

## **Zusatzinformation Magazin praxis+recht: Rauswurf wegen nix?**

Beispielsfälle :

- Beim Bauverbandes Westfalen hatte sich eine Mitarbeiterin vom Buffet für eine bevorstehende Konferenz bedient und zwei Brötchen mit Frikadellen gegessen. Der Arbeitgeber hatte eine fristlose Kündigung ausgesprochen. Auch wenn die Kündigung zwischenzeitlich zurückgenommen wurde, wirft der "Frikadellen-Fall" die Frage auf, ob ein Arbeitgeber bei der Entwendung geringwertiger Sachen eine außerordentliche Kündigung wirksam aussprechen kann.
- Der Fall der Kassiererin "Emmely" hatte ebenso für Aufsehen gesorgt. Sie wurde wegen eines unterschlagenen Pfandbons im Wert von 1,30 EUR außerordentlich gekündigt. Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg sahen die Kündigung als wirksam an. Allerdings entschied das BAG am 10. Juni 2010, dass die Kündigung nicht rechtmäßig war und die Kassiererin weiter beschäftigt werden muss. Insbesondere haben die Richter des BAG in dem Urteil darauf hingewiesen, dass grundsätzlich der wirtschaftliche Schaden für den Arbeitgeber nicht hoch sein muss, damit eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist. Allerdings müssen auch immer die zugunsten der Kassiererin geltenden Gesichtspunkte berücksichtigt werden. In diesem Fall waren das die über drei Jahrzehnte Beschäftigungszeit.
- Ähnliches passiert im sogenannten "Maultaschen"-Fall, bei dem eine Altenpflegerin außerordentlich gekündigt wurde, nachdem sie – entgegen der ausdrücklichen Vorschriften des Arbeitgebers – sechs Maultaschen im Wert von drei Euro mitgenommen hatte.

Die aufgezählten Fälle sind keine Neuheit. Die Rechtsprechung verfolgt seit Jahrzehnten eine konsequente Linie, wenn es um Pflichtverletzungen in Form von Vermögensdelikten geht.

### **Internet Zusatzinformationen „Die verhaltensbedingte Kündigung“**

#### **Vertragswidriges Verhalten als Kündigung**

Nach § 1 Absatz 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) sind Kündigungen, die durch Gründe, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, sozial gerechtfertigt. Im übrigen definiert das Gesetz weder den verhaltensbedingten Grund noch zählt es auch nur beispielweise auf, welches Verhalten einen solchen Kündigungsgrund darstellen könnte. Nach dem bloßen Wortlaut des Gesetzes könnte jedes Verhalten, das den Entschluss des Arbeitgebers zur Kündigung hervorruft, die Kündigung sozial rechtfertigen.

#### **Wann ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt?**

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer schuldhaft und grundlos gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verstößt. Das Verhalten ist in Abwägung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist gerechtfertigt, wenn Umstände im Verhalten des Arbeitnehmers vorliegen, die bei verständiger Würdigung – in Abwägung der Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber – die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lassen.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) stellte in einem Urteil von 1961 klar, dass darauf abzustellen ist, ob sich ein ruhig und verständlich urteilender Arbeitgeber das Verhalten des Arbeitnehmers zum Anlass einer ordentlichen Kündigung nehmen würde. Durch diese Formel des BAG wird versucht, einen objektiven Maßstab für die Prüfung der Kündigung zu finden.

Dabei kommt eine verhaltensbedingte Kündigung kommt grundsätzlich nur bei schuldhaftem Verhalten des Arbeitnehmers in Betracht. Hierbei kann es sich um Vertragsverletzungen verschiedenster Art handeln. Das Verhalten muss aber stets die Interessen des Betriebes treffen, also betriebsbezogen sein.

Zur Rechtfertigung der verhaltensbedingten Kündigung ist neben der Feststellung der Vertragsverletzung, der negativen Prognose und der fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.

