UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Die verhaltensbedingte Kündigung

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1989. "Die verhaltensbedingte Kündigung." In *Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung: Dokumentation Fachtagung 2. März 1989*, 35–69. Köln: Wirtschaftsverlag Bachem.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Die verhaltensbedingte Kündigung

Prof. Dr. Herbert Buchner

§ 1 KSchG gibt keine Erläuterung dazu, wann eine Kündigung „durch Gründe, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen", sozial gerechtfertigt ist; das Gesetz gibt weder Prüfungsmaßstab noch Fallgruppen. Die Rechtsprechung begnügt sich mit der Formel, daß Umstände vorliegen müßten, die bei verständiger Würdigung und Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenswert erscheinen lassen müßten[1]. Abgestellt wird dabei darauf, „ob das Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Einzelfall geeignet ist, einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung zu bestimmen"; dies sei unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände durch eine umfassende Abwägung der gegenseitigen Interessen zu ermitteln - siehe zuletzt BAG vom 17. 3. 1987[2].

Die durch diese unbestimmten Rechtsbegriffe vorgezeichnete Rechtsunsicherheit ist immer wieder gerügt, der „ruhig und verständig urteilende Arbeitgeber" sogar als Fabelwesen bezeichnet worden (Berkowsky[3]). Die Möglichkeiten, zu einer Kalkulierbarkeit der Entscheidungen zu kommen, sind allerdings begrenzt, wenn man an einer generalklauselartigen Fassung der Kündigungstatbestände festhalten will, und daran geht gerade angesichts der Weite der arbeitsvertragswidrigen und damit kündigungsrelevanten Verhaltensweisen wohl kein Weg vorbei. In der Reichsgewerbeordnung war es ursprünglich schon einmal unternommen worden - damals für den Bereich der außerordentlichen Kündigung -, die Kündigungsgründe im Interesse der Rechtssicherheit enumerativ und ohne Wertungsspielraum katalogmäßig abschließend zu erfassen. Hueck schrieb dazu in seinem Lehrbuch[4], die Regelung sei de lege lata nicht empfehlenswert; sie ist auch wenig später durch die neugefaßte Generalklausel des § 626 BGB ersetzt worden. Auch im Bereich der ordentlichen Kündigung geht es nicht ohne generalklauselartige Fassung des Kündigungstatbestandes. Weder ist es möglich, alle relevanten Verhaltensweisen enumerativ zu erfassen, noch wird man ein bestimmtes Fehlverhalten - und sei es auch nur ab einer bestimmten Intensitätsstufe - unabhängig von den Umständen des Einzelfalls generell als

[1] BAG vom 20. 7. 1982, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10; KR-Becker, KSchG § 1 Anm. 230.

[2] NZA 1987, S. 519.

[3] Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, Rdnr. 171.

[4] Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 599.

Kündigungsgrund statuieren wollen. Es bleibt also nur die mühsame Aufgabe, an der Konkretisierung der unverzichtbaren Generalklausel zu arbeiten. Die Systematisierung der Rechtsprechung und die Ausbildung von Fallgruppen sind dabei ein wichtiger Schritt. Es gilt, die kündigungsrelevanten Verhaltensweisen zusammenzustellen und Maßstäbe zu verdeutlichen, nach denen im konkreten Fall zu entscheiden ist. Das BAG spricht verschiedentlich von einem „Kündigungsgrund an sich", und schiebt dann noch die Prüfung nach, ob im Einzelfall durch dieses kündigungsrechtlich relevante Verhalten das Arbeitsverhältnis so gestört ist, daß seine Auflösung durch Kündigung zugelassen werden muß. In diesem Zusammenhang erhalten dann verschiedenste rechtliche Gesichtspunkte Bedeutung, so das Gebot der Würdigung der konkreten Situation, die Interessenabwägung, die Verhältnismäßigkeit, das ultima ratio-Prinzip. Von einer solchen Zweiteilung des Prüfungsvorganges ist jedenfalls auszugehen.

I. Die Fälle verhaltensbedingter Kündigung in der Rechtsprechung

Um zunächst den kündigungsrelevanten Verhaltensweisen nachzugehen, soll die Rechtsprechung zur verhaltensbedingten Kündigung kurz präsentiert werden. Natürlich bedürfte es zu einer repräsentativen Vorstellung des Richterrechtes eines zeitlich weit zurückreichenden Überblicks. Ich möchte mich aber, um dem Aktualitätsbezug wie der notwendigen zeitlichen Beschränkung zu genügen, auf die Darlegung der jüngeren Rechtsprechung beschränken, die der herkömmlichen Vorstellung von der Reichweite der verhaltensbedingten Kündigung durchaus entspricht und noch manchen interessanten Aspekt aufsetzen konnte.

Obwohl vom Gesetzeswortlaut her offen ist, ob für § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ausschließlich auf arbeitsvertraglich geschuldete Verhaltenspflichten bzw. arbeitsvertragswidriges Verhalten abzustellen ist, scheint die Rechtsprechung davon doch im wesentlichen auszugehen. Ich möchte die Arbeitsthese zunächst einmal zugrunde legen, daß die kündigungsrelevanten Verhaltensweisen des § 1 KSchG ein vertragswidriges Verhalten darstellen müssen (siehe dazu noch unter II 1). Demgemäß lassen sich die gerichtlichen Entscheidungen in zwei Komplexe aufteilen.

1. Verletzung der Arbeitspflicht

Die Verletzung der Arbeitspflicht ist seit jeher an sich geeignet, die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Allerdings reicht dazu nicht schon die Arbeitspflichtverletzung schlechthin, vielmehr muß sie ein gewisses Gewicht erreicht haben und in ihrer Auswirkung auf den Betrieb und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen bewertet werden. Hinzu treten weitere Anforderungen wie die Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit und der Abmahnung (dazu im einzelnen noch im folgenden). Im einzelnen kön-

nen vom Ausgangstatbestand her folgende Problemfelder differenziert werden:

a) Verspätetes Erscheinen am Arbeitsplatz

Das wiederholt verspätete Erscheinen am Arbeitsplatz berechtigt im Grundsatz nach wie vor zur Kündigung, auch wenn die Gerichte vielfach relativierende Gesichtspunkte durchschlagen ließen. Das BAG hat in einer neueren Entscheidung - Urteil vom 17. 3. 1988[5] - klargestellt: „Wenn ein Arbeitnehmer häufig zu spät zur Arbeit erscheint und damit seine Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis verletzt, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis in der Regel (nur) durch eine ordentliche Kündigung lösen." Es ging damals allerdings um die Nachprüfung einer außerordentlichen Kündigung; diese hält das BAG nur ausnahmsweise für möglich, nämlich erst wenn die Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers den Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verletzung (Verweigerung) seiner Arbeitspflicht erreicht hat. Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung wurde nicht in Frage gestellt. Der verhaltensbedingte Grund für die Kündigung ergibt sich daraus, daß die geschuldete Arbeitsleistung nicht oder nicht zur rechten Zeit erbracht wird - dies sei ein Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Verpflichtung, die Arbeit mit Beginn der betrieblichen Arbeitszeit aufzunehmen und sie im Rahmen der betrieblichen Arbeitszeit zu erbringen, damit eine Störung des Arbeitsverhältnisses im Leistungsbereich und eine Beeinträchtigung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzstörung) nicht eintrete. Wenn das BAG auch für die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung weitere Überlegungen verlangte, dürfte klar sein, daß (bei damals inmitten stehenden Verspätungen an 104 Arbeitstagen) ein kündigungsrechtlich relevanter Fall i. S. § 1 KSchG jedenfalls „an sich" gegeben war.

Davon ging das BAG auch bereits in einer Entscheidung vom 13. 3. 1987[6] aus, die von der Darlegungslast her von gewissem Interesse ist. Vom Arbeitgeber war damals der verspätete Arbeitsantritt an 52 Arbeitstagen gerügt worden. Zugestanden hatte der Arbeitnehmer nur drei der Fälle. Diese reichten nach Meinung des BAG unter Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers (im damaligen Fall 13 Jahre) nicht aus, die Kündigung sozial zu rechtfertigen. Für die übrigen vom Arbeitgeber gerügten Verspätungen fehlten tatsächliche Feststellungen der Tatsacheninstanz - deshalb wurde der Rechtsstreit vom BAG zurückverwiesen. Daraus ist zu ersehen, daß zwar eine Verspätung an 52 Tagen (nach entsprechender Abmahnung), nicht aber die Verspätung an nur drei Tagen die Kündigung zu rechtfertigen vermag.

Wieviel Fehltage man sich ungestraft erlauben kann, läßt sich nicht annähernd genau angeben.

[5] DB 1989, S. 329.

[6] NZA 1987, S. 518.

In einer Entscheidung des LAG München vom 5. 12. 1988[7] ging es um den verspäteten Dienstantritt im Rahmen einer Gleitzeitregelung. Der Arbeitgeber war insgesamt sechzigmal erst nach Beginn der Kernarbeitszeit zum Dienst erschienen und zweimal abgemahnt worden. Das LAG sah die Kündigung als sozial gerechtfertigt, nachdem das Arbeitsgericht noch anders entschieden hatte. Das LAG stellt dabei klar, daß sich der Arbeitnehmer nicht darauf berufen kann, daß die Verspätungen vom Arbeitgeber jahrelang hingenommen worden seien. Daraus erwächst für den Arbeitnehmer kein Besitzstand. Der Arbeitgeber kann für die Zukunft auf die Beachtung der Arbeitszeit bestehen. Er muß dies nur dem Arbeitnehmer verdeutlichen und ihm ermöglichen, sich darauf einzustellen. Zurückgewiesen hat das BAG auch den originellen Einwand des Arbeitnehmers, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit hätte ihm nicht gekündigt werden dürfen, weil es als milderes Mittel anzusehen wäre, daß der Arbeitgeber ihn aus der Gleitzeitregelung herausnehme; es ist aber, so das LAG, nicht davon auszugehen, daß ein Arbeitnehmer, der nicht einmal die Kernarbeitszeit zu respektieren bereit ist, einen starren Arbeitsbeginn einhalten würde.

b) Verweigerung der Arbeitsleistung

Die „beharrliche Verweigerung der Arbeitsleistung" war nach der früher geltenden Fassung der Gewerbeordnung (§ 123 Ziff. 3) ein außerordentlicher Kündigungsgrund. Nach der Formulierung des BAG im Urteil vom 17. 3. 1988[8] sind die im ehemaligen § 123 GewO genannten Beispiele nach wie vor auch im Regelungsbereich des § 626 BGB aufschlußreiche Hinweise dafür, welche typischen Sachverhalte an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund für eine außerordentlichen Kündigung zu bilden; für die Eignung zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung gilt dies natürlich erst recht. Die Verweigerung der Erfüllung der Arbeitspflicht ist deshalb grundsätzlich ein die Kündigung sozial rechtfertigender Grund.

aa) Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik

Dies konnte das BAG in einer Entscheidung vom 29. 11. 1983[9] für die Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik verdeutlichen. Nach dem Beschluß des Großen Senats vom 21. 4. 1971 gilt, daß der Arbeitgeber gegen eine rechtswidrige Arbeitsniederlegung individualrechtlich vorgehen und die rechtswidrig streikenden Arbeitnehmer ordentlich oder auch außerordentlich kündigen kann. Allerdings sind – so der 1. Senat – alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände des Einzelfalls zu beachten und die Interessen der Parteien vollständig gegeneinander abzuwägen, insbesondere der Grad der Beteiligung des Arbeitnehmers und die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit der

[7] DB 1989, S. 283.

