert, hilfsweise eine ordentliche Kündigung auszusprechen – soweit eine solche nicht rechtlich ausgeschlossen ist.

Die gerichtliche Überprüfung einer außerordentlichen Kündigung erfolgt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in zwei Stufen:

- Vorliegen eines „an sich“ wichtigen Grundes
- Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und bei umfassender Abwägung der Interessen beider Arbeitsvertragsparteien

Grundsätzlich muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Kündigungsgrund nicht mitteilen (Besonderheiten gelten jedoch beispielsweise bei der Kündigung von Auszubildenden, § 22 Abs. 3 BBiG). Auf ein entsprechendes Verlangen des Arbeitnehmers hin muss der

Arbeitgeber ihm jedoch unverzüglich den Kündigungsgrund schriftlich mitteilen (§ 626 Abs. 2 Satz 3 BGB).

4.1 Wichtiger Grund „an sich“

Das Gesetz kennt keine „absoluten“ Kündigungsgründe (Gründe, bei deren Vorliegen unabhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Kündigung zulässig wäre). Nach der Rechtsprechung ist zunächst festzustellen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Für die verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung ist daher zu fragen, ob ein bestimmtes Verhalten „an sich geeignet ist“, eine außerordentliche Kündigung zu begründen. Die Pflichtverletzungen müssen dabei von einer gewissen Schwere sein und das Fehlverhalten des Arbeitnehmers auf das Arbeitsverhältnis konkrete nachteilige Auswirkungen haben.

Die in Abschnitt 3.2 genannten verhaltensbedingten Kündigungsgründe können größtenteils auch „an sich“ wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung darstellen.

Fall „Emmely“

Herausgegriffen sei hier der vom Bundesarbeitsgericht entschiedene Fall „Emmely“ (BAG, Urteil vom 10. Juni 2010; 2 AZR 541/09). In diesem Urteil stellte das Bundesarbeitsgericht fest, dass zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers, – unabhängig vom Wert des Tatobjekts und der Höhe des eingetretenen Schadens – einen „an sich“ wichtigen Grund darstellen.

4.2 Wichtiger Grund im konkreten Einzelfall

Liegt ein „an sich“ wichtiger Grund vor, so setzt die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung in einem zweiten Schritt voraus, dass auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und bei Abwägung der Interessen beider Arbeitsvertragsparteien ein wichtiger Grund besteht. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses muss hiernach unzumutbar sein. Nach der Rechtsprechung kommt es hierfür nicht auf die Einschätzung des kündigenden Arbeitgebers an. Ob die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, wird „aus der Sicht eines objektiven und verständigen Betrachters unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls“ geprüft (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015; 2 AZR 531/14).

Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung

Zu den zu berücksichtigenden Interessen gehören auf Seiten des Arbeitgebers insbesondere:

- Art und Umfang der betrieblichen Störungen und Schäden,
- Generalpräventive Aspekte, wie z. B. Betriebsdisziplin etc.,
- Gefährdung anderer Arbeitnehmer oder Dritter,
- Beeinträchtigung des Ansehens des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit,
- Verschuldensgrad des Arbeitnehmers,
- Wiederholungsgefahr sowie
- die weiteren in Kapitel 3.5 aufgezählten Umstände.

Auf Seiten des Arbeitnehmers:

- Ursache des Vertragsverstoßes,
- Umfang des Verschuldens,
- vorangehend unbeanstandetes Verhalten,
- Lebensalter,
- Arbeitsmarktsituation,
- persönliche wirtschaftliche Folgen für den Arbeitnehmer sowie insbesondere
- Dauer der Betriebszugehörigkeit.

Im Rahmen dieser umfassenden Interessenabwägung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser führt dazu, dass nur eine ordentliche Kündigung erfolgen darf, wenn es dem Arbeitgeber zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis noch wenigstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses fortzuführen.

Hinweis

Im Fall „Emmely“ (BAG, Urteil vom 10. Juni 2010; 2 AZR 541/09) hat das Bundesarbeitsgericht die Einmaligkeit der Pflichtverletzung und die beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit der Klägerin von gut drei Jahrzehnten in besonderem Maße gewürdigt. Dabei hat es festgestellt, dass es für die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung von erheblicher Bedeutung sein kann, ob der Arbeitnehmer bereits geraume Zeit in einer Vertrauensstellung beschäftigt war, ohne vergleichbare Pflichtverletzungen begangen zu haben. Dies gelte auch bei Pflichtverstößen im unmittelbaren Vermögensbereich. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vertrauensvorschuss durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt werde.