Im Rahmen einer Kündigungsschutzklage prüft das Gericht, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zugemutet werden kann. Für diese Abwägung sind die Intensität und Beharrlichkeit der Vertragsverletzung, frühere Pflichtwidrigkeiten des Arbeitnehmers sowie das Maß des Verschuldens von Bedeutung. Betriebliche Beeinträchtigungen, wie zum Beispiel Betriebsablaufstörungen, Vermögensschäden, Rufschädigung sind ebenfalls gewichtige, aber keineswegs notwendige Abwägungsgesichtspunkte. Auch die Dauer der Betriebszugehörigkeit spielt eine Rolle. Je länger das Arbeitsverhältnis bisher störungsfrei gedauert hat, umso strengere Anforderungen sind an eine verhaltensbedingte Kündigung zu stellen.

#### A. Verletzung vertraglicher Pflichten

Der Arbeitgeber kann nur kündigen, wenn der Arbeitnehmer arbeitsvertragliche Pflichten verletzt hat. Hierbei spielt es keine Rolle, ob es sich bei der verletzten Verpflichtung um eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag handelt. Auch ein außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers kann ausnahmsweise einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen. Dann muss allerdings das außerdienstliche Verhalten zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führen. Der Arbeitgeber kann beispielsweise verhaltensbedingt kündigen, wenn der Arbeitnehmer sich im Betrieb strafbar macht (Diebstahl, Unterschlagung etc.). Auch ein unerlaubter Alkoholenuss des Arbeitnehmers oder dessen Arbeitsverweigerung kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

#### B. Negativprognose

Die verhaltensbedingte Kündigung bedeutet keine Sanktion. Sie ist zukunftsgerichtet, deshalb erfordert sie eine negative Zukunftsprognose. Eine verhaltensbedingte Kündigung kann nur dann vom Arbeitgeber wirksam ausgesprochen werden, wenn auch in Zukunft aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers mit weiteren Vertragsverletzungen zu rechnen ist. (Wiederholungsgefahr). Diese Voraussetzung liegt aber regelmäßig vor, wenn der Arbeitnehmer vorher in Form einer Abmahnung auf sein vertragswidriges Verhalten hingewiesen wurde.

#### C. Verschulden

Die verhaltensbedingte Kündigung erfordert vom Begriff her kein Verschulden des Arbeitnehmers. Jedoch dürfte bei fehlenden Verschulden eine verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig nicht in Betracht. Die soziale Rechtfertigung ist nur gegeben, wenn der Arbeitnehmer schuldhaft gegen seine Vertragspflichten verstößt. Es ist nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer vorsätzlich handelt. Es genügt Fahrlässigkeit.

#### D. Abmahnung

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn zuvor eine Abmahnung an den zu kündigenden Arbeitnehmer ergangen ist. In dieser Abmahnung muss die Missbilligung des Verhaltens des Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber zum Ausdruck kommen. Für den Fall einer Wiederholung ist dem Arbeitnehmer außerdem die Kündigung anzudrohen. Die Abmahnung dient dazu, den beanstandeten Vorfall für den Arbeitgeber festzustellen (Dokumentationsfunktion). Des weiteren soll der Arbeitnehmer an seine vertraglichen Verpflichtungen erinnert (Erinnerungs- oder Ermahnungsfunktion) und vor Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis bei weiterem Fehlverhalten gewarnt werden (Ankündigungs- und Warnfunktion).

#### E. Interessenabwägung

Die verhaltensbedingte Kündigung erfordert eine sorgfältige und umfassende Interessensabwägung. Diese hat vor Erklärung der Kündigung zu erfolgen. Das Interesse des Arbeitgebers an der Kündigung des Arbeitnehmers muss gegen dessen Interesse an der Weiterbeschäftigung abgewogen werden. Zu berücksichtigende Faktoren sind z. B. die Intensität der Vertragsverletzung oder die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers. Abzuwägen sind sowohl belastende wie auch entlastende Umstände. Es gibt keine absoluten verhaltensbedingten Kündigungsgründe.

