

Marc Repey

Potsdam, 28. März 2000

Sommersemester 2000

Arbeitsrechtliches Seminar

Prof. Dr. Detlev W. Belling, M.C.L.

Rechtsanwältin Dr. Marion Bernhardt

„Die verhaltensbedingte Kündigung“

Marc Repey

Gliederung

Literaturverzeichnis	IV
A Allgemeines	1
I. Einleitung	1
II. Abgrenzung zur betriebs- und personenbedingten Kündigung	1
1. Betriebsbedingte Kündigung	1
2. Personenbedingte Kündigung	2
3. Verhaltensbedingte Kündigung	2
III. Begriff der verhaltensbedingten Kündigung und seine Konkretisierung	2
1. Definition der Rechtsprechung	3
2. Kritik an der Rechtsprechung	3
3. Konkretisierung durch absolute Kündigungsgründe?	4
4. Konkretisierung durch Fallgruppen	5
a) Vertragsverletzungen im Leistungsbereich	6
b) Verletzung von Auskunftspflichten bei Einstellungsverhandlungen	6
c) Verletzung (außer)betrieblicher Verhaltenspflichten („betriebliche Ordnung“)	6
d) Störungen im persönlichen Vertrauensbereich	6
e) Verletzung vertraglicher Nebenpflichten	6
IV. Prüfungsschritte	6
B Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung	7
I. Anwendbarkeit des KSchG.....	7
II. Verletzung vertraglicher Pflichten	8
1. Vertragsverletzungen im Leistungsbereich	8
a) Minderleistung	8
b) fehlerhafte Arbeitsleistung	8
c) Arbeitsverweigerung	9
2. Verletzung vorvertraglicher Pflichten (Falschauskunft)	9
3. Verletzung vertraglicher Nebenpflichten	10
a) Abwerbung von Arbeitnehmern oder Kunden	10
b) Alkohol	10
c) Anzeigen gegen Arbeitgeber	12
d) Belästigung von Arbeitgeber / Arbeitskollegen	12
e) privates Internetsurfen am Arbeitsplatz	14
4. Störungen im persönlichen Vertrauensbereich	14
a) (Androhung von) Krankheit, Gefälligkeitsattest	14
aa) verspätete Krankmeldung	15
bb) Pflicht zur Anzeige der Fortdauer der Erkrankung über die mitgeteilte Dauer hinaus	15
b) Schmiergeld	15
5. Verletzung (außer)betrieblicher Verhaltenspflichten /	

Betriebliche Ordnung	16
a) außerdienstliches Verhalten	16
b) Rauchverbot	17
c) außerbetriebliche Verhaltenspflichten	17
d) Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb	17
III. Negativprognose	18
1. Zeitpunkt der Prognose	20
2. Prognosespielraum	20
3. Zusammenfassung	20
IV. Konkrete Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis	21
V. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit / mildere Mittel	22
1. Vorrang der Änderungskündigung	23
2. Betriebsbußen als mildere Mittel?	23
3. Abmahnung	24
VI. Interessenabwägung	24
1. Unterhaltspflichten als Abwägungskriterium?	25
2. Allgemeine Erwägungen	27
3. Bindung an den Parteivortrag	28
VII. Verschulden	28
VIII. Abmahnung	29
1. Begriff und Zweck der Abmahnung	30
2. Rechtsgrundlage	31
3. Rechtsnatur der Abmahnung	32
4. Wirksamkeitsvoraussetzungen	32
a) Erforderlichkeit der Abmahnung	33
aa) Wiederherstellbarkeit des Vertrauens	34
bb) Bagatelldelikte	35
b) Abmahnungsberechtigung	35
c) Bestimmtheit	36
d) zeitliche Geltungsdauer/Fristen	36
e) Anhörung des Arbeitnehmers	36
f) sonstige Voraussetzungen	37
5. Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Abmahnung	37
6. Abmahnung eines Betriebsratsmitglieds	37
7. Rechte des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Abmahnung	38
a) Entfernungsanspruch	38
b) Gegendarstellung	39
aa) Inhalt der Gegendarstellung	40
bb) Pflicht zur Gegendarstellung?	40
c) Beschwerde beim Betriebsrat	40

Literaturverzeichnis

- Adam, Roman F. Sanktion, Prognoseprinzip und Vertragsstörung bei der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht
NZA 1998, 284
- Bährle, Ralph Jürgen Grundsätze zur Abmahnung
Betrieb und Wirtschaft Heft 1/2000, 35
- Becker/Etzel/Friedrich/Hillebrecht/
Lipke/Pfeiffer/Rost/Spilger/
Weigand/Wolff Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutz-
gesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen
Vorschriften (zit.: *KR-Bearbeiter*)
4. Auflage, Neuwied 1996
- Belling, Detlev W./
Luckey, Andreas Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Arbeitsrecht
München 1993
- Berkowsky, Wilfried Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung
3. Auflage, München 1997
- Dütz, Wilhelm Arbeitsrecht
3. Auflage, München 1997
- Fromm, Erwin „Konkrete Gefährdung“ der Betriebs- oder Arbeits-
ordnung, BB 1995, 2578.
- Gottwald, Stefan Verhaltensbedingte Kündigung bei krankhaftem Al-
koholismus, NZA 1997, 635
- Ders. Nochmals: Verhaltensbedingte Kündigung bei krank-
haftem Alkoholismus, NZA 1999, 180
- Hueck, Alfred/
v. Hoyningen-Huene, Gerrick Kündigungsschutzgesetz Kommentar
12. Auflage, München 1997

- Hümmerich, Klaus
Kündigung von Arbeitsverhältnissen
Bonn 1999
- Kronisch, Gerhard
Privates Internet-Surfen am Arbeitsplatz
Betrieb und Wirtschaft Heft 2/2000, 75
- Künzl, Reinhard
Arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Durchführung
einer Alkoholtherapie?
NZA 1998, 122
- Ders.
Letztmals: Verhaltensbedingte Kündigung bei Ver-
weigerung einer Alkoholtherapie, NZA 1999, 744
- Ders.
Verhaltensbedingte Kündigung wegen Alkoholgenus-
ses, AuR 1995, 206
- Marschollek, Günter
Arbeitsrecht Band 2
Beendigung des Arbeitsverhältnisses
Münster 1996
- Mayer-Maly, Theo/Richardi,
Reinhard/Schambeck, Herbert/
Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)
Arbeitsleben und Rechtspflege
Festschrift für Gerhard Müller
Berlin 1981
- Palandt
Bürgerliches Gesetzbuch
58. Auflage, München 1999
- Preis, Ulrich
Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht
NZA 1997, 1073
- Preis, Ulrich
Die verhaltensbedingte Kündigung
DB 1990, 630, 685

- Preis, Ulrich
Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (Diss.)
München 1987
- Rechtsprechungsübersicht*
Die Tätigkeit des BAG im Jahre 1998 - Rechtsprechungsübersicht
NZA Heft 22/1999, 1194
- Ruberg, Bernd
Sozialrechtfertigung als Organisationsschutz
Zur personen- und verhaltensbedingten Kündbarkeit geschützter Arbeitsverhältnisse nach § 1 II S. 1 KSchG
Baden-Baden 1999
- Schaub, Günter
Arbeitsrechts-Handbuch
8. Auflage, München 1996
- Schaub, Günter
Die Abmahnung als zusätzliche Kündigungsvoraussetzung, NZA 1997, 1185
- Schiefer, Bernd
Wichtige Entscheidungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses
NZA 1994, 534
- Sowka, Hans-Harald (Hrsg.)
Kündigungsschutzgesetz
Kölner Praxiskommentar unter Berücksichtigung sozialer Bezüge
Köln 1996 (zit.: *KPK-Bearbeiter*)
- Zuber, Jörg
Das Abmahnungserfordernis vor Ausspruch verhaltensbedingter Kündigungen
NZA 1999, 1142

A Allgemeines

I. Einleitung

Die verhaltensbedingte Kündigung ist einer der in § 1 II S. 1 KSchG genannten Rechtfertigungsgründe, der die Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung ausschließt. Das Gesetz definiert diesen Begriff nicht.

In der Regel handelt es hierbei um schuldhaftes Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers. Fraglich ist, ob auch nicht schuldhaftes Pflichtverletzungen, die zur verhaltensbedingten Kündigung führen können, denkbar sind. Auf diese Frage soll eingegangen werden.

Im Folgenden wird die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung behandelt, wobei ich insbesondere auf das Abmahnungserfordernis und damit verbundene Probleme eingehen werde. Außerdem werde ich auf die Frage eingehen, ob die Kündigung als Sanktion zu verstehen ist oder ob dem Prognosegedanken Vorzug zu geben ist.

II. Abgrenzung zur betriebs- und personenbedingten Kündigung

Während bei der betriebsbedingten Kündigung der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers wegfällt, soll dieser bei der personen- und verhaltensbedingten Kündigung durch einen anderen Arbeitnehmer ersetzt werden, weil er seine Leistung nicht wie vertraglich geschuldet erbringt. Der entscheidende Anlass kommt bei personen- und verhaltensbedingter Kündigung aus der Sphäre des Arbeitnehmers.¹

1. Betriebsbedingte Kündigung

Bei der betriebsbedingten Kündigung muss eine unternehmerische Entscheidung vorliegen, durch die aufgrund inner- oder außerbetrieblicher Ursachen eine veränderte Arbeitsmenge im Betrieb erledigt wird und die Kündigung dringlich ist, also durch andere

¹ Berkowsky, § 6 Rn 3.

Maßnahmen nicht ersetzt werden kann.² Diese betriebsbezogenen Umstände oder Vorgänge sind unabhängig von der Person des Arbeitnehmers.³

2. Personenbedingte Kündigung

Ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften nicht mehr in der Lage, künftig seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, liegt ein personenbedingter Kündigungsgrund vor.⁴ Der vom Arbeitgeber beanstandete Umstand beruht auf vom Arbeitnehmer nicht steuerbaren arbeitsbezogenem Verhalten.

3. Verhaltensbedingte Kündigung

Erbringt der Arbeitnehmer willentlich seine vertraglich geschuldete Leistung nicht oder schlecht, obwohl er es (besser) könnte, kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht.⁵ Der Arbeitnehmer kann sein Verhalten noch beeinflussen, d.h. steuern. Jedoch genügt nicht jedes Verhalten des Arbeitnehmers für eine Kündigung – das KSchG wäre überflüssig, da *jedes* Verhalten des Arbeitnehmers, das den Entschluss des Arbeitgebers zur Kündigung hervorruft, die Kündigung sozial rechtfertigen würde.⁶

III. Begriff der verhaltensbedingten Kündigung und seine Konkretisierung

Das Gesetz selbst bietet keine subsumierbaren Tatbestandsvoraussetzungen in Form einer Definition oder eine begriffliche Beschränkung der verhaltensbedingten Kündigung an.

² Schaub, § 131 S. 1190.

³ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 364.

⁴ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 176.

⁵ Berkowsky, aaO.

⁶ Berkowsky, § 18 Rn 24.