Im Emmely-Fall kam das BAG zu dem Ergebnis, dass eine Abmahnung als milderes Mittel ausreichend gewesen wäre.

4.3 Kündigungserklärungsfrist

Die außerordentliche Kündigung hat gemäß § 626 Abs. 2 BGB innerhalb einer Frist von zwei Wochen zu erfolgen.

Hinweis

Für die Wahrung dieser Ausschlussfrist ist es nicht nur erforderlich, dass die Kündigung rechtzeitig ausgesprochen wird, sondern sie muss dem Kündigungsempfänger innerhalb dieser Frist zugehen. Für nähere Ausführungen zum Zugang siehe Gliederungspunkt 2.1.2.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen Kenntnis erlangt. Ist diese Frist versäumt worden, kann eine außerordentliche Kündigung nicht mehr wirksam ausgesprochen werden. Eine ordentliche Kündigung bleibt grundsätzlich möglich, allerdings darf der Arbeitgeber auch hiermit nicht so lange warten, bis der Arbeitnehmer unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Verwirkung vernünftigerweise nicht mehr mit einer Kündigung rechnen muss (vgl. hierzu BAG vom 15. August 2002; 2 AZR 514/01).

Die Ausschlussfrist beginnt, wenn ein Kündigungsberechtigter eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat. Nur ausnahmsweise muss sich der Arbeitgeber die Kenntnis anderer Personen zurechnen lassen. Eine Zurechnung findet nach der Rechtsprechung statt, wenn diese Personen eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb oder in der Verwaltung innehaben sowie tatsächlich und rechtlich in der Lage sind, den Sachverhalt so umfassend zu klären, dass mit ihrem Bericht an den Kündigungsberechtigten dieser ohne weitere Nachforschungen seine (Kündigungs-)Entscheidung abgewogen treffen kann. Weiterhin wird für die frühzeitige Wissenszurechnung verlangt, dass die Verspätung, mit der der Arbeitgeber in eigener Person Kenntnis erlangt hat, auf einer unsachgemäßen Organisation des Betriebs oder der Verwaltung beruht. Zu Einzelheiten siehe BAG, Urteil vom 16. Juli 2015; 2 AZR 85/15.

Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt. Dies gilt allerdings nur solange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen. Soll der Arbeitnehmer angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf grundsätzlich nicht mehr als eine Woche betragen und darf nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten werden. (Näher hierzu BAG, Urteil vom 20. März 2014; 2 AZR 1037/12). Zur Anhörungsnotwendigkeit bei Verdachtskündigungen siehe Kapitel 3.2.4.2.

Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung

Eine grobfahrlässige Unkenntnis ist der Kenntnis von Tatsachen im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB nicht gleichzusetzen. Der Kündigungsberechtigte muss über eine ausreichende Entscheidungsgrundlage verfügen. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände (BAG, Urteil vom 22. November 2012; 2 AZR 732/11).

Bei Dauertatbeständen (z. B. ständige Unpünktlichkeit oder ständiges unerlaubtes Fehlen am Arbeitsplatz) und bei Pflichtverletzungen, die zu einem Gesamtverhalten zusammengefasst werden können, beginnt die Ausschlussfrist mit dem letzten Vorfall, der ein Glied in der Kette von Ereignissen bildet, die zum Anlass für die außerordentliche Kündigung genommen werden.

Bei wiederholten Vorfällen (z. B. mehrmaliges unerlaubtes Überziehen von Urlaub) ist die Frist gewahrt, wenn sich der letzte Vorfall innerhalb von zwei Wochen vor der Kündigung ereignet hat.

Bei strafbaren Handlungen kann der Arbeitgeber den Ausgang des Strafverfahrens abwarten, ohne dass die Ausschlussfrist läuft, wenn eigene Ermittlungen nicht die für eine Kündigung erforderlichen sicheren Kenntnisse verschafft haben (ausführlich hierzu BAG, Urteil vom 05. Juni 2008; 2 AZR 25/07).

4.4 Anhörung des Betriebsrats und Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Sofern ein Betriebsrat im Unternehmen besteht, muss dieser so zeitig angehört werden, dass die Kündigung innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt werden kann. Der Betriebsrat hat dabei drei Tage Zeit, sich zu der Kündigung zu äußern (§ 102 Abs. 2 BetrVG). Die Äußerungsfrist des Betriebsrats muss daher im Rahmen der Frist für den Ausspruch der Kündigung immer einkalkuliert werden, da diese hierdurch nicht verlängert wird.