Bei der Interessensabwägung sind auf Seiten des Arbeitgebers folgende Umstände zu berücksichtigen :

- Art und Umfang der betrieblichen Nachteile;
- Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Betriebes;
- Durchsetzung der Arbeits- und Betriebsdisziplin;
- Betriebsablaufstörungen;
- Eintritt eines Vermögensschadens;
- Wiederholungsgefahr;
- Schädigung des Ansehen des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit;
- Schutz der übrigen Mitarbeiter.

Auf Seiten des Arbeitnehmers sind zu berücksichtigen :

- Art, Schwere und Häufigkeit der vorgeworfenen Pflichtverletzung;
- Grad des Verschuldens;
- früheres Verhalten des Arbeitnehmers;
- Dauer der Betriebszugehörigkeit;
- Lebensalter;
- Zahl der Unterhaltsberechtigten;
- Lage auf dem Arbeitsmarkt;
- besondere soziale Schutzbedürftigkeit (z.B. Krankheit)

#### F . Anhörung des Arbeitnehmers

Gesetzlich ist keine Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers normiert. Allerdings ist es ratsam eine Anhörung vorzunehmen, um alle Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe zu kennen und diese bei der Interessenabwägung mit einzubeziehen.

#### G . Anhörung des Betriebsrates bzw. Personalrates

Ist der Arbeitnehmer vor Ausspruch der verhaltensbedingten Kündigung abgemahnt worden, so muss der Betriebsrat (Personalrat) im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach dem Betriebsverfassungsgesetz unterrichtet werden. Anderenfalls kann sich der Arbeitgeber auf die Abmahnung nicht berufen.

## II. Einzelfälle der verhaltensbedingten Kündigung

Nachfolgend sollen in alphabetischer Reihenfolge bestimmte verhaltensbedingte Kündigungsgründe in der Kurzfassung dargestellt werden. In diesen Fällen ist die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers geneigt, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Da aber eine Entscheidung über die soziale Rechtfertigung der Kündigung jedoch nur im Einzelfall möglich ist, können die Ausführungen auf keinen Fall schematische auf einen zu beurteilenden Fall übertragen werden.

### A. Alkoholmissbrauch

Der Arbeitgeber kann im Rahmen der Direktionsrechte ein Alkoholverbot im Betrieb anordnen. Der Verstoß gegen allgemeine betriebliche oder einzelvertragliche Alkoholverbote ist grundsätzlich geeignet, eine Kündigung sozial zu rechtfertigen. Eine vorhergehende Abmahnung ist erforderlich, auch wenn es nicht zu einer konkreten Störung des Betriebsablaufes gekommen ist.

Werden trotz Alkoholverbot mit Zustimmung des Arbeitgebers in der Kantine alkoholische Getränke verkauft, ist dies im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

Bei besonderen Personengruppen, deren Tätigkeit bei vorherigem Alkoholenuss Gefahren für andere Arbeitnehmer oder Dritte mit sich bringt, wie zum Beispiel bei Kraftfahrern, Kranführern und Chirurgen, kann bereits ein einmaliger Verstoß gegen ein Alkoholverbot eine verhaltensbedingte Kündigung begründen. Wird allerdings einem Berufskraftfahrer aufgrund einer Trunkenheit während einer privaten Fahrt die Fahrerlaubnis entzogen, so kommt eine verhaltensbedingte Kündigung nicht in Betracht.

Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, an der Feststellung einer Alkoholisierung mitzuwirken. Er braucht sich also weder einer Atemalkoholanalyse zu unterziehen noch kann er zu einer Blutprobe gezwungen werden.