[8] DB 1989, S. 329.

[9] NZA 1984, S. 34

Arbeitskampfmaßnahme - und zwar sowohl im Rahmen der Prüfung der außerordentlichen wie der ordentlichen Kündigung. In dem vom 1. Senat zuletzt zu behandelnden Fall war der Streik wegen Tarifunzuständigkeit der Gewerkschaft rechtswidrig. Trotz der Kompliziertheit der zugrundeliegenden Rechtsfragen ging das BAG von einem schuldhaften Verhalten der streikbeteiligten Arbeitnehmer aus, da sie vom Arbeitgeber auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen worden waren; sie hätten sich deshalb nicht in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden. Das Gericht billigte ihnen jedoch zu, daß für sie eine Zwangslage bestanden hätte; sie hätten bei der Ungewißheit der Rechtslage ihrer Gewerkschaft nicht schlechthin das Vertrauen entziehen können, zumal sie auch nicht beurteilen konnten, ob sie vom Arbeitgeber richtig informiert worden waren. Wenn sie in dieser Situation ihrer Gewerkschaft gefolgt seien, könne aus dem darin liegenden vertragswidrigen Verhalten nicht der Schluß gezogen werden, daß die Grundlage für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses berührt worden sei. Auch die nur ordentliche Kündigung sah das BAG deshalb nicht als gerechtfertigt. Das BAG scheint also zunächst für die Kündigung eine schuldhafte Pflichtverletzung vorauszusetzen - sonst hätte es der ausführlichen Prüfung des Verschuldens der Arbeitnehmer nicht bedurft. Es überlagert die Feststellung eines schuldhaften Pflichtverstoßes dann aber mit einer umfassenden Interessenabwägung, wobei der etwas problematische Gesichtspunkt des bestehenden Solidaritätszwanges maßgebend wird. Einfacher wäre es gewesen, auf das geringe Verschulden abzustellen oder dieses vielleicht überhaupt zu verneinen. Letzterenfalls wäre klarzustellen gewesen, ob die verhaltensbedingte Kündigung einen schuldhaften Pflichtverstoß erfordert, und das Gericht hätte zumindest ansprechen können, daß fehlendes (oder vielleicht auch geringes) Verschulden einen maßgeblichen Gesichtspunkt bei der vorzunehmenden Interessenabwägung darstellt.

bb) Erfordernis einer rechtswirksamen Arbeitszuweisung

Bei jeder Kündigung wegen Arbeitsverweigerung ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die von diesem verweigerte Arbeitsleistung zu Recht abforderte. Sie muß im Rahmen seines vertraglichen Aufgabenfeldes liegen und vom Arbeitgeber mittels Ausübung des Direktionsrechtes rechtswirksam zugewiesen sein. Nur dann kann die Verweigerung der Arbeitsleistung überhaupt einen Kündigungsgrund bilden. Arbeiten, zu deren Übernahme der Arbeitnehmer nicht arbeitsvertraglich verpflichtet ist, können von ihm abgelehnt werden.

(1) Das LAG Baden-Württemberg hat deshalb in einer Entscheidung vom 10. 1. 1985[10] zu Recht darauf hingewiesen, daß die Verweigerung der Arbeitsleistung dann keinen Kündigungsgrund darstellt, wenn die abverlangte Arbeits-

[10] NZA 1985, S. 326.

leistung in einem Tätigkeitsfeld anfällt, das der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohne die nach § 99 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zugewiesen hat. Dabei hat das LAG damals noch erwähnt, daß die Auswirkung der Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechtes auf die individualrechtliche Wirksamkeit der Versetzung noch nicht geklärt sei; gleichwohl hat es dem Arbeitnehmer die Arbeitsverweigerung zugebilligt, zumindest nicht als Kündigungsgrund angelastet. Inzwischen hat das BAG mit Urteil vom 26. 1. 1988[11] entschieden, daß die ohne Zustimmung des Betriebsrats vorgenommene Versetzung dem Arbeitnehmer gegenüber unwirksam ist. Damit ist klar, daß eine unter Verstoß gegen § 99 BetrVG vorgenommene Versetzung den Arbeitnehmer nicht verpflichtet, Tätigkeiten aus dem neuen Arbeitsbereich zu leisten, und daß aus einer Verweigerung entsprechender Tätigkeiten auch keine kündigungsrechtlichen Konsequenzen folgen können.

(2) Auf dieser rechtlichen Ebene ist auch der vom BAG in der Entscheidung vom 20. 12. 1984[12] behandelte Fall einer Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen gelagert, wenn man der vom BAG angebotenen Lösung folgt. Ein Drucker hatte die Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aus Gewissensgründen verweigert - es handelte sich um die Anfertigung von Prospekten für Bücher, die er für kriegsverherrlichend hielt. Das BAG wertete die vom Arbeitgeber erklärte Kündigung für sozialwidrig. Es stellte zunächst fest, daß die Verweigerung der Tätigkeit an sich geeignet sei, die Kündigung sozial zu rechtfertigen, ging jedoch im folgenden davon aus, daß der Arbeitnehmer zur Ausführung der Arbeit im konkreten Falle nicht verpflichtet gewesen sei. Dabei ließ es dahingestellt, ob der Inhalt der Prospekte eventuell gegen gesetzliche Vorschriften oder die guten Sitten verstoßen habe. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, könne der Arbeitnehmer die Ausführung der Arbeit ablehnen, weil der Arbeitgeber gemäß § 315 Abs. 1 BGB dem Arbeitnehmer keine Arbeit zuweisen darf, die diesen in einen Gewissenskonflikt bringt, der unter Abwägung der beiderseitigen Interessen vermeidbar gewesen wäre. Das BAG läßt die Lösung dieser schwierigen Konfliktsituation über das billige Ermessen des § 315 BGB laufen. Für die Interessenabwägung soll von Bedeutung sein, ob der Arbeitnehmer schon bei Vertragsschluß damit rechnen mußte, daß ihm eine derartige Tätigkeit zugewiesen werden konnte. Wer einen Arbeitsvertrag mit einem Rüstungsbetrieb abschließe, könne sich nicht darauf berufen, die Zuweisung der die Rüstung fördernden Tätigkeit sei unbillig. Maßgebend sei auch, wieweit der Arbeitgeber auf einen anderen Arbeitnehmer ausweichen, d. h. diesen für die problematisierte Arbeit einteilen kann. Dabei soll eine Rolle spielen, ob sich der Konflikt voraussichtlich öfter stellen wird, und ob für den Arbeitnehmer ein Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden kann, auf

[11] DB 1988, S. 1167.

[12] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 16.

dem Gewissenskonflikte nicht auftreten können. Damit ist die Lösung bereits im Vorfeld des Kündigungsrechtes, und zwar in Konstruktion wie Ergebnis akzeptabel, gefunden worden. Klargestellt ist, daß vertraglich geschuldete Arbeiten nicht unter Berufung auf Gewissenskonflikte verweigert werden können. Andererseits kann dem Arbeitgeber bei entsprechender Auswahlmöglichkeit eine Arbeitsaufteilung zugemutet werden, die den unterschiedlichen Einstellungen der Arbeitnehmer Rechnung trägt; die Grenzen ergeben sich aus den personellen und organisatorischen Möglichkeiten des Betriebs. Der einzige Drucker des Betriebs kann also eine Freistellung von der Tätigkeit nicht verlangen. Zu beachten ist, daß dem Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung über die hereinzunehmenden Aufträge allein zusteht; im Druckbereich ist speziell auch noch auf den eventuell relevant werdenden Tendenzschutz zu achten. Schließlich ist nicht zu verkennen, daß der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Freistellung von ihn belastenden Tätigkeiten deren Zuweisung an einen anderen bedeutet, er sich also nur zu Lasten eines anderen davon befreit. Insgesamt kann die Arbeitnehmerschaft sicher nicht beanspruchen, von ihr problematisierte Tätigkeiten nicht auszuführen, da sie damit unternehmerische Entscheidungen korrigieren würde.

Die Problematik war allerjüngst[12a] auch für den Pharmabereich zu behandeln. Angestellte Ärzte hatten sich geweigert, bei der Entwicklung eines Medikaments mitzuwirken, das gegen Strahlenschäden wirken sollte; sie sahen die Gefahr, daß das Mittel auch in einem Atomkrieg eingesetzt werden kann und die Entwicklung des Medikaments damit darauf gerichtet wäre, eine Verlängerung der Kampffähigkeit der Soldaten im Nuklearkrieg herbeizuführen. Auch hier wird man zubilligen können, daß Arbeitnehmer von konkreten Aufträgen ausgespart werden können, wenn eine andere Aufgabenaufteilung ohne Verlust der betrieblichen Effizienz möglich ist (dies liegt nicht zuletzt auch im Interesse des Unternehmens, denn Forscher mit inneren Vorbehalten werden kaum die wünschenswerten Leistungen bringen). Den Dispositionsmöglichkeiten des Unternehmens können jedoch schon aus Gründen der Fachkompetenz Grenzen gezogen sein. Dann müssen die Arbeitnehmer aber die unternehmerischen Entscheidungen als verbindliche Vorgaben respektieren. Der Wirtschaftsboykott kann jedenfalls nicht schon am einzelnen Arbeitsplatz beginnen.

(3) Der Verweigerung einer geschuldeten Arbeitsleistung kann im Grundsatz mit einer ordentlichen Kündigung begegnet werden. Darüber darf nicht hinwegtäuschen, daß der Weg zu einer Kündigung unter Umständen noch mit erheblichen Hindernissen bestückt ist, weil das BAG noch die Einhaltung weiterer Anforderungen (insbesondere der Abmahnung) verlangt. Dies steht auch

[12a] LAG Düsseldorf vom 22. 4. 1987 - 11 Sa 1349/87 und 1364/87. Entscheidung der Kündigung beim BAG am 16. 3. 1989.

hinter dem unter dem 21. 11. 1985[13] entschiedenen Fall einer Änderungskündigung wegen einer Weigerung, den vertraglich übernommenen Aufgabenkreis auszufüllen. Ein Arbeitnehmer sollte nach der für seinen Arbeitsplatz verbindlichen Stellenbeschreibung nicht nur Kocharbeiten, sondern auch die Stellvertretung des Kantinenleiters übernehmen. Letztere Funktion auszuüben weigerte sich der Arbeitnehmer jedoch. Da er im Hinblick auf diese zusätzliche Funktion einer höheren Vergütungsgruppe zugeordnet war, sprach der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aus - eine relativ naheliegende Reaktion. Gleichwohl wurde die Kündigung für sozialwidrig erklärt, allerdings nur, weil der Arbeitnehmer vorher hätte abgemahnt werden müssen. Den verhaltensbedingten Änderungskündigungsgrund hat das BAG nicht bestritten. Die Gefahr besteht, daß bei flüchtiger Lektüre oder unvollständiger Wiedergabe solcher Entscheidungen der Eindruck entsteht, als sei der Zugang zur Kündigung schon im Grundsatz versperrt. Dies ist keineswegs der Fall, wenn auch die Hürden zur Kündigung recht hoch angesetzt sind.

cc) Verhinderung der Arbeitsleistung aus persönlichen Gründen

Herausgenommen aus dem Komplex der verhaltensbedingten Kündigung hat das BAG die Fälle, in denen die Nichtleistung der Arbeit zwar auch noch als ein Verhalten des Arbeitnehmers angesehen werden könnte, er jedoch über den Einsatz seiner Arbeitskraft nicht (mehr) frei disponieren kann.