1. Definition der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts rechtfertigen im Verhalten des Arbeitnehmers liegende Umstände dann eine Kündigung, wenn diese bei verständiger Würdigung die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen.⁷ Orientierungshilfe soll nicht der Standpunkt des jeweiligen Arbeitgebers, sondern ein objektiverer Maßstab sein.⁸ Verhaltensbedingte Kündigungsgründe seien nur solche, die sozial anerkannt sind, d.h. die einen ruhig und verständig denkenden Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würden.⁹

2. Kritik an der Rechtsprechung

Doch zum einen sind die Begriffe „billigenswert“, „angemessen“, „sozial anerkannt“ und „verständige Würdigung“ ebenfalls unbestimmte (Rechts)begriffe, die einer Konkretisierung bedürfen und keine ausreichende Beschränkung des Anwendungsbereichs liefern. Zum anderen wird das Abstellen auf den objektiven Dritten von *Berkowsky* mit dem Argument angegriffen, dass ein solcher idealtypischer Arbeitgeber gar nicht existiert. Außerdem sei dieser Prüfungsmaßstab nichts anderes als die Projektion des richterlichen Verständnisses auf den konkreten Fall und helfe bei der richtigen Entscheidung in der Praxis überhaupt nicht.¹⁰

Preis beurteilt die Begriffsbestimmung der Rechtsprechung als bloßes Legitimationsargument für eine kraft Judiz gefällte Einzelfallentscheidung.¹¹

Doch wann immer es zur Rechtsauslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen kommt, entscheidet am Ende die Sicht des Richters. Die Denkfigur des „verständigen Arbeitgebers“ ist nach *Rubergs* Ansicht zumindest ein produktiver Ansatz gewesen, mit dem die

⁷ BAG NZA 1987, 518 (519); BAG, Urt. v. 22.07.1982, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10.

⁸ Hümmelich, § 4 Rn 2.

⁹ BAG NZA, 1987, 518; Preis DB 1990, 630 f.

¹⁰ Berkowsky, aaO.

¹¹ Preis, DB 1990, 630 (632).

Rechtsanwendung einen Ausgangspunkt geschaffen hat, um objektive Strukturen in die Abwägungsarbeit zu bringen.¹²

Berkowsky sieht darin jedoch sogar eine Diskreditierung der Persönlichkeit des kündigenden Arbeitgebers, denn sollte das Gericht die Kündigung missbilligen, ließe das den Schluss zu, er sein *kein* ruhig und verständig urteilender Arbeitgeber.

Diese Kritik geht mE nach zu weit, da eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Hinblick auf Rechtssicherheit nötig ist. Bei einer rein subjektiven Arbeitbersicht bestünde die Gefahr, dass vergleichbare Sachverhalte nur allein durch unterschiedliche Charakternuancen des kündigenden Arbeitgebers unterschiedlich behandelt würden.

Dem Lösungsvorschlag *Berkowskys*, wonach ein Verhalten des Arbeitnehmers betriebsbezogene Interessen des Arbeitgebers so beeinträchtigen muss, dass es ihm nicht *zugemutet* werden kann, das Risiko einer Wiederholung einzugehen, wurde von anderer Seite entgegengehalten, dass er ebenfalls ungeeignet sei, da er auch mit einem unbestimmten Rechtsbegriffe ende.¹³

Doch immerhin gelang ihm damit eine Einschränkung der schwammigen Ausgangslage, da seine Definition nicht mehr von einer *Vielzahl* von unbestimmten Begriffen durchsetzt ist. *Berkowsky* ist auch dahingehend zuzustimmen, dass es diesen idealtypischen Arbeitgeber wahrscheinlich wirklich nicht gibt.

Doch bleibt zu fragen, ob es noch andere Möglichkeiten gibt, die dem Begriff verhaltensbedingte Kündigung unterfallenden Sachverhalten (abstrakt) näher zu bestimmen.

3. Konkretisierung durch absolute Kündigungsgründe?

Die ausdrückliche vertragliche Vereinbarung von absoluten Kündigungsgründen ist nach der Rechtsprechung¹⁴ und Auffassung in der

¹² Ruberg, S. 64.

¹³ Hümmerich, § 4 Rn 3.

¹⁴ BAG DB 1969, 710; DB 1978, 1790; DB 1986, 50

Literatur¹⁵ nicht zulässig, da sie damit eine Prüfung verhindern würden, ob ein Kündigungssachverhalt tatsächlich das zugrundeliegende Arbeitsverhältnis derart beeinträchtigt, dass eine Auflösung des Vertrages gerechtfertigt erscheint. Der § 1 KSchG (und auch § 626 BGB) hat danach zwingenden Charakter. Die einzige Ausnahme bildet § 64 SeemG: ein Besatzungsmitglied kann danach gekündigt werden, wenn es z.B. eine Typhuserkrankung verschweigt (§ 64 I Nr. 2 SeemG) oder aufgrund einer von ihm begangenen Straftat arbeitsunfähig wird (§ 64 I Nr. 5 SeemG).¹⁶

4. Konkretisierung durch Fallgruppen

Da es bis zum heutigen Zeitpunkt noch kein dogmatisch abstraktes System zur Erfassung aller Tatbestände ohne Wertungswidersprüche gibt, wurde der Ansatz der Rechtsprechung im Laufe der Zeit präzisiert, so dass die unscharfen Voraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung in Fallgruppen gefasst werden können, die eine Vielzahl denkbarer Verhaltensweisen erfassen¹⁷:

Das Verhalten des Arbeitnehmers kann im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bestimmte Schutzbereiche des Arbeitgebers verletzen.

Dabei ist zunächst immer zu prüfen, ob das Verhalten „an sich“ geeignet ist, schützenswerte betriebliche Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. Danach ist festzustellen, ob bei der Einzelfallbetrachtung dieses „an sich“ kündigungsrelevante Verhalten die schützenswerten betrieblichen Interessen konkret beeinträchtigt und ob auch künftige Beeinträchtigungen zu besorgen sind.¹⁸ (Zweistufenprüfung)

¹⁵ Preis, Prinzipien S. 94f.; Palandt/Putzo, § 626 BGB Rn 2; Herschel in: FS Müller, S. 202.

¹⁶ Näheres dazu: Ruberg, S. 158.

¹⁷ Schaub, § 130 S. 1170.

¹⁸ Berkowsky, § 18 Rn 26.

a) Vertragsverletzungen im Leistungsbereich

Dies sind insbesondere Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers bei Schlecht- und Minderleistung, Arbeitsverweigerung und Arbeitsversäumnis.

b) Verletzung von Auskunftspflichten bei Einstellungsverhandlungen

Darunter fallen Vorspiegelung nicht vorhandener Eigenschaften und Fähigkeiten.

c) Verletzung (außer)betrieblicher Verhaltenspflichten („betriebliche Ordnung“)

Zum Beispiel Verstöße gegen ein Rauch- oder Alkoholverbot.

d) Störungen im persönlichen Vertrauensbereich

Hier ist der Vollmachtsmissbrauch oder die Annahme von Schmiergeldern erwähnenswert.

e) Verletzung vertraglicher Nebenpflichten

Wird die Gehorsams-, Treue- und Geheimhaltungspflicht verletzt, ist diese Fallgruppe einschlägig.

*Etzel*¹⁹ unterscheidet vier (Leistungsbereich, betriebliche Ordnung, pers. Vertrauensbereich, Nebenpflichten) Fallgruppen, was letztlich jedoch eine Geschmacksfrage bleibt, da eine scharfe Trennung zwischen den Gruppen oft sowieso nicht möglich ist.

IV. Prüfungsschritte

Folgende Prüfungsschritte wurden von Rechtsprechung und Literatur herausgebildet²⁰, auch wenn es bis heute noch kein einheitliches System gibt²¹:

¹⁹ KR-*Etzel*, § 1 KSchG Rn 387.

²⁰ Schiefer, NZA 1994, 534 (538).

²¹ Ruberg, S. 361.

1. Anwendbarkeit des KSchG
2. Verletzung vertraglicher Pflichten
3. Negative Zukunftsprognose
4. Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses
5. Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit
6. Interessenabwägung
7. Verschulden
8. Abmahnung

B Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung

I. Anwendbarkeit des KSchG

Voraussetzung dafür, ob die folgenden Prüfungspunkte überhaupt einer Betrachtung bedürfen, ist zunächst die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes.

Nach § 1 I KSchG findet das Kündigungsschutzgesetz nur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Dabei ist auf den *rechtlichen* Bestand des Arbeitsverhältnisses abzustellen.²² Grund für diese sechsmonatige Zeitspanne ist die Tatsache, dass es dem Arbeitgeber ermöglicht werden soll, Arbeitnehmer zunächst zu „erproben“, ohne sich gleich den strengen Schutzvorschriften des KSchG zu unterwerfen.²³

Krankheit, Urlaub oder Streik verlängern diese Wartezeit nicht. Von der Probezeitregelung kann nur zugunsten des Arbeitnehmers (also Verkürzung der Wartezeit) abgewichen werden.²⁴

Das KSchG gilt außerdem nur, wenn in dem Betrieb in der Regel mindestens 6 Arbeitnehmer beschäftigt werden, § 23 I S. 2 KSchG.

²² NZA 1999, 1194 (1199).

²³ Berkowsky, § 4 Rn 13.

²⁴ Dütz, Rn 323.

II. Verletzung vertraglicher Pflichten

Im Folgenden soll auf einzelne Kündigungsgründe²⁵ eingegangen werden. Es ist zu beachten, dass aufgeführte konkrete Beispiele nicht einfach in die Praxis übernommen werden können, sondern eine detaillierte Einzelfallbetrachtung erfordern. Einige Kündigungsgründe können auch unter anderen als den ihnen zugewiesenen Fallgruppen stehen, da eine genaue Zuordnung oft nicht möglich ist und in der Praxis auch zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen führt.

1. Vertragsverletzungen im Leistungsbereich

Nach dem Arbeitsvertrag iVm § 611 BGB ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die geschuldete Arbeit zu leisten. Wird diese Hauptleistungspflicht verletzt, kann darin ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund liegen.²⁶

a) Minderleistung

Eine Kündigung wegen Minderleistung ist möglich, wenn festgestellt werden kann, welche Leistungen allgemein von einem vergleichbaren Arbeitnehmer erwartet werden können, und wenn die vom zu kündigenden Arbeitnehmer erbrachten Leistungen dauerhaft und nicht nur unerheblich unter den als normal anzusehenden Leistungen bleiben.²⁷ Dabei ist zu beachten, dass nur konkrete tatsächliche Angaben des Arbeitgebers berücksichtigt werden. Allgemeine Wertungen des Arbeitgebers haben keinen Einfluss.²⁸

b) fehlerhafte Arbeitsleistung

Ständig fehlerfreie Arbeitsleistung gibt es nicht. Deshalb sind Fehler bei der Arbeitsleistung nur zur Kündigung geeignet, wenn sie eine gewisse Toleranzgrenze überschritten haben. Wo diese liegt, ist an-

²⁵ Alphabetische Übersicht über wichtige Kündigungsgründe in: Schaub, § 130 S. 1172ff;

²⁶ Marschollek, S. 64f.