Ist hilfsweise der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung beabsichtigt, muss der Betriebsrat auch zu dieser angehört werden. Zu beachten ist hierbei, dass die Äußerungsfrist für den Betriebsrat für die ordentliche Kündigung eine Woche beträgt. Dies kann es erforderlich werden lassen, zunächst (fristgerecht) nach Abschluss der Anhörung des Betriebsrats eine außerordentliche Kündigung auszusprechen und nach Abschluss des Anhörungsverfahrens zu der hilfsweisen ordentlichen Kündigung diese zu einem späteren Zeitpunkt vorzunehmen.

Hinweis

Ausführliche Informationen sowie Musterformulare zur Anhörung des Betriebsrates finden Sie in der Info Recht *Betriebsratsbeteiligung nach § 102 BetrVG*.

Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung

Sämtliche Ausführungen gelten entsprechend für die zwingende Beteiligung einer bestehenden Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (s. Kapitel 2.4.) Bei der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten kann die Kündigungserklärung gemäß § 174 Abs. 5 SGB IX auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB abgegeben werden, wenn dies unverzüglich nach der Erteilung der auch in diesem Fall erforderlichen Zustimmung des Inklusionsamts erfolgt. Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass der Zustimmungsantrag beim Inklusionsamt binnen zwei Wochen nach Kenntniserlangung von den kündigungsrelevanten Tatsachen eingegangen ist.

4.5 Darlegungs- und Beweislast

Der Arbeitgeber ist insbesondere darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Damit hat er auch die für die Interessenabwägung entscheidenden Umstände vorzutragen und zu beweisen.

Vom Arbeitnehmer geltend gemachte Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe sind vom Kündigenden zu widerlegen. Insoweit greift zu seinen Gunsten eine gestufte Darlegungslast ein, d. h. er muss nicht von sich aus vorsorglich alle denkbaren Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe entkräften.

Ferner muss der Arbeitgeber die Umstände, aus denen sich die Wahrung der zweiwöchigen Frist für die Erklärung der Kündigung ergibt, darlegen und zu beweisen. Hierzu muss er insbesondere den Tag und die Art und Weise der Kenntniserlangung von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen mitteilen und im Bestreitensfall unter Beweis stellen.

Anhang

Muster Abmahnung

Sehr geehrte(r) Frau / Herr,

zu unserem Bedauern mussten wir feststellen, dass Sie Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten in schwerwiegender Weise verletzt haben. Ihr im Folgenden geschildertes Verhalten veranlasst uns, Sie auf die ordnungsgemäße Erfüllung Ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtungen hinzuweisen und Sie hiermit abzumahnern.

Am um Uhr haben Sie in Anwesenheit des folgende Pflichtverletzung begangen verletzt:

Anmerkung

Eine möglichst präzise Schilderung der arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung ist erforderlich; dies setzt regelmäßig auch Angaben zu Datum, Zeit, Ort und beteiligten Personen voraus. Bei verschiedenen Pflichtverletzungen empfiehlt es sich, mehrere getrennte Abmahnungen auszusprechen.

Ihr Verhalten stellt eine Verletzung Ihrer Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar.

Bei ordnungsgemäßem Verhalten hätten Sie stattdessen gemäß unserer Betriebsvereinbarung ... / Arbeitsvertrag vom ... / Tarifvertrag / Arbeitsordnung ... / Arbeitsanweisung des Vorgesetzten vom / sonstige gesetzliche Regelung

Anmerkung

Dem Arbeitnehmer muss vor Augen geführt werden, welches Verhalten von ihm als vertragsgemäß erwartet wird. Zur Präzisierung ist es regelmäßig empfehlenswert, die rechtliche Grundlage, aus der sich das vertragsgemäße Verhalten ergibt, möglichst genau zu bezeichnen.

Anhang

Wir sind nicht gewillt, Ihr oben dargestelltes Fehlverhalten hinzunehmen und erteilen Ihnen hiermit eine

Abmahnung.

Wir fordern Sie außerdem ausdrücklich auf, das oben dargestellte Verhalten sowie gleichartiges Verhalten zukünftig zu unterlassen und Ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß zu erfüllen.

Sollten Sie dieser Aufforderung nicht Folge leisten, müssen Sie im Wiederholungsfall mit weiteren arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zu einer Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses rechnen.

Mit freundlichen Grüßen

.....

Ort, Datum, Unterschrift des Arbeitgebers

Empfangsbestätigung des Arbeitnehmers

Ich habe die Abmahnung vom erhalten und habe den Inhalt zur Kenntnis genommen.

.....

Ort, Datum, Unterschrift des Arbeitnehmers

Quelle: vbw

Ansprechpartner / Impressum

Kristina Fink

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-234

Telefax 089-551 78-233

kristina.fink@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw

Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

© vbw Februar 2020