(1) Unter dem 15. 11. 1984[14] wird der Fall des Verbüßens einer dreimonatigen Haftstrafe behandelt. Dem Arbeitnehmer wurde, als der Arbeitgeber vom bevorstehenden Antritt der Strafhaft erfuhr, das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt. Das BAG billigte die Kündigung weder als außerordentliche noch als ordentliche. Es wertet die Haftstrafe nicht als einen vom Arbeitnehmer schuldhaft herbeigeführten Fall der Arbeitsverhinderung und damit auch nicht als schuldhaft verhaltensbedingten Grund für eine außerordentliche Kündigung - auch in dieser Entscheidung wird erkennbar, daß das BAG die verhaltensbedingten Kündigungsgründe wohl mit schuldhaften Pflichtverletzungen gleichsetzen will. Das Gericht sieht die Problematik im Bereich der personenbedingten Kündigungsgründe gelagert. Zur Wirksamkeit der Kündigung wäre erforderlich, daß der Arbeitgeber darlegt, daß durch den Ausfall des Arbeitnehmers der Produktionsablauf gestört worden ist. Das Verschulden des Arbeitnehmers an seiner strafgerichtlichen Verurteilung gewinnt auf arbeitsrechtlicher Ebene also keine grundsätzliche Bedeutung - es findet nur insoweit Berücksichtigung, als der Arbeitgeber nach Meinung des BAG weniger Anstrengungen zur Überbrückung des Arbeitsausfalls unternehmen muß als bei krankheitsbedingtem Arbeitsausfall.

[13] NZA 1986, S. 713.

[14] NZA 1985, S. 661.

(2) In gleiche Richtung wurde jüngst (Urteil vom 20. 5. 1988[15]) die Lösung für den Fall der Einziehung zu einem ausländischen Wehrdienst konzipiert. Ein Leistungsverweigerungsrecht (wie nach dem Arbeitsplatzschutzgesetz) könne der ausländische Arbeitnehmer nicht geltend machen. Damit bestehe ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund zur Kündigung, die jedoch erst zulässig sei, wenn die Ausfallzeit zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führt und nicht durch zumutbare Maßnahmen überbrückbar ist.

c) Schlechtleistung

Auch die Schlechtleistung ist grundsätzlich als verhaltensbedingter Kündigungsgrund anzuerkennen. Die hierzu ergangene Rechtsprechung ist jedoch nicht sehr reichhaltig. Eine Entscheidung des BAG vom 22. 7. 1982[16] läßt erkennen, daß die Lösungsmöglichkeiten auch in diesem Bereich zunehmend erschwert werden.

aa) Neben erheblichen Fehlzeiten und Alkoholgenuß hatte der Arbeitgeber eine unterdurchschnittliche Arbeitsleistung festgestellt; der Arbeitnehmer brauchte für die Erledigung seiner Aufträge länger als die in der Urlaubszeit als Aushilfen eingesetzten Schüler; er hatte zudem Aufträge vergessen. Die Kündigung des Arbeitgebers wurde vom BAG gleichwohl nicht anerkannt. Wichtig für die Vorbereitung künftiger Kündigungen sind die Gesichtspunkte, auf die das BAG dabei abgestellt hat:

Eine „unterdurchschnittlich" schlechte Arbeitsleistung könne eine Kündigung sozial nicht rechtfertigen, denn der Vorwurf bedeute nur, daß der Arbeitnehmer schlechter als der Durchschnitt gearbeitet habe. Einer von mehreren Arbeitnehmern erbringe aber immer die schlechteste Arbeit, ohne daß damit zum Ausdruck kommen müsse, daß er nicht zufriedenstellend arbeite. In einer sehr guten Gruppe arbeite auch der gute Arbeitnehmer unter dem Durchschnitt. Auch der Vorwurf, daß der Arbeitnehmer langsamer als die Kollegen und sogar als die Aushilfskräfte arbeite, zog beim BAG nicht, da zu deren Arbeitsleistung keine Feststellungen getroffen worden waren; deshalb sei auch der Vergleich nicht aussagekräftig. Der Vorwurf der mehrfach vergessenen Aufträge scheint beim BAG hingegen mehr Eindruck gemacht zu haben. In Verbindung mit den Fehlzeiten, dem Alkoholgenuß und der langsamen Arbeitsweise könne sich bei einer Gesamtwertung die soziale Rechtfertigung der Kündigung ergeben. Die Entscheidung zeigt jedenfalls die hohen Anforderungen an die Darlegungslast bei einer auf Schlechtleistung gestützten Kündigung.

bb) Weitere Hürden für die Wirksamkeit der Kündigung kommen hinzu:

(1) Bemängelt hat das BAG in der damaligen Entscheidung, daß das LAG nicht alle wesentlichen Umstände bei der Interessenabwägung über die Kün-

[15] DB 1988, S. 1170.

[16] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10.

digung berücksichtigt habe, insbesondere nicht die körperlichen Beschwerden und Krankheitsanfälle des Arbeitnehmers. Das Vergessen der Aufträge erhalte ein anderes Gewicht (welches?), wenn für die Fehlleistungen der Gesundheitszustand ursächlich gewesen sein sollte; gleiches gelte für das langsamere Arbeitstempo.

(2) Schließlich muß der Arbeitgeber nach der genannten BAG-Entscheidung auch in den Fällen verhaltensbedingter Kündigung die Möglichkeit einer Umsetzung und Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz prüfen – siehe dazu des näheren noch unter II 4 –. Das BAG verlangt, daß der Arbeitgeber bereits von sich aus einen anderen Arbeitsplatz, auf dem eine Weiterbeschäftigung möglich sei, vorschlagen muß.

2. Verstoß gegen sogenannte arbeitsvertragliche Nebenpflichten: Interessenwahrungsgebot/ Loyalitätspflichten

Zu den sonstigen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen sind die Fälle in der Rechtsprechung breit gestreut. Eine Systematisierung bereitet Schwierigkeiten; dies liegt an der Weite der sogenannten arbeitsvertraglichen Nebenpflichten (einschließlich der Einbeziehung der sog. außerdienstlichen Verhaltenspflichten). Für die kündigungsrechtliche Beurteilung bedarf es keiner detaillierten Systematisierung der vielfältigen vertraglichen Pflichten. Maßgebend ist hingegen die Klärung, wieweit es sich bei beanstandeten und mit Kündigungen sanktionierten Verhaltensweisen um Vertragspflichtverletzungen handelt bzw. wieweit es um Verhaltensweisen im außerdienstlichen Bereich geht, in dem der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber nicht in Pflicht steht. Immerhin können die vorliegenden Sachverhalte vielleicht auf folgende Bereiche verteilt werden.

a) Pflicht zur Respektierung der Rechtsgüter und Vermögensinteressen des Arbeitgebers

Zunächst geht es um Pflichten des Arbeitnehmers, die Vermögensinteressen des Arbeitgebers wahrzunehmen. Eine solche Pflicht besteht allerdings nicht schlechthin, sondern nur soweit dem Arbeitnehmer entweder kraft seiner arbeitsvertraglichen Aufgaben oder aufgrund des ihm eingeräumten arbeitsvertraglichen Status (insb. den Rechten aus dem Arbeitsvertrag) eine gewisse Vorsorge für die Vermögensinteressen des Arbeitgebers aufzuerlegen ist. Einzelne Bereiche aus dem weit gestreuten Rechtsprechungsmaterial:

aa) Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer die Mitteilung der für die Durchführung bzw. eventuelle Suspendierung des Arbeitsverhältnisses maßgeblichen Umstände verlangen. So geht das BAG von einer Verpflichtung eines türkischen Arbeitnehmers aus, den Arbeitgeber unverzüglich über den Zeitpunkt seiner Einberufung zu unterrichten, wenn er den verkürzten Wehrdienst in der Türkei ableisten muß. Türkische Arbeitnehmer haben zwecks Ableistung

des Wehrdienstes keinen Anspruch auf Freistellung nach dem Arbeitsplatzschutzgesetz. Das BAG geht aber davon aus, daß sie gleichwohl wegen der Zwangssituation, in die sie angesichts ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung ihrem Heimatland gegenüber geraten, ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen können, wenn der Arbeitgeber den geordneten Betriebsablauf anderweitig sicherstellen, den Arbeitsausfall also überbrücken kann – dies soll dann zu einer beschränkten Suspendierung der beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis führen.[17] Der Arbeitnehmer ist zur unverzüglichen Unterrichtung des Arbeitgebers und zum Nachweis der Einberufung verpflichtet. Verletzt er diese arbeitsvertragliche Nebenpflicht und gerät der Arbeitgeber hierdurch in eine durch zumutbare Überbrückungsmaßnahmen nicht behebbare Zwangslage, kann dies je nach den Umständen des Einzelfalles eine verhaltensbedingte ordentliche oder auch außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Diese Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers ist Konsequenz der Öffnung des Arbeitsverhältnisses auch für seine Belange.

bb) Eine verhaltensbedingte Kündigung können eventuell auch Vorgehensweisen rechtfertigen, die sich bereits selbst als strafrechtlicher Vorgang darstellen. So hat das LAG Berlin unter dem 6. 6. 1988[18] einen Fall entschieden, in dem ein Arbeitnehmer eine Stempelkarte für einen abwesenden Arbeitskollegen mit gestempelt hat. Das Gericht sieht den Arbeitnehmer als verpflichtet, die rechtmäßig eingeführten Kontrolleinrichtungen des Betriebes ordnungsgemäß zu bedienen. Das Mitstempeln zugunsten anderer Arbeitnehmer sei ein schwerer Verstoß gegen die vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis – das Gericht verwies auf den strafrechtlichen Gehalt des Vorgehens als Urkundenfälschung und Betrug. Das Mitstempeln für andere könne eine fristlose Kündigung rechtfertigen, jedenfalls aber eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen nach § 1 Abs. 2 KSchG, ohne daß es einer vorherigen Abmahnung bedarf. Unter ähnlichen Aspekten hielt das LAG Baden-Württemberg[19] eine Kündigung für wirksam, als ein Arbeitnehmer dem Arbeitgeber verschwieg, daß er vom Vertrauensarzt entgegen dem Zeugnis des Hausarztes bereits einige Tage gesundgeschrieben war, und er gleichwohl noch Lohnfortzahlung entgegennahm. Das Gericht sah dabei eine schwere Vertragsverletzung im Vertrauensbereich gegeben. In gleicher Weise wird eine Kündigung als berechtigt angesehen, wenn ein Arbeitnehmer das Urteil eines ihn untersuchenden Arztes über vorliegende Arbeitsunfähigkeit unredlich beeinflußt[20]. Dahinter steht, daß der Arbeitgeber mit der Lohnfortzahlung eine erhebliche sozialpolitische Belastung zugunsten des Arbeitnehmers

[17] Urteil vom 7. 9. 1983, EzA § 626 BGB Anm. 87.
[18] DB 1988, S. 1908.
[19] Urteil vom 10. 3. 1987, NZA 1987, S. 422.
[20] LAG Düsseldorf vom 3. 6. 1981, DB 1981, S. 1731.