²⁷ BAG NJW 1983, 700; NJW 1985, 2158; LAG Baden-Württemberg DB 1963, 1436; LAG Hamm DB 1983, 1930.

hand einer üblicherweise auftretenden Fehlerquote bei vergleichbaren durchschnittlichen Arbeitnehmern zu ermitteln.²⁹

c) Arbeitsverweigerung

Ist der Arbeitnehmer zur verlangten Leistung verpflichtet und weiß dies auch oder müsste es wissen und verweigert er sie aber dennoch ausdrücklich oder konkludent, so liegt idR ein Kündigungsgrund vor.

Bei bloßen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine bestimmte Arbeitsanweisung noch vom Direktionsrecht gedeckt ist, handelt der Arbeitnehmer auf eigenes Risiko, wenn er die Arbeit trotz Hinweisen des Arbeitgebers (*Abmahnung*) verweigert.³⁰ Nur beharrliche Arbeitsverweigerung ist ein Kündigungsgrund.³¹

Unentschuldigtes Fehlen im Anschluss an einen Urlaub, wiederholtes unpünktliches Erscheinen am Arbeitsplatz³² und eigenmächtiger Urlaubsantritt³³ berechtigen den Arbeitgeber nach vorangegangener Abmahnung zur verhaltensbedingten Kündigung.³⁴

Eine Arbeitsverweigerung liegt dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen kann, d.h. wenn er z.B. einen fälligen Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber besitzt, der nicht nur verhältnismäßig geringfügig ist und dem Arbeitgeber durch die Zurückbehaltung kein unverhältnismäßig hoher Schaden droht.³⁵

2. Verletzung vorvertraglicher Pflichten (Falschauskunft)

Bereits bei der Vertragsanbahnung hat der künftige Arbeitnehmer Pflichten, deren Verletzung nach Zustandekommen des Arbeitsvertrages zur verhaltensbedingten Kündigung berechtigen können.

²⁸ LAG Niedersachsen AuR 1989, 287 (Ls.).

²⁹ Berkowsky, § 20 Rn 4f.

³⁰ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 316.

³¹ Schiefer, NZA 1994, 534 (542).

³² ArbG Frankfurt a.M., NZA-RR 1999, 133 (134).

³³ LAG Hamm, NZA-RR 1999, 76

³⁴ Hümmerich, § 4 Rn 16.

³⁵ BAG NZA 1979, 236.

Dies ist vor allem die Pflicht, auf zulässige Fragen wahrheitsgemäß zu antworten, wenn sie für das Arbeitsverhältnis ausschlaggebend sind. Der Arbeitnehmer muss auch solche Angaben machen, nach denen er gar nicht gefragt wurde, wenn sie die vertragsgemäße Ausführung der Arbeit unmöglich machen.³⁶

3. Verletzung vertraglicher Nebenpflichten

Die vertraglichen Nebenpflichten sind in der Regel Unterlassungspflichten, deren Verletzung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen können.

a) Abwerbung von Arbeitnehmern oder Kunden

Der Arbeitnehmer soll berechtigt sein, auch während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen zu einer eigenen Existenzgründung zu treffen.³⁷ Zu weit geht jedoch die Abwerbung von Arbeitnehmern und Kunden des Arbeitgebers während des bestehenden Arbeitsverhältnisses.³⁸

b) Alkohol

Praktisch sehr bedeutsam ist das Problem des Alkohol- und Missbrauchs im Betrieb. Etwa 11% der Arbeitnehmer trinken täglich, 25% der Arbeitnehmer gelegentlich Alkohol am Arbeitsplatz.³⁹ Nach der Rspr. müssen die „Bräuche“ der jeweiligen Berufszweige und die notwendige Konzentration bei der zu verrichtenden Tätigkeit bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden.⁴⁰ Der Genuss einer Flasche Bier im Baugewerbe sei kaum zu beanstanden, während ein Kraftfahrer selbstverständlich strengeren Maßstäben unterliege.⁴¹

³⁶ Berkowsky, § 21 Rn 4.

³⁷ BAG NJW 1963, 1420.

³⁸ Berkowsky, § 21 Rn 20.

³⁹ Künzl, AuR 1995, 206.

⁴⁰ BAG NZA 1995, 517.

⁴¹ Schaub, § 130 S. 1173.

Außerdienstlicher Alkoholgenuss berechtigt nur zur Kündigung, wenn hierdurch das Arbeitsverhältnis nachhaltig beeinflusst wird.⁴²

Eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Alkoholgenusses kommt nach hM nur in Frage, wenn der Arbeitnehmer nicht krankhaft alkoholsüchtig ist.⁴³ Andernfalls wären die Voraussetzungen der personenbedingten Kündigung zu prüfen.

*Gottwald*⁴⁴ nimmt aber die Therapiebereitschaft als vertragliche Nebenpflicht (§ 611 iVm § 242 BGB) an und konstruiert so entgegen der Kritik *Künzls*⁴⁵ die Möglichkeit einer verhaltensbedingten Kündigung auch bei krankhaftem Alkoholismus. Nach *Gottwald* soll der Arbeitnehmer sich um die Wiedergesundung bemühen. Der Erfolg soll nicht ausschlaggebend sein. Um kündigen zu können, muss der Arbeitgeber die fehlende Therapiebereitschaft des Arbeitnehmers darlegen und beweisen.⁴⁶ Lediglich bei nicht therapiefähigen Arbeitnehmern soll es nach seiner Meinung bei der personenbedingten Kündigung bleiben.⁴⁷ *Gottwald* legt seiner Ansicht zugrunde, dass eine verhaltensbedingte Kündigung einfacher zu prüfen sei, als eine personenbedingte.

Künzl hält dem entgegen, dass ein Alkoholkranker nicht in der Lage sei, sein Verhalten zu steuern oder vom Trinken Abstand zu nehmen. Die Gegenansicht sei mit dem Prognoseprinzip und der damit verbundenen Wiederholungsfahr nicht vereinbar, da diese eine maßgebliche Verschuldenskomponente beim Arbeitnehmer voraussetzt, welche die Gegenmeinung völlig außer acht lasse.⁴⁸

Des weiteren stünde die Frage der Wiedergenesung nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, sondern sei dem Privatbe-

⁴² Schaub, aaO.

⁴³ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 190; BGA NZA 1987, 811; KR-*Etzel*, § 1 KSchG Rn 280; BAG EzA § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 33.

⁴⁴ Gottwald, NZA 1997, 635 (637); ders. NZA 1999, 181.

⁴⁵ Künzl, NZA 1998, 122 (125); ders. NZA 1999, 744 (745).

⁴⁶ Gottwald, NZA 1997, 635 (637).

⁴⁷ Gottwald, NZA 1997, 635 (638).

⁴⁸ Künzl, NZA 1998, 122 (123).

reich des Arbeitnehmers zuzurechnen, den er nicht nach den Interessen des Betriebs auszurichten hat.⁴⁹

Künzl sieht in der fehlenden Therapiebereitschaft die Begründung einer negativen Gesundheitsprognose, einer Voraussetzung für die personenbedingte Kündigung.⁵⁰ Selbst das BAG stellt keine positive Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Wiederherstellung der Gesundheit fest.⁵¹ Schließlich entkräftet *Künzl* die Ansicht *Gottwalds* mit dem Argument, dass die Annahme einer Nebenpflicht schon dem Pflichtenbegriff widerspreche, da Pflichten nur solche sein können, die auch selbstständig eingeklagt werden können. Eine Klage auf Durchführung einer Therapie sei nicht möglich, da eine Therapie allein eine Obliegenheit im Privatbereich des Arbeitnehmers sei. Leistet der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nicht das vertraglich geschuldete, bleibt nur die personenbedingte Kündigung.⁵² Des Weiteren äußert er Bedenken gegen die Behauptung *Gottwalds*, die verhaltensbedingte Kündigung sei einfacher zu prüfen. Man dürfe sich außerdem nicht einen vermeintlich einfacheren Weg suchen, d.h. eine vorliegende personenbedingte Kündigung in eine verhaltensbedingte Kündigung „umfunktionieren“, nur weil man so angeblich einfacher zum Ziel kommt.⁵³ Dem ist zu folgen.

c) Anzeigen gegen Arbeitgeber

Erstattet der Arbeitnehmer wider besseres Wissen Anzeige bei einer Strafverfolgungsbehörde, so ist die verhaltensbedingte Kündigung idR gerechtfertigt, da das Vertrauensverhältnis in diesem Fall unwiederbringlich zerstört ist.⁵⁴ Deshalb kann dieser Kündigungsgrund zugleich unter die Fallgruppe „persönlicher Vertrauensbereich“ fallen. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht umfasst jedoch keine „Ganoven-treue“.⁵⁵ Der Arbeitnehmer ist berechtigt, Anzeige zu erstatten,

⁴⁹ Künzl, AuR 1995, 206 (208).

⁵⁰ Künzl, NZA 1998, 122 (127).

⁵¹ BAG BB 1980, 836.

⁵² Künzl, NZA 1999, 744 (745).

⁵³ Künzl, NZA 1998, 122 (125).

⁵⁴ Berkowsky, § 21 S. 164; Schiefer NZA 1994, 534 (541).

⁵⁵ Preis, DB 1990, 630 (633).

wenn er sich andernfalls selbst der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen würde.⁵⁶ Die Rechtsprechung ist in einigen Punkten zum Nachteil des Arbeitnehmers sehr weit gegangen: Eine ordentliche Kündigung soll möglich sein, wenn der Arbeitnehmer der Arbeitgeber beim Gewerbeaufsichtsamt wegen gesundheitsschädigender Arbeitsverfahren anzeigt, selbst nachdem er sich erfolglos an den zuständigen Betriebsingenieur gewandt hat.⁵⁷ Ein Kraftfahrer soll sogar außerordentlich kündbar sein, wenn er seinen arbeitgebenden Spediteur wegen zahlreicher und erheblicher Verstöße gegen Bestimmungen des Güterfernverkehrsrechts anzeigt. Dies selbst dann, wenn er Gefahr läuft, sich selbst strafbar zu machen.⁵⁸

Berkowsky macht folgende Vorschläge zur Differenzierung:

Ist allein der Arbeitnehmer von dem gesetzwidrigen Verhalten des Arbeitgebers betroffen, so hat er lediglich ein Rüge- bzw. Arbeitsverweigerungsrecht. Sind weitere Arbeitnehmer betroffen, hat er zusätzlich das Recht, die mitbetroffenen Kollegen auf diesen gesetzwidrigen Zustand aufmerksam zu machen. Verstößt der Arbeitgeber schließlich gegen Vorschriften, die auch den Schutz Dritter oder der Allgemeinheit bezwecken, ist der Arbeitnehmer geradezu verpflichtet, die zuständigen Stellen zu informieren, nachdem er von seinem Rügerecht Gebrauch gemacht hat.⁵⁹

Dieser Differenzierung ist zuzustimmen, da sie im Interesse des Vertrauens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rügepflicht als milderes Mittel mit Warnfunktion für den Arbeitgeber anwendet.

d) Belästigung von Arbeitgeber / Arbeitskollegen

Darunter fallen z.B. folgende Fälle⁶⁰:

- Versuch, Kosmetika, Reinigungsmitteln o.ä. zu verkaufen
- Mitgliedswerbung (z.B. Scientology)⁶¹
- Ständiges, eindringliches „Beschwatzen“

⁵⁶ LAG Düsseldorf, BB 1953, 532; KR-*Etzel*, § 1 KSchG Rn 411.