### B Anzeigen gegen den Arbeitgeber

Bestehen im Betrieb des Arbeitgebers aus Sicht des Arbeitnehmers Sicherheits- oder Gesundheitsbedenken, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, diese Umstände den zuständigen Behörden anzuzeigen. Er muss in der Regel allerdings zuvor versuchen, den Arbeitgeber von seiner Handlungsweise durch entsprechende Hinweise abzubringen. Besteht für den Arbeitnehmer die Gefahr, bei Untätigkeit sich selbst strafrechtlich verantwortlich zu machen (z.B. Fahren eines überladenen Lkws), ist er auch ohne vorherige Unterrichtung des Arbeitgebers befugt, die Ermittlungsbehörden einzuschalten.

Ein Kündigungsgrund kann dagegen vorliegen, wenn der Arbeitnehmer wegen der Zerrüttung privater Beziehungen zum Arbeitgeber aus niederen Beweggründen dem Finanzamt solche Tatsachen mitteilt, die eine Steuerfahndung auslösen. Leitet ein Arbeitnehmer in Kenntnis der wahren Umstände gegen den Arbeitgeber zu Unrecht bewusst bei der Staatsanwaltschaft ein Strafverfahren gegen den Arbeitgeber ein, so rechtfertigt dies grundsätzlich eine ordentliche Kündigung.

### C. Arbeitskampf

Nimmt ein Arbeitnehmer an einem rechtmäßigen Arbeitskampf teil, kann dies kein Kündigungsgrund sein. Nur eine Beteiligung an einem unrechtmäßigen Arbeitskampf rechtfertigt eine Kündigung. Es ist jedoch vorher eine Abmahnung erforderlich. Kündigt der Arbeitgeber nur einzelnen Arbeitnehmern, kann sich der Gekündigte nicht auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz berufen.

#### D Arbeitsverweigerung

Eine beharrliche Arbeitsverweigerung rechtfertigt nach erfolgter Abmahnung grundsätzlich eine verhaltensbedingte Kündigung. Der Arbeitnehmer, der sich nämlich weigert, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, verstößt gegen seine Arbeitspflicht. Eine Kündigung kommt auch in Betracht, wenn der Arbeitnehmer beharrlich die Erfüllung anderer Vertragspflichten ablehnt. So z.B. bei der Weigerung, zu einer Besprechung mit dem Arbeitgeber zu kommen oder an einer Vorsorgeuntersuchung teilzunehmen, die von der Berufsgenossenschaft vorgeschrieben wird.

#### E Beleidigungen und Bedrohungen

Beleidigungen oder Bedrohungen gegenüber dem Arbeitgeber oder Vorgesetzten sind grundsätzlich geeignet, eine Kündigung sozial zu rechtfertigen. Im Einzelfall kann sogar eine fristlose Kündigung erfolgen. Aber nur bewusst erheblich ehrverletzende Äußerungen, die konkret nachteilige betriebliche Auswirkungen haben, stellen eine Beleidigung dar.

#### F Eigenmächtiger Urlaubsantritt

Bei eigenmächtigem Urlaubsantritt oder eigenmächtiger Urlaubsverlängerung ohne vorherige Zustimmung des Arbeitgebers, ist eine ordentliche Kündigung regelmäßig gerechtfertigt. Nach vorheriger Abmahnung ist eine Kündigung gerechtfertigt, allerdings ist zu berücksichtigen, ob ein beantragter Urlaub zu Recht abgelehnt wurde.

#### G Krankmeldungen

Gemäß § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Die verspätete Anzeige der Arbeitsunfähigkeit und die verspätete Hereingabe der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung rechtfertigen zumindest nach zwei einschlägigen Abmahnungen die verhaltensbedingte Kündigung.

Wurde die Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht, kann eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung gerechtfertigt sein.