übernehmen mußte, und daß der Arbeitnehmer demgegenüber als verpflichtet zu sehen ist, die Arbeitgeberleistungen nicht illoyal zu erschleichen.

cc) Straftaten, die gegenüber Dritten begangen werden, geben grundsätzlich keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund im Arbeitsverhältnis ab. Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber nicht, sich im außerdienstlichen Bereich Dritten gegenüber rechtmäßig zu verhalten. Im Einzelfall kann durch begangene Straftaten allerdings die Eignung für die vertragliche Tätigkeit in Frage gestellt werden – so das BAG für außerdienstliche Vermögensdelikte eines Kassierers, siehe Urteil vom 20. 9. 1984[21]. Nicht gegen den Arbeitgeber gerichtete strafbare Handlungen im außerdienstlichen Bereich sollen eine Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn sich daraus gleichwohl Beeinträchtigungen und Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis ergeben. Eine solche Rückwirkung auf das konkrete Arbeitsverhältnis hat das BAG für den Fall angenommen, daß der Diebstahl in einem Warenhaus einer Konzernschwester des Arbeitgebers begangen wurde, in dem der Arbeitnehmer wegen der Konzernverbundenheit der Unternehmen Einkäufe zum Personalrabatt tätigen konnte. Damit werde für den Arbeitnehmer die Verpflichtung begründet, das Eigentum auch im Kaufhaus der Konzernschwester so zu achten, als wenn es Eigentum des Arbeitgebers wäre. Ein Diebstahl dort sei geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das nicht auf die Beziehungen im Beschäftigungsbetrieb beschränkt sei, zu beeinträchtigen. Allerdings hängt es von den Umständen des Einzelfalls und der Interessenabwägung ab, ob durch die Straftat das Vertrauensverhältnis in einem solchen Umfang gestört ist, daß die Kündigung billigenswert und angemessen erscheint. Dies hat das BAG im damals zu entscheidenden Fall ungeachtet gewisser persönlicher Schwierigkeiten (Ehescheidung) des Arbeitnehmers bejaht.

dd) Die Problematik der Verdachtskündigung – Kündigung wegen eines bloß unaufklärbaren Verdachts einer strafbaren Handlung gegen den Arbeitgeber oder einer Vertragsverletzung – ist in der Rechtsprechung bislang im wesentlichen nur im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung behandelt worden, so zuletzt im Urteil vom 30. 4. 1987[22]. Die Rechtsprechung billigt dem Arbeitgeber grundsätzlich zu, bei Unaufklärbarkeit die Kündigung eines Arbeitnehmers im Einzelfall auf den nicht widerlegbaren Verdacht einer strafbaren Handlung des Arbeitnehmers oder auch eines bloß vertragswidrigen Verhaltens zu stützen, wenn das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauensverhältnis zerstört worden ist. Sie verlangt allerdings – so die letztgenannte Entscheidung –, daß der Arbeitgeber das ihm zur

[21] NZA 1985, S. 285.

[22] EzA § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen Nr. 3.

Aufklärung Mögliche getan hat, daß er insbesondere den Arbeitnehmer zu dem Verdacht vorher gehört hat. Die Erfüllung der Aufklärungspflicht des Arbeitgebers ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Verdachtskündigung. Dabei soll aber nur die schuldhaft unterlassene Anhörung zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung führen; die Anhörung kann unterbleiben, wenn der Arbeitnehmer von vornherein zu einer substantiierten Einlassung nicht bereit ist. Diese für die außerordentliche Kündigung entwickelten Gesichtspunkte gelten ohne Einschränkung auch für den Fall, daß der Verdacht nur zum Anlaß einer ordentlichen Kündigung genommen wird. Es stellt sich hier allerdings das Problem, ob es sich dabei noch um eine verhaltensbedingte Kündigung handelt. Dies ist jedenfalls dort der Fall, wo der Verdacht auf vertragswidrige Verhaltensweisen des Arbeitnehmers (z. B. Mängel der Abrechnung, fehlende Mitwirkung bei der Aufklärung) gestützt werden kann; im Einzelfall kann jedoch sein, daß solche vertragswidrigen Verhaltensweisen nicht vorgeworfen werden können, der Arbeitnehmer trotzdem unter Verdacht einer strafbaren Handlung steht. Es ist dann die Frage, ob auf den Gesichtspunkt der personenbezogenen Kündigung übergewechselt werden kann. Der Vorwurf der strafbaren Handlung selbst und die Kündigung wegen bloß unaufklärbaren Verdachts sind jedenfalls zwei verschiedene Kündigungsgründe. Das BAG hat dementsprechend auch einmal befunden – Urteil vom 12. 12. 1984[23] –, daß der Arbeitgeber, dessen zunächst erklärte Verdachtskündigung wegen Verfristung nach § 626 Abs. 2 BGB für unwirksam erklärt worden ist, nach Abschluß eines Strafverfahrens gegen den Arbeitnehmer wegen der Straftat selbst noch innerhalb der Zweiwochenfrist ab Kenntnis der Verurteilung fristlos kündigen kann.

ee) Neben dem Vermögen hat der Arbeitnehmer auch die sonstigen Rechtsgüter einschließlich der Persönlichkeitsrechte des Arbeitgebers zu respektieren. In einer Entscheidung vom 9. 12. 1987[24] hatte sich das LAG Saarland mit einer Beleidigung auseinanderzusetzen. In einem Streit über gewerbliche Schutzrechte hatte der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber in einem von einem Rechtsanwalt erstellten Antrag auf eine solche Verfügung „Diebstahl geistigen Eigentums ... wenn nicht sogar Betrug im Hinblick auf arglistig erschwindelte Eintragung des Warenzeichens" vorgeworfen. Das LAG sah darin, da die Äußerung von einem Rechtsanwalt zu Papier gebracht worden war, jedenfalls keinen Grund für eine außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis sei durch ein solches Vorgehen jedenfalls nicht so belastet, daß es nicht bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist hätte fortgesetzt werden können. „Als milderes Mittel hätte allenfalls die ordentlichen Kündigung gewählt werden können", heißt es in der Entscheidung. Auch davor sei jedoch für

[23] DB 1985, S. 1846.

[24] NJW 1987, S. 420.

einen solchen Fall gewarnt. Es wird sicher darauf ankommen, wieweit dem Arbeitnehmer gewerblich geschützte Rechtspositionen zustehen bzw. oder dieses zumindest in Frage kommt, denn insoweit kommt ihm der Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen zugute. Wer allerdings keinerlei Rechtsposition vorweisen kann, darf dem Vertragspartner sicher nicht nach Belieben schmähen, auch nicht über die Feder Dritter. Mit der Rechtsprechung läßt sich zum Teil nur begrenzt arbeiten, weil die Gesamtumstände des Falles in den meist gekürzten Entscheidungen nicht erkennbar werden.

b) Pflicht zur Wahrung der betrieblichen Ordnung/des Betriebsfriedens (einschließlich der Problematik der politischen Betätigung im Betrieb)

Unter der betrieblichen Ordnung ist die Summe der Grundsätze zu verstehen, die die Rechtsprechung für das gedeihliche, an der Erreichung des Unternehmenszwecks orientierte Zusammenwirken von Arbeitgeber und Belegschaft - auch der Belegschaftsangehörigen untereinander - entwickelt hat. Diese Grundsätze lassen sich nicht aus der Formel der betrieblichen Ordnung oder des Betriebsfriedens deduzieren, vielmehr kann man umgekehrt die Verhaltenspflichten, die nach der Rechtsprechung als notwendiger Inhalt des Arbeitsverhältnisses anerkannt werden, mit der Formel von der Pflicht zur Wahrung der betrieblichen Ordnung zusammenfassen. Es handelt sich um recht vielfältige Erscheinungen.

aa) Recht einfach gelagert sind Verstöße gegen die äußere Ordnung, wie Rauchverbot oder Verletzung von Unfallverhütungsvorschriften.

bb) Schwieriger zu erfassen sind Verstöße gegen die geistigen Grundlagen gedeihlichen Zusammenwirkens.

(1) Eine recht diffizile Konstellation hatte das BAG unter dem 24. 9. 1987[25] zu entscheiden. Der Arbeitgeber hatte einem Arbeitnehmer gekündigt, weil dieser von einem anderen Arbeitnehmer des Betriebs, dem er die Einstellung im Betrieb vermittelt hatte, eine Provision von 1500 DM abverlangt hatte. Dabei ging es nicht um ein sogenanntes Schmiergeld, denn der Arbeitnehmer hatte mit Personalentscheidungen und damit auch mit der Einstellung des Arbeitnehmers von seinem Aufgabenbereich her nichts zu tun. Die Schmiergeldannahme ist in der Rechtsprechung seit jeher als arbeitsvertragswidrig und als Kündigungsgrund angesehen worden, weil sie die Gefahr begründet, daß der Arbeitnehmer bei Verrichtung seiner Tätigkeit die Interessen des Arbeitgebers nicht mehr pflichtgemäß wahrnehmen kann[26]; es bestehen insoweit also klare Ordnungsvorstellungen. In dem jüngst dem BAG vorliegenden Fall war die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Aufgaben des Arbeitnehmers nicht berührt. Der Arbeitgeber sah jedoch durch das Verhalten des Arbeitnehmers den Betriebs-

[25] DB 1988, S. 1757.

[26] Siehe BAG vom 24. 9. 1987 unter Verweisung auf frühere Rechtsprechung.

frieden gefährdet. Das LAG hatte die ordentliche Kündigung deshalb auch noch gebilligt, da der Arbeitgeber dem Anschein entgegenwirken müsse, daß er ein derartiges Verhalten duldet; er könne nicht hinnehmen, daß der Eindruck entsteht, im Betrieb würden Arbeitsplätze „gehandelt". Das BAG hält diese Befürchtung für unbegründet. Eine Kündigung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers zu einer konkreten Gefährdung des Betriebsfriedens oder des Vertrauensbereichs geführt hätte; dafür müßten vom Arbeitgeber Tatsachen vorgetragen werden, die das BAG vermißte. Auch dabei kommt es, wie der Fall zeigt, auf die konkreten Umstände im einzelnen an. Nach der Fassung der Entscheidung, die in EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 18 veröffentlicht ist, wird noch erkennbar, daß der Arbeitnehmer möglicherweise dem Einstellungsbewerber gegenüber geäußert hat, er müsse den größten Teil des Geldes an den Boß abliefern. Dies konnte vom Arbeitgeber aber offensichtlich nicht bewiesen werden. Das BAG läßt erkennen, daß es bei dieser Variante eine konkrete Gefährdung des Ansehens des Arbeitgebers und damit eine Störung des Betriebsfriedens annehmen würde.