⁵⁷ LAG Baden-Württemberg EzA Nr. 8 zu § 1 KSchG VK.

⁵⁸ BAG 5.2.1959 AP Nr. 2 § 70 HGB.

⁵⁹ Berkowsky, § 21 Rn 38.

⁶⁰ Aufzählung bei: Berkowsky, § 21 Rn 56.

- Bedrängen von Dritten mit unerwünschten Publikationen
Setzt der Arbeitnehmer trotz Abmahnung dieses Verhalten fort, ist eine verhaltensbedingte Kündigung einschlägig.

Begründet wird dieser Kündigungsgrund mit der Verletzung der persönlichen Tabuzone, die jeder Mensch „unsichtbar um sich herum aufbaut“.⁶²

e) *privates Internetsurfen am Arbeitsplatz*

Der Arbeitnehmer verletzt seine Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber, wenn er den größten Teil seiner Arbeitszeit surft, ohne zum Arbeiten zu kommen. Zum einen verursacht er dadurch hohe Telefonkosten, zum anderen kommt er auch seiner Hauptleistungspflicht nicht mehr nach. Bei eindeutigen Verboten ist eine Kündigung ohne weiteres möglich. Ansonsten ist sie nur denkbar bei o.g. Voraussetzungen. Eine Abmahnung ist nur in extremen Fällen entbehrlich.⁶³

4. Störungen im persönlichen Vertrauensbereich

Hier finden die bereits erwähnte Annahme von Schmiergeldern und der Missbrauch von Vollmachten Platz.

a) *(Androhung von) Krankheit, Gefälligkeitsattest*

Täuscht der Arbeitnehmer Krankheit vor, ist eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt.⁶⁴

Kündigt ein Arbeitnehmer an, krank zu werden, wenn ihm z.B. eine Urlaubsbitte abgeschlagen wird, liegt darin eine Nötigung des Arbeitgebers, die das Vertrauensverhältnis beider Parteien erheblich beeinträchtigen kann.⁶⁵ Dabei ist egal, ob der Arbeitnehmer später tatsächlich krank wird.

⁶¹ ArbG Ludwigshafen BB 1994, 861.

⁶² Berkowsky, § 21 Rn 57.

⁶³ Kronisch, Betrieb und Wirtschaft, Heft 2/2000 S. 75 (76).

⁶⁴ Schaub, § 130 S. 1175.

⁶⁵ Schiefer, NZA 1994, 534 (540).

Vermutet der Arbeitgeber ein Gefälligkeitsattest des Arztes, kann er seine Kündigung auf den dringenden Verdacht des Erschleichens einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung („AUB“) stützen. Dabei sind die Voraussetzungen der Verdachtskündigung (Anhörung des Arbeitnehmers zu dem Verdacht, Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG) zu beachten.⁶⁶

Die Rechtsprechung sieht in der AUB dann ein Gefälligkeitsattest, wenn sie für einen längeren als in der Praxis üblichen Zeitraum ausgestellt wird, weil dies den Urlaubsplänen des Arztes entgegenkommt.⁶⁷

aa) verspätete Krankmeldung

Gemäß § 3 I LFZG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitgeber vor Ablauf des dritten Kalendertages über die Arbeitsfähigkeit und deren tatsächliche Dauer zu unterrichten. Nach Rechtsprechung des BAG⁶⁸ ist die Krankmeldung eine vertragliche Nebenpflicht, deren wiederholte Verletzung nach Abmahnung zur verhaltensbedingten Kündigung berechtigt.

bb) Pflicht zur Anzeige der Fortdauer der Erkrankung über die mitgeteilte Dauer hinaus

Ferner hat der Arbeitnehmer die Verpflichtung, mitzuteilen, wenn die Erkrankung über die mitgeteilte Dauer hinaus dauert.⁶⁹ Die schuldhaftige Verletzung dieser Meldepflicht trotz vorheriger Abmahnung stellt eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten dar und ist damit ein Kündigungsgrund im Sinne des § 1 II KSchG.

b) Schmiergeld

Ein Verstoß gegen das Schmiergeldverbot liegt vor, wenn sich der Arbeitnehmer bei der Ausführung vertraglicher Aufgaben Vorteile versprechen lässt oder entgegennimmt. Diese müssen dazu geeignet

⁶⁶ Schiefer, NZA 1994, 534 (541f).

⁶⁷ ArbG Nürnberg Urt. v. 28.7.1998, NZA-RR 1999, 79 (80).

⁶⁸ BAG NZA 1990, 433.

sein, ihn in seinem Verhalten zum Nachteil des Arbeitgebers zu beeinflussen.⁷⁰

Es kommt nicht darauf an, ob es zu einer schädigenden Handlung gekommen ist. Allein die Tatsache, dass der gewährte Vorteil die Gefahr begründet, der Arbeitnehmer werde nicht nur die Interessen seines Arbeitgebers wahrnehmen, ist kündigungsrelevant. Hintergrund ist hier die vertrauenszerstörende Einstellung des Arbeitnehmers zu seiner Arbeitsaufgabe.⁷¹

5. Verletzung (außer)betrieblicher Verhaltenspflichten / Betriebliche Ordnung

Tätlichkeiten gegenüber Arbeitskollegen, Beleidigungen oder strafbares Verhalten im Betrieb sind Beispiele für Kündigungsgründe aus (natürlich nicht nur) diesem Bereich.⁷²

a) außerdienstliches Verhalten

Außerdienstliches Verhalten ist grundsätzlich irrelevant für eine Kündigung.⁷³ Moralische Kategorien haben außer acht zu bleiben. Das dem nicht immer so war, liegt auf der Hand. Früher waren Kündigungen wegen Heirat, außerehelicher Schwangerschaft oder liederlichem Lebenswandel Alltag.⁷⁴

Berührt allerdings das außerdienstliche Verhalten, das Arbeitsverhältnis *konkret*, so ist nach Auffassung des BAG die soziale Rechtfertigung einer verhaltensbedingten Kündigung denkbar. Natürlich ließe sich nahezu jedes Verhalten mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung bringen und wäre somit kündigungsrelevant. *Preis* kritisiert diese „Berührungsformel“ deshalb auch als wenig hilfreich. Vielmehr müsse man sich auf eindeutig vertragswidriges, steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers beschränken.⁷⁵ Dem ist zuzustimmen.

⁶⁹ BAG NZA 1993, 17.

⁷⁰ Schaub, § 130 S. 1176. Berkowsky, § 21 Rn 112.

⁷¹ BAG NZA 1996, 419.

⁷² Hümmerich, § 4 Rn 17f.

⁷³ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 321.

⁷⁴ Preis, Prinzipien S. 464.

⁷⁵ Preis, DB 1990, 630 (632f).

b) Rauchverbot

Grundsätzlich stellt Rauchen im Betrieb keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar. Anders ist es, wenn ein wirksames Rauchverbot existiert; dies kann auch öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspringen.⁷⁶

c) außerbetriebliche Verhaltenspflichten

Hierunter fallen zum Beispiel zahlreiche Lohnpfändungen beim Arbeitnehmer, wettbewerbswidriges Verhalten oder Straftaten des Arbeitnehmers.⁷⁷

d) Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb

Mit Entscheidung vom 13.11.1992 stellte das BAG fest, dass die Aushändigung einer Gewerkschaftsbroschüre mit Beitrittsformular während der Arbeitszeit eine Abmahnung und im Wiederholungsfall eine Kündigung rechtfertigt.⁷⁸ Nach Ansicht des BAG sei gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb nur zulässig, wenn sie für den Bestand der Gewerkschaft unerlässlich ist. Die Mitgliederwerbung im entschiedenen Fall gehöre nicht zum Schutzbereich des Art. 9 III GG (Koalitionsfreiheit).

Die anschließende Verfassungsbeschwerde des Arbeitnehmers hatte vor dem BVerfG dahingehend Erfolg, dass die Entscheidung des BAG aufgehoben und zurückverwiesen wurde.⁷⁹

Nach dem BVerfG fällt Mitgliederwerbung für die Gewerkschaft unter den Schutzbereich des Art. 9 III GG, dies habe das BAG verkannt. Dieses Grundrecht des Arbeitnehmers müsse gegen das Grundrecht des Arbeitgebers aus Art. 2 I GG (wirtschaftliche Betätigungsfreiheit) abgewogen werden. D.h. nur wenn es zu einer Störung des Arbeitsablaufs und/oder des Betriebsfriedens kommt, ist

⁷⁶ Berkowsky, § 21 Rn 107ff.

⁷⁷ Hümmelich, § 4 Rn 20.

⁷⁸ BAG NZA 1992, 690.

⁷⁹ BVerfG NZA 1996, 381.

eine Kündigung denkbar. Diese Abwägung wurde dem BAG überlassen.

Aus dieser Entscheidung ergaben sich folgende Grundsätze, die *Berkowsky* herausfilterte⁸⁰:

Mitgliederwerbung für die eigene Gewerkschaft ist auch während der Arbeitszeit nicht stets und unmittelbar vertragswidrig. Dies ist nur der Fall, wenn konkrete betriebsbezogene Interessen des Arbeitgebers berührt sind, d.h. wenn die Arbeit über das betriebsübliche Maß hinaus unterbrochen wird.

III. Negativprognose

Eine weitere Voraussetzung für eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung ist die negative Prognose, falls das Arbeitsverhältnis dennoch fortgesetzt wird. Der Grund: Die Kündigung ist keine Sanktion für Vergangenes, sondern ein Reaktionsmittel zur Vermeidung künftiger Belastungen und Vertragsgefährdungen.⁸¹ Zwar kann Vergangenes nicht ganz außer acht gelassen werden, da es als Indiz für die Gefahr zukünftiger Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses dienen kann.⁸² Jedoch ist der Sanktionsgedanke als strafrechtliches Mittel im Zivilrecht grundsätzlich ungeeignet.⁸³

Dem steht natürlich nicht entgegen, dass die Kündigung oft als Strafe gemeint und vom Arbeitnehmer als solche verstanden wird.⁸⁴

Bei der verhaltensbedingten Kündigung ist das schon 1981 von *Herschel*⁸⁵ erwähnte Prognoseprinzip nicht unumstritten⁸⁶, vom BAG aber anerkannt.⁸⁷

Die Zukunftsbezogenheit der Kündigung kann man schon dem Wortlaut des § 1 II Satz 1 KSchG entnehmen: „... Gründe, die ... einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ... entgegenstehen“.

⁸⁰ Berkowsky, § 21 Rn 76.

⁸¹ Preis, NZA 1997, 1073 (1076).

⁸² Preis, Prinzipien S. 322 (328); LAG Hamm NZA 1997, 1056.