#### H Lohnpfändungen

Lohnpfändungen berechtigen den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zu einer ordentlichen Kündigung. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer unverschuldet in eine finanzielle Notlage geraten ist. Eine Kündigung wegen häufiger Lohnpfändungen ist nur dann ausnahmsweise sozial gerechtfertigt, wenn die Lohnpfändungen oder -abtretungen beim Arbeitgeber als Drittschuldner einen derartigen Arbeitsaufwand verursachen, dass dies nach objektiver Beurteilung zu wesentlichen Störungen im Arbeitsablauf (etwa in der Lohnbuchhaltung oder in der Rechtsabteilung) oder in der betrieblichen Organisation führt.

#### I Missbrauch von Kontrolleinrichtungen

Der Missbrauch von Kontrolleinrichtungen, wie elektronischen Zeiterfassungsgeräten, Stempeluhren, Stundenbescheinigungen, Besuchsberichten und ähnliches rechtfertigt regelmäßig eine verhaltensbedingte Kündigung; unter Umständen auch eine fristlose Kündigung. Eine vorhergehende Abmahnung ist grundsätzlich nicht erforderlich.

#### J Nebentätigkeiten

Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich berechtigt, eine Nebentätigkeit auszuüben. Dabei sind die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes zu beachten. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer nur solche Nebentätigkeiten verbieten, an deren Unterlassung der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat.

Eine Nebentätigkeit des Arbeitnehmers rechtfertigt grundsätzlich keine Kündigung. Die Ausübung einer Nebentätigkeit kann eine Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn die vertraglich geschuldete Leistung durch die Nebentätigkeit erheblich beeinträchtigt wird oder wenn der Arbeitnehmer durch seine Nebentätigkeit dem Arbeitgeber Konkurrenz macht.

#### K Schlechtleistung

Mit einer Schlechtleistung verstößt der Arbeitnehmer gegen seine Verpflichtung, eine Arbeitsleistung „mittlerer Art und Güte“ zu erbringen. Nach vorheriger Abmahnung kann eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt sein. Eine solche Kündigung setzt die substantiierte Darlegung des Arbeitgebers voraus, dass der betreffende Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Arbeitsleistungen erbringt, obwohl er zu besseren Leistungen in der Lage wäre. Dazu ist es erforderlich, die im Durchschnitt geforderte Arbeitsleistung genau zu bestimmen. Der Arbeitgeber muss deshalb darlegen, welche Leistungen von einem vergleichbaren Arbeitnehmer durchschnittlich erwartet werden können und welche Leistungen der gekündigte Arbeitnehmer tatsächlich erbringt.

#### L Strafbare Handlungen

Strafbare Handlungen im außerdienstlichen Bereich sind kündigungsrechtlich nur insoweit von Relevanz, als durch sie die Eignung des Arbeitnehmers in Frage gestellt ist. Dann kommt unter Umständen eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Straftaten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen grundsätzlich eine verhaltensbedingte Kündigung. In Betracht kommen: Diebstahl und Unterschlagung; Spesenbetrug; unrichtige Stundenbescheinigungen; Änderungen auf der Stempelkarte.

Muss ein Arbeitnehmer in Haft oder Untersuchungshaft, hängt es von der Dauer und den Auswirkungen im Betrieb ab, ob eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt ist.

#### M Tätlichkeiten

Tätliche Auseinandersetzungen rechtfertigen in der Regel eine verhaltensbedingte Kündigung, wobei regelmäßig sogar eine Abmahnung nicht erforderlich ist.

#### N Zuspätkommen

Wiederholte Unpünktlichkeiten eines Arbeitnehmers oder unerlaubtes Fernbleiben von der Arbeit sind grundsätzlich nach vorheriger Abmahnung geeignet, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Entsprechendes gilt, wenn ein Betriebs die Gleitzeit eingerichtet hat und der Arbeitnehmer wiederholt gegen die Kernarbeitsregelung verstößt.

### III. Fazit

Wie oben dargestellt können die Gründe für eine verhaltensbedingte Kündigung sehr vielfältig sein. Die Prüfung, ob eine verhaltensbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt ist, kann deshalb nur im Einzelfall und unter Beachtung aller Umstände erfolgen.