(2) Nach wie vor Schwierigkeiten bereitet der Komplex der Anzeige gegen den Arbeitgeber wegen rechtswidrigen Verhaltens. Leitlinie gibt immer noch die BAG-Entscheidung vom 5. 2. 1959[27], wonach die Strafanzeige gegen den Arbeitgeber dann einen Kündigungsgrund abgeben kann, wenn der Arbeitnehmer nicht zuvor versucht hat, den Arbeitgeber von seiner Handlungsweise durch entsprechende Hinweise und Vorbehalte abzubringen. Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Im öffentlichen Dienst ist die Ausschöpfung der vorgesehenen Abhilfemöglichkeiten ausdrücklich zur Dienstpflicht gemacht. Im privatwirtschaftlichen Bereich sind solche Wege zwar rechtlich nicht vorstrukturiert, aber auch hier müssen innerbetriebliche Abhilfeverfahren in Gebrauch genommen werden, bevor der Arbeitnehmer sich mit seiner Kritik nach außen wendet. Aber es kommt natürlich auf das Gewicht des Rechtsverstoßes des Arbeitgebers und den Zusammenhang mit den dienstlichen Aufgaben des Arbeitnehmers an.

In einer Entscheidung vom 20. 10. 1976[28] hatte das LAG Baden-Württemberg eine Kündigung gebilligt, die ausgesprochen worden war, weil ein Arbeitnehmer bei seiner Gewerkschaft beanstandet hatte, daß der Arbeitgeber gesundheitsschädliche Arbeiten verrichten lasse, und diese daraufhin bei der Gewerbeaufsicht vorstellig wurde; dies führte zu einem Ordnungswidrigkeitsverfahren gegen den Arbeitgeber. Das LAG bemängelte, daß der Arbeitnehmer die betrieblichen Möglichkeiten einschließlich der Arbeitsschutzeinrichtungen des Betriebs nicht ausgeschöpft habe, und sah darin den entscheidenden Gesichtspunkt für eine

[27] AP Nr. 2 zu § 70 HGB.

[28] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8.

Bewertung des Arbeitnehmervorgehens als unfreundlichen, wenn nicht sogar feindseligen Akt. Auch hierzu fällt eine Stellungnahme schwer. Es sollte schon darauf ankommen, ob vom Arbeitgeber überhaupt gegen Rechtsvorschriften verstoßen wurde oder nicht; man könnte aus der Entscheidung den Eindruck gewinnen, der Arbeitnehmer hätte selbst die erforderlichen Schutzeinrichtungen nicht eingesetzt. Richtig ist auch, den Arbeitnehmer auf interne Abhilfemöglichkeiten (einschließlich der Einschaltung des Betriebsrats) zu verweisen. Die Beurteilung der Kündigung kann nur auf der Grundlage aller dieser betrieblichen Umstände erfolgen. Insgesamt empfiehlt sich um so mehr Zurückhaltung, je mehr der Arbeitnehmer in seinen Rechtsgütern (wie hier seiner Gesundheit) betroffen ist.

cc) Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Auseinandersetzung um politische Betätigung im Betrieb. Das BAG hat sich damit verschiedentlich zu beschäftigen gehabt. Seine maßgeblichen Entscheidungsgrundsätze sind im Urteil vom 9. 12. 1982[29] zusammengestellt. Danach trifft den Arbeitnehmer die Verpflichtung, nicht durch sein Verhalten den Arbeitsablauf und den Betriebsfrieden zu gefährden oder zu beeinträchtigen oder gar zu stören. Daraus folgt im Wege der Interessenabwägung jedenfalls die Pflicht des Arbeitnehmers, im Betrieb eine provozierende parteipolitische Betätigung zu unterlassen, durch die sich andere Belegschaftsangehörige belästigt fühlen, durch die der Betriebsfriede oder der Betriebsablauf in sonstiger Weise konkret gestört oder die Erfüllung der Arbeitspflicht beeinträchtigt wird. Eine bloße Gefährdung des Betriebsfriedens durch eine politische Betätigung reiche allerdings in der Regel nicht aus, eine Kündigung zu rechtfertigen; erforderlich sei eine konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit der Mitarbeiter, im personalen Vertrauensbereich oder im Unternehmensbereich. Das BAG hat unter diesem Aspekt zu Recht das Tragen einer auffälligen „Anti-Strauß-Plakette" als arbeitsvertragswidrig und als Kündigungsgrund gewertet.

Im einzelnen müssen bei der Bewertung der politischen Betätigung folgende Gesichtspunkte differenziert werden:

(1) Das Verbot der politischen Betätigung des § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG trifft nur Arbeitgeber und den Betriebsrat als betriebsverfassungsrechtliches Organ sowie die Betriebsratsmitglieder in dieser ihrer Amtseigenschaft; sie dürfen nicht in Ausübung ihres Amtes und unter Ausnutzung dieses Amtes politisch agieren. Das Verbot gilt, wie das BAG in der Entscheidung vom 12. 6. 1986[30] bestätigt hat, schlechthin und uneingeschränkt.

(2) Den übrigen Arbeitnehmern ist parteipolitische Betätigung im Betrieb

[29] EzA § 626 BGB Nr. 86.

[30] NZA 1987, S. 153.

nicht schlechthin verwehrt; dies gilt auch für Betriebsratsmitglieder, soweit sie es vermeiden, in dieser ihrer Eigenschaft aufzutreten. Ihren politischen Äußerungen im Betrieb sind jedoch Grenzen unter dem Gesichtspunkt des Betriebsfriedens zu ziehen. Dabei ist zu beachten, daß sie sich zu ihrer Berufsausübung im Betrieb befinden. Das heißt einerseits, daß sie nicht gehindert sein können, ihre politischen Überzeugungen z. B. gesprächsweise Arbeitskollegen gegenüber kundzutun und auch eventuelle Materialien im Rahmen des normalen kollegialen Kontakts weiterzugeben, daß sie andererseits nicht den Betrieb, in dem sie und andere notgedrungen zur Arbeitsverrichtung zusammenkommen, als Forum für politische Agitation nutzen dürfen. Ich meine, der Betrieb muß die Möglichkeit der normalen politischen Kommunikation bieten, er darf aber nicht zur Stätte gezielter politischer Agitation werden. Auch das BAG hat die Grenze so gezogen.

Das Tragen provozierender Plaketten ist dabei nicht anders zu bewerten als aufdringliche verbale Ausführungen, die von den Adressaten nicht erbeten sind. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß sich die mit der politischen Werbung konfrontierten Arbeitnehmer durch eigene politische Gegenäußerungen wehren könnten. Sie sind nicht in den Betrieb gekommen, um sich politisch auseinanderzusetzen. Zu Recht hat das BAG den Arbeitnehmern im Betrieb das vom Bundesverfassungsgericht einmal treffend formulierte „Recht, in Ruhe gelassen zu werden" zugebilligt[31]. Ein Verstoß gegen die betriebliche Ordnung liegt nicht erst dort und dann vor, wenn andere Arbeitnehmer an einer politischen Werbung Anstoß nehmen, sondern dort, wo ihnen die permanente Konfrontation mit politischen Thesen zugemutet wird. Insoweit ist das Tragen auffälliger und aggressiv formulierter Plaketten provozierender als die gelegentliche Verteilung von Flugblättern.

Das BAG hatte in seiner letzten Entscheidung über den Fall zu befinden, daß ein Arbeitnehmer in den Arbeitspausen auf die Sitze in der Kantine Flugblätter legte, die für eine Vollversammlung für den Frieden warben. Damit sollte nach Meinung des BAG der Betriebsfriede nicht gestört sein, wobei das BAG allerdings - meines Erachtens zu Unrecht - darauf abstellt, daß es im Betrieb nicht zu Unmutsäußerungen oder Störungen des Betriebsablaufs gekommen sei. Es muß darauf abgestellt werden, ob der Arbeitnehmer den Betrieb als Zwangsforum für seine politische Agitation benutzt. Dabei muß die Abschichtung der Flugblattverteilung vom Plakettentragen einige Schwierigkeiten bereiten. Das BAG hat letzterenfalls nicht nur eine Kündigung abgelehnt, sondern - es ging um die Rechtmäßigkeit einer Abmahnung - schon den arbeitsvertraglichen Pflichtenverstoß verneint.

(3) Davon zu differenzieren ist die Frage, wieweit parteipolitischer Tätig-

[31] BVerfGE 44, S. 197; siehe dazu meinen Beitrag ZFA 1982, S. 49 ff.

Universitätsbibliothek Augsburg

keit außerhalb des Betriebs arbeitsvertragliche Relevanz zukommen kann. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer im außerdienstlichen Bereich frei. Dies gilt auch für jede politische Betätigung. Diese kann jedoch in zweierlei Richtung, wie in der Entscheidung des BAG vom 6. 6. 1984[32] zutreffend differenziert, Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis erlangen. Die dort entwickelten Gesichtspunkte dürften sich allerdings auf den Bereich des öffentlichen Dienstes beschränken, für den das BAG auch nur zu entscheiden hatte.

(a) § 8 Abs. 1 Satz 2 BAT verpflichtet die Arbeitnehmer, sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen. Das BAG sieht hiermit Verhaltenspflichten festgelegt, gegen die z. B. mit der Kandidatur für eine verfassungsfeindliche Partei verstoßen werden könne. Voraussetzung soll jedoch sein, daß das Arbeitsverhältnis konkret berührt ist, was das BAG für einen bei der Bundesanstalt tätigen Hauptvermittler verneinte, solange das Arbeitsverhältnis aus der Kandidatur keine Störung erfahre. Ein Verstoß gegen das Mäßigungsgebot des § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT ist bei einer Kandidatur für eine Kommunalwahl sicher nicht gegeben. Der Hauptvermittler muß nach Meinung des BAG politische Zurückhaltung nur in der Ausübung seiner Tätigkeit wahren.