⁸³ Adam, NZA 1998, 284 (285).

⁸⁴ Herschel in: FS für Müller, S. 203.

⁸⁵ In: FS für Müller, S. 202f.

⁸⁶ für Sanktionsgedanken: Fromm BB 1995, 2578.

⁸⁷ BAG DB 1989, 1427.

Damit ist klar, dass es bei vergangenen oder gegenwärtigen Ereignissen primär auf die zukünftige Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ankommt.⁸⁸

Ruberg genügt allein dieses Argument nicht und vertritt die Auffassung, das die Zukunftsgestaltung aus dem sozialstaatlichen Übermaßverbot und dessen Folgenabwägung resultiert: Die Folgen der Kündigung für den Arbeitnehmer sind zu vergleichen mit den Folgen seiner Belassung im Betrieb. Beides kann nur für die Zukunft erörtert werden.⁸⁹ Damit untermauert *Ruberg* die Argumentation der Prognoseanhänger.

Dem Prognoseprinzip mag entgegengehalten werden, dass es z.B. bei tätlichen Angriffen auf den Arbeitgeber nicht darauf ankommen kann, ob der Vertragszweck hierdurch gefährdet wird. Der Arbeitgeber müsse auch auf eine Körperverletzung reagieren dürfen, wenn jene nicht zu Betriebsablaufstörungen führen kann.⁹⁰ Gewisse Dinge braucht sich der Arbeitgeber um seiner selbst willen nicht bieten zu lassen. Das ist richtig, aber kann durch solche Vorgänge das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer so weit gestört werden, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der Zukunft unzumutbar wird. Einem nutzbringenden Arbeitsverhältnis wird eine wesentliche Voraussetzung entzogen.⁹¹ Auch hier greift also das Prognoseprinzip.

Folgt man dem Sanktionsprinzip, so ist eine verhaltensbedingte Kündigung nur möglich, wenn dem Arbeitnehmer Verschulden zur Last gelegt werden kann.⁹² Allerdings sollen Kündigungsgründe unabhängig vom Verschulden einer Partei eingreifen können⁹³, da

⁸⁸ Preis, DB 1990, 630 (634).

⁸⁹ Ruberg, S. 288.

⁹⁰ Adam, NZA 1998, 284 (286).

⁹¹ Herschel in: FS für Müller, S. 203.

⁹² Preis, Prinzipien S. 333.

⁹³ Berkowsky, § 18 Rn 27f.

allein objektive Umstände für die Rechtfertigung der Kündigung ausschlaggebend sind.⁹⁴

Wendet man hingegen das Prognoseprinzip an, kann auch nicht schuldhaftes Handeln ausschlaggebend für eine Kündigung sein, etwa bei der Verdachtskündigung – eine herkömmlicherweise als verhaltensbedingte Kündigung eingestufte Gruppe.⁹⁵ Im Übrigen ist nach *Preis*⁶ Ansicht die Erforderlichkeit der Abmahnung bei der verhaltensbedingten Kündigung ein weiterer Gesichtspunkt, der für das Prognoseprinzip spricht. Die Abmahnung habe gerade den Zweck, den Arbeitnehmer zu veranlassen, sei bisheriges Verhalten, das mit den vertraglichen Pflichten nicht vereinbar ist, *zukünftig* zu ändern.⁹⁶

1. Zeitpunkt der Prognose

Die Negativprognose muss mit dem Zeitpunkt des Vorliegens des Kündigungsgrundes zusammenfallen.

2. Prognosespielraum

Dem Arbeitgeber, dessen Rechtsmacht durch die Sozialwidrigkeit einer Kündigung begrenzt werden soll, kann kein Spielraum hinsichtlich der Auswahl des einschlägig bedrohten Schutzgutes gewährt werden. Einen Prognosespielraum hat er also nicht.⁹⁷

3. Zusammenfassung

Die Negativprognose ist eine elementare Voraussetzung der verhaltensbedingten Kündigung. Das entgegenstehende Sanktionsprinzip ist wegen seines im Zivilrecht deplatzierten Strafcharakters abzulehnen.

⁹⁴ Preis, aaO.

⁹⁵ Preis, Prinzipien S. 329.

⁹⁶ Preis, Prinzipien S. 329f.

⁹⁷ Ruberg, S. 289.

Jede Kündigung ist zukunftsbezogen, weil mit ihr das Risiko weiterer Vertragsverletzungen ausgeschlossen werden soll.⁹⁸ Entscheidend ist, ob eine weitere fruchtbare Vertragsfortführung zu erwarten ist. Die Nachprüfung der Negativprognose obliegt allein dem Gericht, denn ein Bewertungsspielraum beim Arbeitgeber würde die Vorhersehbarkeit der Rechtsprechungsergebnisse verringern.

IV. Konkrete Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis

Liegt bereits eine konkrete *Vertragspflichtverletzung* vor, erübrigt sich die Prüfung dieses Punktes, da das Arbeitsverhältnis ja schon negativ beeinflusst ist.

Liegen die Störungen allerdings außerhalb des Leistungsbereiches, also z.B. im Betriebs- oder Vertrauensbereich, so fordert die Rechtsprechung ebenfalls eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses.⁹⁹

Problematisch dabei ist die teilweise bemerkenswerte Inkonsequenz der Rechtsprechung:

Ein Arbeitnehmer kam in 1 ½ Jahren 104 mal zu spät zur Arbeit und kassierte insgesamt sechs Abmahnungen. Dies wurde vom BAG nicht als schlechthin wichtiger Kündigungsgrund anerkannt, sondern zusätzlich die Darlegung einer konkreten Beeinträchtigung betrieblicher Interessen verlangt.¹⁰⁰

In einem anderen Fall wurde eine Kuchenverkäuferin *ohne* Abmahnung fristlos gekündigt, weil sie ein Stück Bienenstich im Wert von ca. 1 DM aus dem Regal genommen und verzehrt hat.¹⁰¹

Preis bezeichnete den letzten Fall als „Ausrutscher“ der Rechtsprechung¹⁰² – anders kann sich diese Uneinheitlichkeit und extreme Divergenz nicht erklären lassen. Der Vertrauensbereich und damit das Arbeitsverhältnis muss im ersten Fall mindestens (!) genauso

⁹⁸ Preis, DB 1990, 630 (634).

⁹⁹ BAG DB 1982, 498; 1985, 341; 1985, 655; 1988, 1757.

¹⁰⁰ BAG 17.3.1988 DB 1988, 1855.

¹⁰¹ BAG 17.5.1984 DB 1984, 2702.

¹⁰² Preis, DB 1990, 685 (689).

stark berührt sein wie beim einmaligen Verzehr eines Stückes Kuchen.

Das Vorliegen einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses kann auch mit Hilfe der Negativprognose (**oben III. Seite 18**) erfolgen.

Nicht jede Vertragsverletzung kann einen Kündigungsgrund darstellen. Der Verschuldensgrad, der Schadensumfang, die Betriebsstörung oder der Grad der Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses, die durch die Vertragspflichtverletzung hervorgerufen werden, könnten einschränkend wirken. Diese Umstände sollen nach *Preis* aber erst in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden.¹⁰³

V. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit / mildere Mittel

Seit dem BAG Urteil vom 30.05.1978¹⁰⁴ herrscht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht. Die Beendigungskündigung darf nur das letzte Mittel sein (ultima-ratio-Prinzip¹⁰⁵); deshalb stellt sich die Frage, ob zunächst mildere Mittel in Betracht kommen.

Dabei ist zunächst zu fragen, ob denkbare mildere Mittel überhaupt geeignet sind, das Kündigungsinteresse entfallen zu lassen.¹⁰⁶ Der Zweck des Kündigungsgrundes und auch der konkrete Anlass der Kündigung sind für diese Frage entscheidend.

Wer häufig zu spät kommt oder Anzeigepflichten verletzt, kann nicht durch eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz einer

¹⁰³ Preis, DB 1990, 630 (634).

¹⁰⁴ BAGE 30, 309 (310).

¹⁰⁵ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 139.

¹⁰⁶ Preis, NZA 1997, 1073 (1077).

Kündigung „entrinnen“. Die Versetzung ist in diesen Fällen ein an sich ungeeignetes Mittel.

Preis formuliert ein noch deutlicheres Beispiel: ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitgeber verprügelt oder beleidigt, kann im Kündigungsschutzprozess nicht geltend machen, die Kündigung sei unverhältnismäßig, da er hätte versetzt werden können.¹⁰⁷

Eine anderweitige Weiterbeschäftigung kommt in erster Linie bei *arbeitsplatzbezogenen* Mängeln in Betracht, also bei Schlechtleistung des Arbeitnehmers.¹⁰⁸ Es muss allerdings die begründete Aussicht bestehen, dass der Arbeitnehmer die am neuen Arbeitsplatz verlangte Tätigkeit anforderungsgerecht wahrnehmen kann.¹⁰⁹

Bei arbeitsplatzunabhängigen Pflichtverstößen (dauernde Unpünktlichkeit, Verletzung des Alkoholverbots) kann das Risiko weiterer Vertragsverletzungen nicht durch eine Versetzung des Arbeitnehmers verringert werden. Sie ist als milderer Mittel ungeeignet.

1. Vorrang der Änderungskündigung

Auch hier ist zu fragen, ob die Änderungskündigung überhaupt an sich geeignet ist, die Vertragsverletzungen abzustellen. Sie käme in Frage, wenn der Arbeitnehmer unzureichende Leistungen erbringt und zudem übertariflich bezahlt wird. In Fällen, wo es um Anpassung von Lohn und Leistung geht, ist sie ebenfalls denkbar, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer auch bei der minder qualifizierten Tätigkeit Verwendung hat.¹¹⁰

2. Betriebsbußen als milderer Mittel?

Betriebsbußen mit ihrem bestrafenden Charakter¹¹¹ können von ihrer Natur her schon kein milderer Mittel gegenüber der Kündigung sein.

¹⁰⁷ Preis, aaO.

¹⁰⁸ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 276.

¹⁰⁹ Preis, Prinzipien S. 462.

¹¹⁰ Preis, DB 1990, 685 (686).

¹¹¹ BAG DB 1978, 1548.

Außerdem ist es widersprüchlich, wenn das angeblich mildere Mittel „Betriebsbuße“ nach § 87 I Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterliegt, die Kündigung als schärferes Mittel jedoch nicht.¹¹² Dem ist zuzustimmen.

3. Abmahnung

Die Abmahnung als milderes Mittel mit Hinweis- und Warnfunktion wird gesondert behandelt. (siehe unten VIII., Seite 29 ff)

VI. Interessenabwägung

Schon § 626 I BGB verlangt für die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung, dass eine Interessenabwägung erfolgt ist, infolge derer es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

Ähnliches gilt für die ordentliche Kündigung nach § 1 II KSchG, auch wenn es im Wortlaut nicht ausdrücklich erwähnt ist. Es muss dem Arbeitgeber gerade unzumutbar sein, das Arbeitsverhältnis über den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hinaus fortzusetzen.¹¹³

Allerdings muss das Gewicht der Gründe nicht so schwer sein, dass es für den Arbeitgeber schlechthin unzumutbar sei, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Dann käme ja bereits die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund in Betracht.

Begründet wird das Erfordernis der Unzumutbarkeit vor allem damit, dass § 1 II KSchG eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben aus § 242 BGB sei und die Zumutbarkeit ihrerseits die subjektive Seite von Treu und Glauben darstellt.¹¹⁴

Um die Unzumutbarkeit festzustellen, erfolgt ein Rückgriff auf den „verständig urteilenden Arbeitgeber“: diese muss bei gewissenhafter Abwägung der beiderseitigen Interessen zum Ergebnis kommen, dass er kündigen würde.

¹¹² Preis, aaO.

¹¹³ Schaub, § 130 S. 1170; Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 277.

¹¹⁴ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 120.

Im Endeffekt sichert diese Bezeichnung nur eine objektive Betrachtungsweise des Sachverhalts.

Für die Abwägung sind folgende Abwägungsgesichtspunkte einschlägig¹¹⁵:

Auf Seiten des Arbeitnehmers:

- Intensität und Beharrlichkeit der Vertragsverletzung
- keine früheren Pflichtwidrigkeiten?
- Mitverschulden des Arbeitgebers
- Dauer der (ungestörten) Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Umfang der Unterhaltspflichten (str., siehe unten)
- Lage auf dem Arbeitsmarkt
- Versetzungsmöglichkeit (siehe oben, V.)

Auf Seiten des Arbeitgebers:

- Arbeits- und Betriebsdisziplin
- Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Betriebs bzw. des Unternehmens
- Eintritt eines Vermögensschadens
- Wiederholungsgefahr
- Rufschädigung
- Schutz der übrigen Belegschaft

1. Unterhaltspflichten als Abwägungskriterium?

Umstritten ist, ob Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers in die Interessenabwägung einfließen, da sie nach einer Ansicht keinen Bezug zum verhaltensbedingten Kündigungsgrund haben.¹¹⁶ *Etzel* wider-

¹¹⁵ mwN: Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 278; Schaub, § 130 S. 1171.

¹¹⁶ so BAG 2.3.1989, AP Nr. 101 zu § 626 BGB = DB 1989, 1679.

spricht dem.¹¹⁷ Nach seiner Auffassung muss eine Interessenabwägung alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigen, sie muss vollständig und widerspruchsfrei sein.¹¹⁸ Auch *Hümmerich* lässt bestehende Unterhaltsverpflichtungen als Abwägungsgegenstand zu.¹¹⁹

Zwar wird das Gewicht des verhaltensbedingten Kündigungsgrundes nicht deshalb weniger, weil der vertragsbrüchige Arbeitnehmer viele Kinder zu versorgen hat.¹²⁰ Nach *Etzel* müssten aber auch soziale Gesichtspunkte wie Lebensalter und Unterhaltsverpflichtungen eingerechnet werden.

Jedoch hat die persönliche Lebensführung und die damit zusammenhängende Vermögenslage nichts mit den Kündigungsgründen des KSchG zu tun.¹²¹

Andererseits kann nach Urteil des BAG eine unverschuldete Zwangslage des Arbeitnehmers eine an sich mögliche ordentliche Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung entfallen lassen.¹²²

Außerdem ist zu bedenken, dass der Arbeitnehmer aus dem Dauerschuldverhältnis mit dem Arbeitgeber idR seine wesentliche Existenzgrundlage zieht, die ihm mit der Kündigung genommen wird.

Es geht bei der Interessenabwägung vor allem um eine Folgenbewertung, d.h. es werden die Folgen der Kündigung für den Arbeitnehmer zu den betrieblichen Folgen der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses in Bezug gesetzt.¹²³

Nach *Rubergs* Ansicht müsse bei dieser Folgenerfassung und –bewertung die „empirisch abgesicherte Erkenntnis“¹²⁴ von der belastenden Bedeutung des Rollenverlusts des Arbeitnehmers als Ernährer der Familie beachtet werden.¹²⁵ Zur Unterstützung seiner Argumentation zieht er ein Urteil des BAG aus dem Jahre 1955 her-

¹¹⁷ KR-*Etzel* § 1 KSchG Rn 395ff.

¹¹⁸ KR-*Etzel* § 1 KSchG Rn 221.

¹¹⁹ *Hümmerich*, § 4 Rn 29.

¹²⁰ Preis, DB 1990, 685 (688); *Ruberg* S. 332.

¹²¹ Preis, NZA 1997, 1073 (1078).

¹²² BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 43.

¹²³ *Ruberg*, S. 329 aE.

¹²⁴ mwN: *Ruberg*, S. 235.

¹²⁵ *Ruberg*, S. 332.

an¹²⁶: danach musste auch bei einer fristlosen Kündigung unter anderem erwogen werden, ob dem Arbeitgeber kraft seiner *Fürsorgepflicht* eine vorläufige Weiterbeschäftigung anzusinnen war, um den Arbeitnehmer vor dem sonst drohenden unverhältnismäßigen Verlust der Alters- und Hinterbliebenenversorgung zu bewahren.

Insgesamt ist der Ansicht zu folgen, die auch Unterhaltsverpflichtungen mit in die Interessenabwägung einbezieht, zumal der Gesetzeswortlaut in § 1 II KSchG die Interessenabwägung nicht ausdrücklich normiert und somit auch nicht festlegt, auf welche Bereiche sie zu begrenzen ist. Ferner kann man sich gerade in heutiger Zeit nicht der immensen sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung des Verlustes des Arbeitsplatzes verschließen und dem Arbeitnehmer zumindest noch dieses Gewicht in der „Waagschale“ zusprechen.

Jedenfalls muss die Unterhaltsverpflichtung in zwei Fällen einbezogen werden:

- unverschuldete Zwangslage des Arbeitnehmers¹²⁷
- die Unterhaltsverpflichtungen waren das bestimmende Tatmotiv für das Handeln des Arbeitnehmers.¹²⁸

2. Allgemeine Erwägungen

Es bleibt die Frage, ob jedes noch so fernliegende Billigkeitskriterium in diese Waagschale geworfen werden kann.

Im Kern hat sich die Interessenabwägung bei der verhaltensbedingten Kündigung dahin entwickelt, dass sie sich nur noch auf die Gewichtung der Vertragspflichtverletzung bezieht. Die Prinzipien der allumfassenden Interessenabwägung sind bereits in den anderen Prüfungspunkten Vertragspflichtverletzung, Verschulden, Vorrang milderer Mittel und Abmahnung aufgegangen.¹²⁹ Kriterien, die an diesen Stellen nicht zum Tragen kamen, sollten dann bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden.

¹²⁶ BAG 3.1.1995 [Bl. 3 R].

¹²⁷ BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 43.

¹²⁸ BAG DB 1989, 1679.

3. Bindung an den Parteivortrag

Berkowsky weist darauf hin, dass im Rahmen der Interessenabwägung nur solche Umstände berücksichtigt werden können, die von den Parteien im Prozess vorgetragen worden sind. Das Gericht habe keine Möglichkeit, nicht vorgetragene Umstände von Amts wegen zu ermitteln.¹³⁰

VII. Verschulden

Es ist umstritten, ob der Arbeitnehmer einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund schuldhaft gesetzt haben muss.¹³¹

Nach einer Ansicht kommt eine verhaltensbedingte Kündigung grundsätzlich nur bei schuldhaftem, d.h. vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten in Frage.¹³²

Diese Auffassung ist eine Schlussfolgerung des noch vertretenen Gedankens, dass die verhaltensbedingte Kündigung als Sanktion zu verstehen ist.¹³³ Oder anders herum: Vertritt man die Auffassung, bei der Kündigung handele es sich um ein Sanktionsinstrument für Fehlverhalten, so kann nur schuldhaftes Verhalten zur Kündigung führen, da nur solches „bestraft“ werden kann.¹³⁴

Nach der hier gefolgten Ansicht¹³⁵, wonach die Kündigung zukunftsbezogen ist, kann es deshalb auf ein Verschulden nicht zwangsläufig ankommen. Selbst nicht schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers kann das für das Arbeitsverhältnis notwendige wechselseitige Vertrauen zerstören.¹³⁶

¹²⁹ Preis, aaO.

¹³⁰ Berkowsky, § 7 Rn 25.

¹³¹ Schaub, § 130 S. 1170.

¹³² BAG 16.3. 1961, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; BAG 21.5.1992, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 279.

¹³³ so Fromm BB 1995, 2578 (2579).

¹³⁴ Berkowsky, § 18 Rn 27f.

¹³⁵ siehe oben A III. Seite 18f.

¹³⁶ Schaub, § 130 S. 1170.

Selbstverständlich kann nicht jede noch so geringfügige Störungshandlung des Arbeitnehmers eine verhaltensbedingte Kündigung begründen. *Berkowsky* benutzt dabei den Begriff eines „Kreditrahmens“, um diese Problematik plastisch darzustellen: Der Arbeitnehmer habe einen Kreditrahmen auf seinem Verhaltenskonto zur Verfügung, den er in Anspruch nehmen kann. Das bedeutet, dass an sich vertragswidriges Verhalten den Kreditrahmen nach und nach ausschöpfen kann, jedoch erst kündigungsrelevant wird, wenn der Kredit aufgebraucht ist, d.h. „wenn das Maß voll ist“.¹³⁷

Dabei soll der Kreditrahmen von Arbeitnehmer zu Arbeitnehmer unterschiedlich sein können, nicht aber gänzlich auf Null reduziert werden.

Hat sich der Arbeitnehmer objektiv vertragswidrig verhalten, war sich dessen aber nicht bewusst, kann eine Negativprognose idR nicht stattfinden, weshalb es einer einschlägigen Abmahnung bedarf, um den Arbeitnehmer auf sein Fehlverhalten und mögliche Folgen (Kündigung!) hinzuweisen.¹³⁸

VIII. Abmahnung

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber in der Regel verpflichtet, den Arbeitnehmer wegen eines pflichtwidrigen Verhaltens abzumahnern, bevor er ihm aus diesem Grunde (bei Wiederholung) eine Kündigung ausspricht.¹³⁹ Eine Kündigung ohne vorausgehende Abmahnung ist demnach im Regelfall sozialwidrig.¹⁴⁰ Ihre Notwendigkeit ergibt sich aus dem im gesamten Kündigungsrecht herrschenden Verhältnismäßigkeitsprinzip, wonach die Kündigung die unausweichlich letzte Maßnahme sein muss.¹⁴¹

¹³⁷ *Berkowsky*, § 18 Rn 30.

¹³⁸ *Berkowsky*, § 18 Rn 33.

¹³⁹ BAG 28.9.1961 AP Nr. 1 § 1KschG VK, BAG NZA 1986, 713; BAG NZA 1997, 1281.

¹⁴⁰ *Berkowsky*, § 19 Rn 35.

¹⁴¹ *Marscholke*, S 66.