(b) Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob aus einer bestimmten politischen Betätigung im Einzelfall die fehlende Eignung für ein Amt abgeleitet und damit eine personenbedingte Kündigung begründet werden kann. Aus der Kandidatur für eine verfassungsfeindliche Partei kann sich ergeben, daß der Bedienstete nicht die Gewähr bietet, daß er für die freiheitlich demokratische Grundordnung eintritt. Das entsprechende Gebot des § 8 Abs. 1 Satz 2 BAT ist nicht im Sinne einer Verhaltenspflicht zu verstehen, daß der Bedienstete laufend Bekenntnis für die freiheitlich demokratische Grundordnung ablegen müsse, sondern im Sinne einer persönlichen Qualifikation. Die Betätigung für eine verfassungsfeindliche Organisation rechtfertigt in der Regel – Einzelfallprüfung wird in der Rechtsprechung ausdrücklich verlangt – den Schluß, daß diese Qualifikation fehlt. Das BAG schließt die Prüfung an, ob das Arbeitsverhältnis dadurch konkret berührt wird, was dann zur Rechtfertigung der Kündigung führt.

c) Pflicht zur Sicherung der Unternehmenszielsetzung/Wahrung der Tendenztreue

Damit steht die Problematik in unmittelbarer Nähe zu der des Tendenzschutzes. Zu diesem Komplex sind für den kirchlichen Bereich eine Reihe von Entscheidungen des BAG ergangen, die dem Tendenzschutz weitgehend Rechnung tragen. So wurde die Kündigung einer Lehrerin eines katholischen Missionsgymnasiums gebilligt, weil sie einen geschiedenen Mann geheiratet

[32] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 12.

hatte[33], ebenso die eines in einem katholischen Krankenhaus beschäftigten Assistenzarztes, als er aus der Kirche austrat[34]. Das BAG ging in beiden Fällen zutreffend von einer personenbedingten Kündigung aus. Es geht bei der Heirat oder dem Kirchenaustritt nicht um eine Verletzung von Rechtspflichten, denn die Bediensteten konnten arbeitsvertraglich nicht verpflichtet werden, bestimmte Personen nicht zu heiraten oder nicht aus der Kirche auszutreten. Mit ihrer persönlichen Lebensführung haben sie jedoch, wie das BAG zu Recht herausgearbeitet hat, die erforderliche Qualifikation verloren, bei der Glaubensverkündung bzw. der Verwirklichung der karitativen Aufgaben der Kirche überzeugend mitzuwirken. Zutreffend sprach das BAG in der Entscheidung vom 12. 12. 1984 deshalb von einer „Loyalitätsobliegenheit". Betroffen ist davon nur, wer im Rahmen des Verkündungsauftrags tätig ist. Auch für ihn muß zur Beurteilung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung noch die Interessenabwägung vorgesehen werden. Hingegen wurde eine Abmahnung wegen des irreparabel gestörten Vertrauensverhältnisses ausnahmsweise als entbehrlich gesehen. Eine Verpflichtung verletzt der Bedienstete hingegen, wenn er in Ausübung seiner Tätigkeit nicht die dafür gesetzten Vorgaben einhält.

Diese Anforderungen und Grundsätze gelten entsprechend für alle Tendenzunternehmen. Dies ist auch der Hintergrund der Entscheidung des BAG vom 6. 12. 1979[35], in der die Kündigung eines Gewerkschaftssekretärs gebilligt wurde, weil er dem KBW beigetreten war. Dieser hatte mit der „Errichtung der proletarischen Diktatur" und der „Eroberung der Gewerkschaften für den Kommunismus" Zielsetzungen deklariert, die den Bekenntnissen der Gewerkschaft zuwiderliefen. Das BAG hebt hervor, daß der Arbeitnehmer eines Tendenzunternehmens, soweit er Tendenzträger, also unmittelbar in der Verwirklichung der Tendenz tätig ist, auch in seinem außerdienstlichen Verhalten auf die grundsätzliche Zielsetzung seines Arbeitgebers Rücksicht nehmen muß. Im Tendenzunternehmen könne die Bindung des Arbeitnehmers in seinem Verhalten und in seinem Privatleben weitergehen als in anderen Arbeitsverhältnissen. Wenn sich der Tendenzträger zu der Tendenz seines Arbeitgebers nachhaltig in der Weise in Widerspruch setzt, daß die betrieblichen Interessen berührt sind, müßte der Arbeitgeber das Recht zur ordentlichen Kündigung haben. Das BAG entschied allerdings nicht, ob die Kündigung solchenfalls durch das Verhalten oder durch die Person des Arbeitnehmers begründet ist. In einer gewissen Bandbreite erscheint es bei Tendenzträgern geboten, Verhaltenspflichten auch im außerdienstlichen Bereich anzunehmen. So dürfte es eine Pflichtverletzung sein, wenn der Gewerkschaftssekretär in seiner Freizeit gegen die Gewerkschaft gerichtete Artikel für irgendein

[33] Urteil vom 31. 10. 1984, NZA 1985, S. 215.

[34] Urteil vom 12. 12. 1984, NZA 1986 Beilage 1, S. 32.

[35] EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr. 5.

der Gewerkschaft mißgünstig gesonnenes Presseorgan schreibt. Ich glaube, daß es angemessen ist, einen Tendenzträger noch in gewissem Umfang pflichtenmäßig zur Respektierung und zum Schutz der von seinem Arbeitgeber verfolgten Tendenz zu verpflichten. Soweit man dies nicht mittragen will, müßte das außerdienstliche Verhalten unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Qualifikation geprüft werden; der außerdienstlich gegen die Gewerkschaft auftretende Bedienstete kann seine Qualifikation verlieren, für die Gewerkschaft überzeugend tätig zu sein. Dies gilt entsprechend für sämtliche Tendenzunternehmen.

Und meines Erachtens gilt es darüber hinaus für alle Unternehmen. Für jedes Arbeitsverhältnis ist zu prüfen, wieweit den Arbeitnehmer auch in der außerdienstlichen Sphäre Pflichten treffen, auf die Unternehmenszielsetzung Rücksicht zu nehmen. Der in früheren Jahren diskutierte Fall des Mitarbeiters eines am Kernkraftwerkbau beteiligten Unternehmens, der in seiner Freizeit an einer öffentlichen Demonstration gegen sein Unternehmen an vorderster Front beteiligt ist, läßt sich nur entsprechend den für Tendenzunternehmen entwickelten Grundsätzen bewältigen. Jeden Arbeitnehmer trifft eine gewisse Rücksichts- und Loyalitätspflicht gegenüber der Zielsetzung seines Unternehmens als arbeitsvertragliche Pflicht; er darf nicht außerdienstlich dem Erfolg des Unternehmens, das er mit seinem Arbeitsbeitrag zu fördern unternommen hat, entgegentreten. Soweit sein Verhalten nicht mehr als Pflichtverstoß gewertet wird, kann dadurch doch die Vertrauensgrundlage für eine weitere erfolgreiche Tätigkeit im Unternehmen verlorengegangen und damit ein personenbedingter Kündigungsgrund gegeben sein. Erst wenn auch der Verlust dieser persönlichen Qualifikation nicht mehr angenommen werden kann, liegt der Fall in der arbeitsrechtlich irrelevanten außerdienstlichen Sphäre.

d) Sicherung der Arbeits- und Betriebsergebnisse zugunsten des Arbeitgebers

Rechtlich weit weniger problematisch ist ein letzter Komplex von Kündigungsgründen, die sich daraus ableiten, daß die Arbeitnehmer in die Zuordnung der wirtschaftlichen Ergebnisse ihrer Tätigkeit und die Aufteilung der wirtschaftlichen Interessensphäre störend eingreifen. Das Ergebnis der Tätigkeit der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis steht aufgrund der arbeitsvertraglichen Verteilungsgrundsätze dem Arbeitgeber zu. Die Arbeitnehmer sind deshalb verpflichtet, dem Arbeitgeber die Ergebnisse ihrer Arbeit zur wirtschaftlichen Verwertung zur Verfügung zu stellen, z. B. ein Nutzungsrecht an urheberrechtlich geschützten Arbeitsergebnissen einzuräumen. Geschäftsgeheimnisse sind zu wahren; eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ist an sich Kündigungsgrund, auch hier muß jedoch die Interessenabwägung vorgesehen werden, in der Regel allerdings nicht die Abmahnung. Schließlich muß der Arbeitnehmer die wettbewerblichen

Interessen des Arbeitgebers respektieren, insbesondere die durch § 60 HGB vorgegebenen Grenzen der Konkurrenztätigkeit beachten - deren Verletzung ist als Kündigungsgrund unstrittig. In der Regel läßt das BAG sogar eine außerordentliche Kündigung zu - so zuletzt in der Entscheidung vom 6. 8. 1987[36]. Allerdings stellte sich dort das Problem, daß der Arbeitgeber der Konkurrenztätigkeit des Arbeitnehmers eventuell zugestimmt hatte; unter den Parteien war dies strittig. Das BAG sah die Beweislast hierfür beim Arbeitgeber. Die Konkurrenztätigkeit sei nicht überhaupt als solche verboten, sondern nur, soweit sie ohne Einwilligung des Arbeitgebers erfolge. Der Arbeitgeber habe aber die Voraussetzungen der Kündigung, also hier das vertragswidrige Verhalten darzulegen und zu beweisen; der Umfang der konkreten Darlegungs- und Beweisführungslast richtet sich allerdings, wie bei allen Kündigungsgründen, danach, wie substantiiert sich der gekündigte Arbeitnehmer auf den Kündigungsgrund einläßt.

In der nicht konkurrierenden Nebentätigkeit ist der Arbeitnehmer hingegen grundsätzlich frei; die Interessen des Arbeitgebers werden hier rechtlich nicht berührt. Aufsehen erregt hatte allerdings die Entscheidung des BAG vom 13. 11. 1979[37], wonach eine Nebenbeschäftigung während der Arbeitsunfähigkeit die Kündigung nur rechtfertigen soll, wenn sie gegen ein Konkurrenzverbot verstößt oder den Heilungsprozeß verzögert. Im Grundsatz ist dies von der geltenden Rechtslage her wohl richtig. Wer als Maurer wegen eines Beinbruchs arbeitsunfähig ist, kann eine bisher betriebene Nebentätigkeit als Versicherungsvermittler durchaus auch während seiner Arbeitsunfähigkeit weiterführen. Das Ungereimte des BAG-Falles war, daß der Arbeitnehmer damals bezüglich der Tätigkeit eines Reisebürokaufmanns krankgeschrieben war, in der Zeit aber in der Lage war, für eine Bausparund Versicherungsagentur eine Außendienstorganisation aufzubauen. Das BAG hat zwar gesehen, daß es um ein Problem der Glaubwürdigkeit des ärztlichen Attestes ging - dies war aber über die Anwendung des Konkurrenzverbotes nicht zu lösen. Eine andere Frage ist, daß derjenige Arbeitnehmer, der während der Zeit seiner auf seinen Beruf bezogenen Arbeitsunfähigkeit (z. B. als Maurer) erweiterte Möglichkeiten zur Ausübung einer Nebentätigkeit (z. B. im Versicherungsbereich) hat, rechtspolitisch gesehen eigentlich mit einer Anrechnungsregelung entsprechend etwa der des § 615 Satz 2 BGB belastet werden müßte, und daß auch die Möglichkeit einer Umsetzung auf einen zumutbaren anderen Arbeitsplatz, den er trotz seiner Verletzung ausfüllen könnte, zu überlegen ist. Dies sind aber erst noch zu diskutierende Fragen.

[36] DB 1988, S. 51.

[37] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr 6.