1. Begriff und Zweck der Abmahnung

Die Abmahnung soll dem Arbeitnehmer seine Pflichtverletzung vor Augen führen (*Beanstandungsfunktion*) und ihm gleichzeitig aufzeigen, dass er im Wiederholungsfall mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen muss (*Warn- oder Androhungsfunktion*).¹⁴² Außerdem liegt in ihr eine *Dokumentationsfunktion*, wenn sie schriftlich erteilt und zu den Personalakten genommen wurde¹⁴³, d.h. sie soll das beanstandete Verhalten tatbestandsmäßig feststellen.¹⁴⁴ Eine Sanktionsfunktion ist nicht enthalten, da die Abmahnung nicht bestraft, sondern lediglich zu künftigem vertragsgemäßen Verhalten auffordern soll.¹⁴⁵

Berkowsky weist in diesem Zusammenhang wieder auf sein plastisches „Kreditrahmen-Modell“ hin¹⁴⁶: Die Abmahnung diene zum einen der Sicherung eines „Mindest-Kreditrahmens“, innerhalb dessen sich der Arbeitnehmer bewegen kann und zum anderen der Warnanzeige, dass der Kreditrahmen demnächst ausgeschöpft sein wird.

Das BAG definiert sie wie folgt: *„Eine Abmahnung liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Leistungsmängel beanstandet und damit den Hinweis verbindet, dass im Wiederholungsfalle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei.“*¹⁴⁷

Sie ist ein anerkanntes¹⁴⁸ milderes Mittel vor Ausspruch der Beendigungskündigung.

¹⁴² Marscholke, aaO.

¹⁴³ Bährle, *Betrieb und Wirtschaft*, Heft 1/2000 S. 35 (36).

¹⁴⁴ Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 281; Berkowsky, § 24 Rn 15.

¹⁴⁵ KR-*Hillebrecht*, § 626 BGB Rn 98.

¹⁴⁶ Berkowsky, § 24 Rn 6.

¹⁴⁷ BAG DB 1980, 1351.

¹⁴⁸ Schaub, NZA 1997, 1185.

2. Rechtsgrundlage

Die Abmahnung ist nicht gesetzlich geregelt. Sie wurde von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt.¹⁴⁹

Fraglich ist die Rechtsgrundlage, auf der sie aufbaut. Nach einer Ansicht entspringt sie den Wertungen der §§ 326 I, 553, 634, 635, 643, 651c II BGB: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gelte danach immer dann, wenn die Rechtsordnung der einen Partei das Recht verleiht, in die Rechtsposition der anderen einzugreifen. Die Verhältnismäßigkeit gebiete es, dem anderen nochmals Gelegenheit zu geben (Nachfrist), die Gegenleistung zu erbringen.¹⁵⁰ Doch die Stützung z.B. auf § 326 BGB überzeugt nicht, weil es dort um verspätete, noch nachholbare Hauptleistungspflichten geht. Im Arbeitsrecht problematisch sind aber kündigungsrelevante Nebenpflichtverletzungen und außerdienstliche vertragsbezogene Verhaltensweisen. *Preis* zeigt die logische Unstimmigkeit auf, die sich im Rückgriff auf die Wertungen der genannten Paragraphen verbirgt: Verhaltensweisen des Arbeitnehmers, die lediglich Nebenpflichten verletzen, könnten danach eher ohne Abmahnung eine Kündigung veranlassen als die Verletzung der Hauptleistungspflicht, die dem Gedanken des § 326 näher steht.¹⁵¹

Das BAG sieht in der Abmahnung die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber mache als Gläubiger der Arbeitsleistung den Arbeitnehmer mit der Abmahnung auf dessen vertragliche Pflichten aufmerksam und fordere ihn zugleich für die Zukunft zu einem vertragsgetreuen Verhalten auf, wobei er zeitgleich individualrechtliche Konsequenzen (z.B. Kündigung) für den Fall der Wiederholung androht.¹⁵² *Hillebrecht* folgt dieser Ansicht.¹⁵³

¹⁴⁹ *KPK-Schiefer*, S. 159.

¹⁵⁰ *Schaub*, NZA 1997, 1185 (1186); *Hueck/v. Hoyningen-Huene*, § 1 Rn 289.

¹⁵¹ *Preis*, DB 1990, 685 (687 aE).

¹⁵² *BAG NZA* 1994, 500.

¹⁵³ *KR-Hillebrecht*, § 626 BGB Rn 96h.

Die Literatur sieht darin eine Loslösung von der Rechtsgrundlage des § 326 und des Verhältnismäßigkeitsprinzips.¹⁵⁴ Mit der Annahme eines allgemeinen vertraglichen Rügerechts, das jedem Vertragspartner in seiner Gläubigerstellung zusteht¹⁵⁵, bedarf es keiner Herleitung aus den genannten Paragrafen.

3. Rechtsnatur der Abmahnung

Aus der Rechtsgrundlage folgt die Rechtsnatur der Abmahnung. Als individualvertragliches Rügerecht ist sie keine Willenserklärung, da sie nicht auf den Eintritt einer Rechtsfolge gerichtet ist. Sie ist lediglich eine tatsächliche Erklärung des Arbeitgebers, die keine unmittelbare Rechtsfolge auslöst.¹⁵⁶ Sie hat die bereits erwähnte Hinweis- und Warnfunktion.

4. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Als empfangsbedürftige geschäftsähnliche Willensäußerung¹⁵⁷ muss die Abmahnung dem Empfänger zugegangen sein und er muss Kenntnis von ihrem Inhalt erlangt haben.¹⁵⁸

Vergewissert sich ein ausländischer Arbeitnehmer bei fehlenden Sprachkenntnissen nicht alsbald über den Inhalt des Abmahnungsschreibens, kann er sich auf fehlende Kenntnis des Inhalts nicht berufen.¹⁵⁹

Die Abmahnung kann formfrei erfolgen. Da der Arbeitgeber für das Vorliegen einer wirksamen Abmahnung aber darlegungs- und beweispflichtig ist, empfiehlt sich für die Praxis die Schriftform einzuhalten.¹⁶⁰

¹⁵⁴ KPK-Schiefer, S. 160.

¹⁵⁵ KR-Hillebrecht, § 626 Rn 98e.

¹⁵⁶ KPK-Schiefer, aaO.

¹⁵⁷ KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rn 96a.

¹⁵⁸ BAG 9.8.1984, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11.

¹⁵⁹ Bährle, Betrieb und Wirtschaft, Heft 1/2000, S. 35 (36).

¹⁶⁰ KPK-Schiefer, S. 169.

a) Erforderlichkeit der Abmahnung

Bis zu der Entscheidung des BAG vom 4.6.1997¹⁶¹ war eine Abmahnung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung nur bei arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen notwendig, die sich auf den *Leistungsbereich* auswirkten. Darunter fallen z.B. Schlecht- oder Fehlleistungen des Arbeitnehmers. Sie war nur entbehrlich, wenn es um besonders schwere Pflichtverletzungen ging, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar war.¹⁶² Mit einer ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung durfte nicht mehr zu rechnen sein.

Bei Pflichtverletzungen, die zu einer Störung im Vertrauensbereich des Arbeitgebers führten, war bis zur genannten Entscheidung grundsätzlich *keine* Abmahnung nötig. Sie war nur ausnahmsweise erforderlich, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen durfte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig bzw. sein Verhalten werde vom Arbeitgeber als nicht erheblich und somit den Bestand des Arbeitsverhältnis nicht gefährdend angesehen.¹⁶³ Dieser Grundsatz galt auch für den Betriebsbereich, also den, der das Verhalten der Arbeitnehmer untereinander im Betrieb betrifft.¹⁶⁴

Mit der Entscheidung vom 4.6.1997 erklärte das BAG, dass es an seiner Ausgangsrechtsprechung nicht mehr festhalte. Das Abmahnungserfordernis sei jetzt bei jeder Kündigung zu prüfen, die wegen eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers oder aus einem Grund in seiner Person ausgesprochen wurde, den er durch sein steuerbares Verhalten beseitigen konnte. Es muss also eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden können.

Diese Auffassung wurde bereits vor dem Urteil teilweise in der Literatur vertreten¹⁶⁵ bzw. wurde die bisherige Ansicht des BAG kritisiert.¹⁶⁶

¹⁶¹ BAG NZA 1997, 1281.

¹⁶² Zuber, NZA 1999, 1142.

¹⁶³ BAG NZA 1984, 1917; BAG NZA 1996, 873.

¹⁶⁴ Zuber, aaO.

¹⁶⁵ KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rn 96c; Preis NZA 1997, 1073 (1077).

Entbehrlichkeit der Abmahnung nach neuer Rechtsprechung im *Leistungsbereich*:

- besonders schwere Pflichtverletzung
- erkennbar fehlender Wille des Arbeitnehmers zu künftigem vertragstreuen Verhalten
- bei fehlender Steuerbarkeit des Verhaltens

Entbehrlichkeit der Abmahnung nach neuer Rechtsprechung im *Vertrauens- bzw. Betriebsbereich*:

- wenn mit der Wiederherstellung des Vertrauens nicht gerechnet werden kann, d.h. eine besonders schwere Pflichtverletzung vorliegt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (Bsp.: Unterschlagung von Schrott im Wert von DM 200 genügt dafür)¹⁶⁷
- bei hartnäckigem und uneinsichtigem Fortsetzen der Vertragsverletzungen trotz Kenntnis der Vertragswidrigkeit des Verhaltens¹⁶⁸

aa) Wiederherstellbarkeit des Vertrauens

Fraglich ist, ab wann das Vertrauen des Arbeitgebers nicht wiederherstellbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer zuvor bereits einschlägig abgemahnt wurde.¹⁶⁹ Denn hat der Arbeitnehmer sich diese erste Abmahnung nicht zur Warnung gereichen lassen, kann auch künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mit vertragstreuem Verhalten gerechnet werden.

Zu beachten ist allerdings, dass bei Vermögensdelikten idR keine Abmahnung erforderlich ist, da man davon ausgeht, dass bei derart

¹⁶⁶ Berkowsky, § 24 Rn 20.

¹⁶⁷ BAG NZA 1999, 587.

¹⁶⁸ Zuber, NZA 1999, 1142 (1443).

¹⁶⁹ Zuber, aaO.

gravierenden Pflichtverletzungen das Vertrauen des Arbeitgebers erfahrungsgemäß nicht wiederherstellbar ist.¹⁷⁰

bb) Bagatelldelikte

Im schon zitierten Bienenstichfall¹⁷¹ wurde die Verkäuferin fristlos ohne Abmahnung gekündigt, weil sie unerlaubt ein Stück Kuchen verzehrt hatte. Setzt man den Maßstab an, dass nur bei „besonders schweren Pflichtverstößen“ eine Abmahnung entbehrlich ist, so käme man hier zu dem Ergebnis, dass die Kündigung ohne vorherige Abmahnung nicht wirksam wäre. Darüber hinaus fehlt es bei Bagatelldelikten meist an Anhaltspunkten, dass der Arbeitnehmer auch künftig hartnäckig und uneinsichtig an seinem Fehlverhalten festhalten wird.¹⁷²

b) Abmahnungsberechtigung

Zur Abmahnung berechtigt sind nach einer Ansicht nicht nur kündigungsrechtliche Personen, sondern alle Mitarbeiter, die nach ihrer Aufgabenstellung befugt sind, Weisungen hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistung zu erteilen. Dazu zählen auch Vorgesetzte des Arbeitnehmers.¹⁷³

Dem kann entgegengehalten werden, dass bei Vorgesetzten die Warn- und Androhungsfunktion der Abmahnung nicht erfüllt werden kann, da sie nicht zur Kündigung berechtigt sind. Ihre „Abmahnung“ sei in Wirklichkeit eine bloße Ermahnung, die keine Voraussetzung der Kündigung ist.¹⁷⁴

Um die Unwirksamkeit ihrer „Abmahnungen“ zu verhindern, muss eine ausdrückliche Ermächtigung des Arbeitgebers zur Abmahnung vorliegen.¹⁷⁵ Dem ist zuzustimmen im Hinblick auf die sonst fehlende Warn- und Androhungsfunktion der Abmahnung.