II. Grundsätze für die Beurteilung und verfahrensmäßige Behandlung verhaltensbedingter Kündigungen

1. Pflichtverletzung als Grundlage verhaltensbedingter Kündigungen

Um eine gewisse Struktur in den Kündigungstatbestand des § 1 KSchG zu bringen, sollte der Tatbestand der verhaltensbedingten Kündigung für die Fälle arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen reserviert bleiben. Davon ist die BAG-Rechtsprechung bisher auch weitgehend ausgegangen. In den schwierigen Bereichen des verfassungstreuen Verhaltens und der Tendenzloyalität geht es darum, zunächst die Frage bestehender außerdienstlicher Verhaltenspflichten zu klären. Soweit solche Pflichten als arbeitsvertraglich verbindlich anzuerkennen sind, führt ihre Verletzung zur verhaltensbedingten Kündigung. Soweit Verhaltenspflichten nicht anzuerkennen sind, ist das außerdienstliche Verhalten nur unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Eignung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (Beispiel: Kirchenaustritt). Dabei führt die Zuordnung zum personenbedingten Kündigungsgrund zu einem strengeren Maßstab, da über die für das Arbeitsverhältnis erforderliche Qualifikation Rechnung zu legen ist. Hingegen ist bei Vorliegen einer Verhaltenspflicht im Falle ihrer Verletzung ein Kündigungsgrund an sich zunächst einmal gegeben, es muß nur mehr die Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis geprüft und die Interessenabwägung vorgenommen werden. In der Kündigungspraxis steht allerdings beides letztlich zur Disposition der Gerichte.

Für verschiedene, bislang nicht so klar zugeordnete Kündigungskomplexe ergibt sich danach ihr Standort bei der personenbedingten Kündigung:

Streitbar ist dies allerdings für die Kündigung anläßlich eines Strafantritts. Der Arbeitnehmer erfüllt in diesem Falle seine Arbeitspflicht nicht. Zwar wird ihm dies durch hoheitlichen Eingriff unmöglich gemacht; ob man ihn deswegen aber schon von seinen Pflichten und der Verantwortlichkeit gegenüber dem Arbeitgeber freistellen soll, ist nicht selbstverständlich. Die rechtliche Gleichbehandlung dieses Falles mit dem der Krankheit ist sicher nicht unproblematisch.

Plausibel scheint hingegen die entsprechende Lösung für den Fall der Einziehung zum ausländischen Wehrdienst.

Auch die Fälle der Druckkündigung im engeren Sinne sollten der personenbedingten Kündigung zugeordnet werden. Bei ihr ist zu differenzieren: Es kann ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers den Ausgangspunkt dafür bieten, daß die Belegschaft oder Dritte (etwa der Auftraggeber) die Kündigung eines Arbeitnehmers verlangen. Auch wenn der Arbeitgeber das pflichtwidrige Verhalten ohne die Intervention des Dritten nicht zum Anlaß einer Kündigung genommen hätte, bleibt der Fall dennoch im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung, wenn er nun auf Druck die Kündigung erklärt. Der von

dritter Seite ausgeübte Druck ist im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers zu berücksichtigen; das vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers ist aber zunächst der Kündigungsgrund „an sich". Wenn ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers allerdings nicht gegeben ist, ist die Kündigung unter dem Aspekt der Personenbedingtheit zu prüfen. Es kann dem Arbeitnehmer z. B. die erforderliche Integrationsfähigkeit, Kompromißbereitschaft oder Sensibilität fehlen, vielleicht im Einzelfall auch eine fachliche Qualifikation. Der Begriff des in der Person liegenden Grundes ist offen genug, um alle Fälle einfangen zu können, in denen dem Arbeitgeber eine Kündigungsmöglichkeit eröffnet werden muß. Ein Ausweichen auf die betriebsbedingte Kündigung, wie vom BAG praktiziert[38], erscheint nicht geboten[39]. Sie paßt erkennbar nicht, wie schon die Regelung des §1 Abs. 3 KSchG zeigt. Die betriebsbedingte Kündigung sollte auf den Fall beschränkt bleiben, in dem der Anlaß für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Wegfall des Arbeitsplatzes und dem Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit liegt[40].

Eine ähnliche Bewertung greift schließlich bei den wegen Lohnpfändung ausgesprochenen Kündigungen, die die Rechtsprechung im Grundsatz zuläßt. Hierzu hat schon das BAG[41] klargestellt, daß eine verhaltensbedingte Kündigung ausscheiden muß, weil den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber keine vertragliche Pflicht trifft, seine Vermögensverhältnisse in bestimmter Weise zu ordnen und geordnet zu halten; es besteht insoweit auch keine außerdienstliche Verhaltenspflicht. Das BAG will gleichwohl eine Kündigungsmöglichkeit eröffnen, wenn es durch die aufwendige Bearbeitung von zahlreichen Lohnpfändungen beim Arbeitgeber zu wesentlichen Störungen im betrieblichen Ablauf kommt. Eine klare Zuordnung zum Komplex der personenbedingten oder der betriebsbedingten Kündigung nimmt das BAG nicht mehr vor. Man sollte auch hier, soweit überhaupt eine kündigungsrechtliche Relevanz angenommen werden soll, mit der personenbedingten Kündigung arbeiten. Die Probleme liegen originär nicht im Betrieb, sondern im außerdienstlichen Verhalten des Arbeitnehmers, das andererseits außerhalb der arbeitsvertraglichen Pflichten liegt, aber doch die persönliche Qualifikation des Arbeitnehmers als Arbeitsvertragspartei (nämlich als Gläubiger der Lohnzahlung) berührt. Wenn Bedenken bestehen, dann wohl nicht gegen die Zuordnung zur personenbedingten Kündigung, sondern gegen die Kündigungsmöglichkeit überhaupt. Es sollte vielleicht überlegt werden, den Arbeitgeber statt mit einer streitbaren Kündigungsmöglichkeit durch Ersatz der Auf-

[38] Urteil vom 19. 6. 1986, EzA §1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 39.

[39] Ablehnend auch Rüthers/Henssler, ZFA 1988, S. 37 ff., 39.

[40] Rüthers/Henssler, ZFA 1988, S. 37 ff.

[41] Urteil vom 4. 11. 1981, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 9.

wendungen, die ihm aus der Lohnverwendung durch den Arbeitgeber entstehen, zu entlasten. Die Kündigung ist kein Weg zu sachgerechter Problemlösung. Die Zuordnung zur personenbedingten Kündigung bietet immerhin die Möglichkeit, einen strengen Maßstab anzulegen.

Bei solcher Zuordnung dürfte sich auch das Problem der sogenannten Mischtatbestände erledigen. Das BAG hatte dieses Stichwort in der Entscheidung vom 21. 11. 1985[42] angesprochen, dabei aber bereits darauf hingewiesen, daß jeder für die Kündigung maßgebliche Gesichtspunkt gemäß seiner „Störquelle" klar zugeordnet werden muß und kann. Wenn der Koch die Übernahme der geschuldeten Kantinenleitung verweigert, ist die darauf gestützte Änderungskündigung verhaltensbedingt. Sie kann nicht als betriebsbedingte Kündigung behandelt werden. Betriebsbedingt wäre sie dann, wenn die Aufgabe dem Arbeitnehmer erst aufgrund einer betrieblichen Umstrukturierung neu zugewiesen werden müßte. Beides sind aber, so das BAG zu Recht, in ihrer Entstehung voneinander unabhängige Kündigungstatbestände[43].

Anderes hatte das BAG - allerdings zu Unrecht - in der Entscheidung vom 17. 5. 1984[44] angenommen. Ein zunächst eingestellter, fachlich nicht voll qualifizierter Lehrer wurde gekündigt, als später genügend fachlich qualifizierte Bewerber zur Verfügung standen. Das BAG meint, hier ginge es um einen Mischtatbestand von personenbedingter und betriebsbedingter Kündigung; als entscheidende Ursache sah das BAG allerdings den betrieblichen Bereich. Dem kann kaum gefolgt werden. Es liegt eindeutig ein personenbedingter Kündigungsgrund vor. Dabei müssen allerdings die Interessenabwägung, speziell die betrieblichen Belange, und eventuell auch die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem anderen Arbeitsplatz hier besonders sorgfältig geprüft werden.

Davon zu unterscheiden ist die Kumulierung kündigungsrechtlich relevanter Sachverhalte. Bei vielen Pflichtverletzungen, z. B. Versäumnis von Arbeitszeit oder Schlechtleistung, begründet überhaupt erst eine Reihe solcher Vorfälle den Kündigungsgrund, so z. B. das sechzigmalige Zuspätkommen bei zwischenzeitlicher Abmahnung, nicht schon die erstmalige oder auch mehrfache Verspätung. Die Vorfälle können insgesamt bei Prüfung der verhaltensbedingten Kündigung veranschlagt werden, solange sie nicht im Einzelfall verwirkt oder wegen fehlender Abmahnung irrelevant sind. Nicht ganz so einfach liegt der Fall, wenn qualitativ verschiedenartige Sachverhalte vorgeworfen werden, z. B. Arbeitsversäumnisse und Fehlleistungen. Kein Problem besteht, wenn beide Komplexe in sich so gewichtig sind, daß sie jeweils selbständig eine verhaltensbedingte Kündigung tragen können. Dann kann die Kündigung auf den einen oder den

[42] NZA 1986, S. 713.
[43] Siehe auch Rüthers/Henssler, ZFA 1988, S. 40.
[44] EzA § 1 KSchG Nr. 32.

anderen Komplex gestützt werden, eventuell auch auf beide. Wenn die beiden Vorfälle isoliert gesehen eine Kündigung jeweils nicht tragen würden, wenn sie jedoch insgesamt ein Gewicht erreichen, das eine Kündigung zu rechtfertigen geeignet ist, kann dies berücksichtigt werden. Das BAG hat es in der Entscheidung vom 22. 7. 1982[45] gebilligt, daß das LAG so verschiedene Vorfälle wie unentschuldigtes Fehlen, Alkoholgenuß, Vergessen von Aufträgen und langsames Arbeiten insgesamt als die Kündigung rechtfertigend in die Waagschale geworfen hat.

Damit bleibt nur noch die Frage offen, ob Teilaspekte auch dort zu einem relevanten Kündigungsgrund kumuliert werden können, wo sie verschiedenen Kündigungsgründen (z.T. also der personen-, z.T. der verhaltens-, z.T. der betriebsbedingten Kündigung) zuzurechnen sind. Rüthers/Henssler lehnen dies in einer neueren Untersuchung ab[46]; danach soll, wenn z. B. ein Sachverhalt für eine verhaltensbedingte Kündigung nicht ganz reicht, dies nicht dadurch kompensiert werden können, daß weitere Umstände gegeben sind, die nahe an eine betriebsbedingte Kündigung heranreichen. Für das Verhältnis betriebsbedingter zu verhaltensbedingter (oder auch personenbedingter) Kündigung erscheint dies überzeugend, denn bei der betriebsbedingten Kündigung gibt es, bezogen auf die Voraussetzungen des Wegfalls des Arbeitsplatzes und der fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, nur ein entweder/oder, kein schrittweises Heranwachsen eines Kündigungsgrundes. Im Verhältnis zwischen personenbedingter und verhaltensbedingter Kündigung sollte jedoch ein Übergreifen in den jeweils anderen Kündigungsgrund nicht ausgeschlossen sein. Die Rechtsprechung hat dies sowieso dadurch in der Hand, daß sie den verhaltensbedingten Grund „an sich" früher bejaht und die dem anderen Kündigungsgrund zugeordneten Vorfälle bei der Interessenabwägung durchschlagen läßt. Das BAG hat sich zur konstruktiven Seite bislang nicht so klar geäußert, jedenfalls aber bekräftigt, daß dann, wenn eine isolierte Betrachtung nicht zur Rechtfertigung der Kündigung führt, im Wege einer einheitlichen Betrachtungsweise zu prüfen ist, ob die einzelnen Kündigungsgründe in ihrer Gesamtheit Umstände darstellen, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebs die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen[47].