¹⁷⁰ Hümmerich, § 4 Rn 7.

¹⁷¹ BAG EzA § 626 BGB n.F. Nr. 90.

¹⁷² Zuber, aaO.

¹⁷³ BAG BB 1980, 1269; Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 1 Rn 288a.

¹⁷⁴ Schaub, § 61 V S. 384.

c) Bestimmtheit

Die Abmahnung muss das gerügte Fehlverhalten konkret bestimmen. Andernfalls kann sie ihre Beanstandungsfunktion nicht erfüllen.¹⁷⁶ Für den Fall der Wiederholung dieses Fehlverhaltens muss mit Konsequenzen für den Inhalt oder Bestand des Arbeitsverhältnisses gedroht werden.¹⁷⁷

Die Abmahnung sollte möglichst so konkret sein, dass kein Zweifel aufkommen kann, welcher Vorgang beanstandet werden soll.¹⁷⁸

d) zeitliche Geltungsdauer/Fristen

Die Ausübung des Abmahnungsrechts ist an keine gesetzlichen Fristen gebunden. Allerdings wird ihre Wirkung umso schwächer, je länger der Arbeitgeber wartet.¹⁷⁹ Eine Verwirkung ist denkbar, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Zeitablaufs und zusätzlicher Umstände annehmen darf, dass die Pflichtverletzung keine Konsequenzen haben werde. Ist nach einer Abmahnung das Arbeitsverhältnis langjährig störungsfrei verlaufen (hier: 18 Jahre), so ist nach Ansicht des LAG Hamm eine erneute Abmahnung geboten, bevor eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann.¹⁸⁰

In der Literatur wird differenziert: Abmahnungen bei leichten Verfehlungen (z.B. Unpünktlichkeit) sollen eine Wirkungsdauer von 2 Jahren haben, bei schwereren Verstößen 3 Jahre. Zu beachten bleibt, dass dies nur unverbindliche Richtwerte sein können.¹⁸¹

e) Anhörung des Arbeitnehmers

Der Arbeitgeber ist nur zur Anhörung des Arbeitnehmers verpflichtet, wenn sich dies aus Tarifvertrag ergibt.¹⁸²

¹⁷⁵ Bährle, Betrieb und Wirtschaft Heft 1/2000, S. 35 (36).

¹⁷⁶ Marschollek, S. 68.

¹⁷⁷ Hümmerich, § 4 Rn 8.

¹⁷⁸ KPK-Schiefer, S. 168.

¹⁷⁹ Marschollek, S. 69.

¹⁸⁰ LAG Hamm NZA 1998, 483.

¹⁸¹ KPK-Schiefer, S. 168.

¹⁸² BAG DB 1990, 841.

f) Sonstige Voraussetzungen

Die Abmahnung ist nur dann wirksam, wenn der Arbeitnehmer das gerügte Fehlverhalten tatsächlich begangen hat. Subjektive Vorwerfbarkeit (Verschulden) ist dabei nicht erforderlich, es genügt das objektive Vorliegen der Pflichtverletzung.¹⁸³

5. Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Abmahnung

Die Abmahnung als Rügerecht unterliegt aufgrund ihrer individualrechtlichen Natur nicht der Mitbestimmung eines eventuell bestehenden Betriebsrats.¹⁸⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn es eine Betriebsvereinbarung gibt, aus der sich ein Zustimmungsrecht des Betriebsrates ergibt.¹⁸⁵

6. Abmahnung eines Betriebsratsmitglieds

Hat ein Betriebsratsmitglied eine *arbeitsvertragliche* Pflicht verletzt, ist eine Abmahnung möglich. Stellt das Verhalten des BR-Mitgliedes zugleich auch eine Verletzung seiner Pflicht als BR-Mitglied dar, ist die Abmahnung wegen des arbeitsvertraglichen Verhaltens nicht ausgeschlossen.¹⁸⁶

Verweigert das BR-Mitglied die Arbeitsleistung wegen einer nach § 37 VI BetrVG nicht erforderlichen Schulungsmaßnahme, ist eine Abmahnung dann berechtigt, wenn für jeden Dritten ohne weiteres erkennbar war, dass die Teilnahme an der Schulungsmaßnahme für dieses BR-Mitglied nicht erforderlich war.¹⁸⁷

Eine Abmahnung ist auch dann möglich, wenn das BR-Mitglied es unterlässt, sich beim Arbeitgeber abzumelden, wenn seinen Arbeitsplatz verlässt, um seine BR-Tätigkeit im Sinne des § 37 II BetrVG aufzunehmen. Die (*arbeitsvertragliche Neben-*)Pflicht, sich beim Arbeitgeber abzumelden, wenn während der Arbeitszeit die ge-

¹⁸³ KPK-Schiefer, S. 182.

¹⁸⁴ Schaub, NZA 1997, 1185 (1188).

¹⁸⁵ Berkowsky, § 24 Rn 32.

¹⁸⁶ BAG NZA 1994, 500.

¹⁸⁷ BAG aaO.

schuldete Arbeitsleistung nicht erbracht wird, trifft alle Arbeitnehmer gleichermaßen.¹⁸⁸

7. Rechte des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Abmahnung

Die Abmahnung trifft den Arbeitnehmer nicht völlig ohne Rechte auf Gegenmaßnahmen.

a) Entfernungsanspruch

Bei Aufnahme einer unwirksamen Abmahnung steht dem Arbeitnehmer ein Entfernungsanspruch zu.¹⁸⁹ Nach einem erfolglosen Versuch des LAG Hamm zur Verneinung eines Entfernungsanspruches¹⁹⁰ stellte das BAG ausdrücklich fest, dass die Entscheidung des LAG keinen Anlass gäbe, die Rechtsprechung des BAG auch nur im Ansatz in Frage zu stellen.¹⁹¹ Das LAG hatte angeführt, dass die Abmahnung durch Zeitablauf wirkungslos werde und überhaupt erst im Kündigungsschutzprozess relevant werde. Dem kann entgegengehalten werden, dass eine Abmahnung durchaus für den Arbeitnehmer problematisch werden kann, wenn er sich z.B. um eine neue Stelle bewirbt, bei der Rückgriff auf seine bisherige Personalakte genommen wird.

Ist die aufgenommene Abmahnung nur teilweise unwirksam, muss die Abmahnung *insgesamt* aus der Personalakte entfernt werden. Der Arbeitgeber kann aber nach Beseitigung der Fehlerquelle eine neue Abmahnung aussprechen.¹⁹²

Eine Abmahnung ist unwirksam, wenn sie z.B. unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, die den Arbeitnehmer in seiner Rechtsstellung betreffen.¹⁹³ Des Weiteren ist sie unwirksam, wenn sie verkürzte oder unrichtige Sachverhaltsdarstellungen enthält, so dass

¹⁸⁸ Schiefer, NZA 1994, 534 (539).

¹⁸⁹ BAG NZA 1995, 225.

¹⁹⁰ LAG Hamm, LAGE § 611 BGB – Abmahnung – Nr. 30.

¹⁹¹ BAG NZA 1993, 838.

¹⁹² BAG NZA 1993, 220 (222).

das Gesamtbild des Geschehens nicht unerheblich verzerrt wird oder sie unzutreffende Bewertungen beinhaltet.¹⁹⁴

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch mehr auf Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung. Eine Ausnahme besteht, wenn es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Abmahnung dem Arbeitnehmer auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schaden kann.¹⁹⁵ Dies ist vor allem der Fall, wenn zu erwarten ist, dass die Personalakte bei der Bewerbung um eine neue Stelle beigezogen wird, z.B. im öffentlichen Dienst. Der Arbeitnehmer muss aber konkrete Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung seiner Interessen darlegen.¹⁹⁶

Rechtsgrundlage für den Arbeitnehmer ist die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus der entsprechenden Anwendung von §§ 242, 1004 BGB.¹⁹⁷

Eine Klage auf Entfernung ist nicht bei unrichtigen Abmahnungen möglich, sondern auch bei Abmahnungen, die durch Zeitablauf ihre Wirkung verloren haben.¹⁹⁸

b) Gegendarstellung

Nach § 83 II BetrVG sind Erklärungen des Arbeitnehmers zum Inhalt der Personalakte auf sein Verlangen hinzuzufügen. Daraus ergibt sich auch das Recht des Arbeitnehmers, der Personalakte eine Stellungnahme zur Abmahnung beizufügen. Dabei ist dieses Recht unabhängig von der Rechtswidrigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Abmahnung.¹⁹⁹

¹⁹³ KPK-Schiefer, S. 185.

¹⁹⁴ Berkowsky, § 24 Rn 43.

¹⁹⁵ KPK-Schiefer, S. 186.

¹⁹⁶ Berkowsky, § 24 Rn 45.

¹⁹⁷ Belling/Luckey, Fall 18, S. 84.

¹⁹⁸ Bährle, Betrieb und Wirtschaft, Heft 1/200, 35 (38).

¹⁹⁹ Berkowsky, § 24 Rn 40.

aa) Inhalt der Gegendarstellung

In der Gegendarstellung kann der Arbeitnehmer den in der Abmahnung festgehaltenen Sachverhalt aus seiner Sicht darstellen und auf Umstände hinweisen, die ihn in einem günstigeren Licht erscheinen lassen.

bb) Pflicht zur Gegendarstellung?

Der Arbeitnehmer hat keine Pflicht, auf eine unrichtige Abmahnung mit einer Gegendarstellung zu reagieren. Es genügt, wenn er dies später im Kündigungsschutzprozess geltend macht. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast für die inhaltliche Richtigkeit der Abmahnung.²⁰⁰

c) Beschwerde beim Betriebsrat

Nach § 84 I BetrVG kann sich der abgemahnte Arbeitnehmer beim Betriebsrat beschweren. Der Betriebsrat kann sich der Sache annehmen und beim Arbeitgeber vorstellig werden. Eine Möglichkeit, wegen der beanstandeten Abmahnung etwa die Einigungsstelle anzurufen, besteht jedoch nicht.²⁰¹

²⁰⁰ Siehe oben S. 32 (4. Wirksamkeitsvoraussetzungen).

²⁰¹ Bährle, Betrieb und Wirtschaft, Heft 1/200, 35 (38).