2. Die ordentliche Kündigung als Mittel zur Lösung gestörter Arbeitsbeziehungen

Pflichtverletzungen sind als solche noch nicht mit Kündigungsmöglichkeit gleichzusetzen. Auf der anderen Seite sollte über eine Kündigung auch nicht ohne vorherige Klarstellung der beste-

[45] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10.
[46] ZFA 1988, S. 33.
[47] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10.

henden arbeitsvertraglichen Pflichten und ihrer Verletzung befunden werden. Viele Urteile leiden darunter, daß sie eine Kündigung für unwirksam erklären, daß sie aber keinen Aufschluß darüber geben, ob die arbeitsvertragliche Pflichtverletzung verneint oder nur die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers vorgenommen wurde. Es kann dann aufgrund des Urteils der Eindruck entstehen, das Verhalten des Arbeitnehmers wäre rechtmäßig. Das BAG hat dem Arbeitgeber deshalb erst jüngst[48] zugebilligt, den Arbeitnehmer nach einem verlorenen Kündigungsschutzprozeß noch abzumahnen, wenn ein Pflichtverstoß vorliegt, der nur für die Kündigung nicht ausreichte, der dem Arbeitnehmer jedoch noch verdeutlicht werden soll.

Der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten ist zunächst mit den Behelfen zu begegnen, die generell zur Durchsetzung vertraglicher Erfüllungsansprüche zur Verfügung stehen, also mit der Abmahnung der vertraglichen Leistung, der Leistungsklage und eventuellen Schadensersatzforderungen. Pflichtverletzungen sind im weiten Umfang ohne kündigungsrechtliche Relevanz - man vergleiche nur die Darlegungen der Gerichte zu den Fällen des Zuspätkommens zum Arbeitsplatz. Erst wenn das Arbeitsverhältnis durch die Pflichtverletzung in seiner Funktion gestört wird, dem Arbeitgeber einen Beitrag zur Erreichung der unternehmerischen Zielsetzung zu sichern, wird erforderlich, den Bestand des Arbeitsverhältnisses in Frage zu stellen. Die Rechtsprechung hat dies häufig mit der Formel zum Ausdruck gebracht, es müsse eine konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses eingetreten sein - so das BAG in der Entscheidung vom 17. 3. 1988[49], dort allerdings für die außerordentliche Kündigung; für die ordentliche Kündigung kann insoweit aber nichts anderes gelten. Es müssen nachteilige Wirkungen für den Leistungsbereich, den Bereich der betrieblichen Verbundenheit (Betriebsordnung/Betriebsfriede), für den personalen Vertrauensbereich der Vertragspartner oder für den Unternehmensbereich bestehen (BAG, a. a. O.). Erst dann ist es gerechtfertigt, einer Vertragspartei die Kompetenz zur einseitigen Auflösung einzuräumen. Die Feststellungen werden von den Gerichten z. T. im Rahmen einer Interessenabwägung getroffen, teils dieser vorgeschaltet. Unstreitig ist, daß die Konsequenz einer Kündigung auch bei klar zutage tretender Vertrauenspflichtverletzung immer nur auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung gezogen werden kann.

Dabei verlangt die Rechtsprechung in der Regel, daß die Verhaltenspflichtverletzung schuldhaft begangen wurde; nur dann überwiegen die Interessen des Arbeitgebers und ist z. B. die Störung des Vertrauensbereichs anzunehmen. Allerdings kann man nicht generell davon ausgehen, daß auf jeden Fall immer Verschulden des Arbeitnehmers

[48] Urteil vom 7. 9. 1988, NZA 1989, S. 222.

[49] DB 1989, S. 329.

gegeben sein müsse. Verhaltensbedingt kann eine Kündigung unter Umständen auch dann sein, wenn nur ein objektiver Pflichtverstoß vorliegt - von größerer praktischer Bedeutung war dies jedoch bislang nicht.

Ab einem bestimmten Gewicht der Pflichtverletzung und entsprechend massiver Auswirkung auf das Zusammenwirken der Arbeitsvertragsparteien kann der Arbeitgeber dann mit einer außerordentlichen Kündigung reagieren. Sie wird vom Gesetz dort zugelassen, wo dem Arbeitgeber auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die relevanten Pflichtverletzungen sind durchgehend die gleichen wie im Bereich der ordentlichen Kündigung; die beiden Kündigungsarten unterscheiden sich nur durch das unterschiedliche Gewicht der Vertragsverletzung.

Es sind demnach bei Verstoß gegen Verhaltenspflichten drei Zonen zu unterscheiden:

a) Der Bereich der Pflichtverletzungen, die ohne Rückwirkung auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses bleiben (weil sie die Funktion des Arbeitsverhältnisses nicht konkret beeinträchtigen).

b) Pflichtverletzungen, die zur ordentlichen Kündigung berechtigen, weil sie auf das Arbeitsverhältnis störend einwirken.

c) Pflichtverletzungen, die zur sofortigen Lösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, weil die Fortführung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung unzumutbar ist.

Soweit für Arbeitsverhältnisse nach tariflicher oder arbeitsvertraglicher Regelung eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen oder beschränkt ist, kann die Lösung bei Pflichtverletzungen überhaupt nur mehr mittels außerordentlicher Kündigung erfolgen. Dies kann sich im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken, denn bei der Abwägung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist, muß in Rechnung gestellt werden, daß das Arbeitsverhältnis ordentlich überhaupt nicht aufgelöst werden kann, also grundsätzlich bis zum 65. Lebensjahr fortgeführt werden muß. Damit kann aber unter Umständen eher auf Unzumutbarkeit der Fortsetzung i. S. des § 626 Abs. 1 BGB zu erkennen sein - so auch das BAG in der Entscheidung vom 14. 11. 1984[50].

3. Abmahnung als Voraussetzung verhaltensbedingter Kündigungen

Zunehmend größeres Gewicht hat das BAG auf die Abmahnung als Voraussetzung verhaltensbedingter Kündigungen gelegt.

---

[50] EzA § 626 BGB Nr. 93.

a) Funktion der Abmahnung

Das BAG verlangt, daß jedenfalls bei Störungen im Leistungsbereich einer Kündigung eine Abmahnung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber vorausgehen muß, wobei diese Abmahnung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung konzipiert wird[51]. Das BAG spricht in der Entscheidung vom 15. 1. 1986[52] von einer Gläubigerobliegenheit. Eine Abmahnung ist nur dort entbehrlich, wo sie im einzelnen nicht mehr als erfolgversprechend anzusehen ist - so das BAG in der Entscheidung vom 4. 11. 1981[53], in der allerdings eine personenbedingte Kündigung inmitten stand.

Auch im Vertrauensbereich wird teilweise vorherige Abmahnung verlangt, obwohl die Rechtsprechung dort zunächst im Hinblick auf das gestörte Vertrauen von einer Abmahnung abzusehen schien. Eine Abmahnung soll aber dort notwendig sein, wo der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten gewürdigt[54] - eine Formel, die auch für den Leistungsbereich von Bedeutung ist.

Die Abmahnung kann ihre die Kündigung vorbereitende Funktion durch Zeitablauf verlieren. Z. B. soll es dem Arbeitgeber nach einer längeren Zeit einwandfreier Führung des Arbeitnehmers verwehrt sein, sich auf früher abgemahnte Pflichtenverstöße des Arbeitnehmers noch zu berufen. Jedoch verliert die Abmahnung ihre Bedeutung erst dann, wenn aufgrund des eingetretenen Zeitablaufs oder neuer Umstände (z. B. einer späteren unklaren Reaktion des Arbeitgebers auf ähnliche Pflichtverletzungen anderer Arbeitnehmer) der Arbeitnehmer wieder im ungewissen sein konnte, was der Arbeitgeber von ihm erwartet bzw. wie er auf eine etwaige Pflichtverletzung reagieren werde - so das BAG unter dem 18. 11. 1986[55]. Wann davon auszugehen ist, wird vom BAG allerdings nicht konkretisiert. Es weigert sich ausdrücklich, eine bestimmte „Regelfrist" festzulegen. Daß eine Abmahnung jedenfalls zwei Jahre lang fortwirken kann, wird ausdrücklich bestätigt.

b) Materielle Voraussetzungen der Abmahnung

Die Abmahnung setzt lediglich einen objektiven Pflichtverstoß voraus, auch dort, wo für die Kündigung selbst - wie in der Regel - Verschulden zu fordern ist (BAG vom 7. 9. 1988[56]).

Eine Frist für den Ausspruch einer Abmahnung setzt das BAG dem Arbeitgeber nicht. Insbesondere gilt nicht die

[50] EzA § 626 BGB Nr. 93.

[51] Urteil vom 18. 1. 1980, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7; Urteil vom 9. 8. 1984, a. a. O., Nr. 11.

[52] NZA 1986, S. 421.

[53] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 9.

[54] BAG vom 18. 11. 1986, NJW 1987, S. 418.

[55] NZA 1987, S. 418.

[56] DB 1989, S. 223.

bei einer außerordentlichen Kündigung zu beachtende Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Die Abmahnung zur Vorbereitung der ordentlichen Kündigung ist grundsätzlich unbegrenzt möglich. Das BAG meint nur, daß eine Abmahnung, die erst geraume Zeit nach einem Vorfall ausgesprochen wird, in ihrer Wirkung abgeschwächt sei, insbesondere wenn sich der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit vertragstreu verhalten hat - es sei fraglich, ob das Verhalten dann im Falle einer Kündigung überhaupt noch beachtlich wäre (so BAG vom 15. 1. 1986[57]).

Wie schon erwähnt, ist eine Abmahnung einer bestimmten Verhaltensweise auch dann noch zulässig, wenn der Arbeitgeber darauf zunächst eine Kündigung gestützt hatte, die Kündigung jedoch vom Arbeitsgericht für unwirksam erklärt worden ist; dem Arbeitgeber soll ermöglicht werden, dem Arbeitnehmer den vertragswidrigen Charakter seines Verhaltens zu verdeutlichen und damit auch zur Grundlage eventuell späterer Sanktionen zu machen[58].

c) Formale Anforderungen an die Abmahnung

Zu den unverzichtbaren Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Abmahnung gehört nach BAG vom 18. 11. 1986[59] die Rüge eines genau bezeichneten Fehlverhaltens (Rügefunktion) und der Hinweis auf die Bestands- oder Inhaltsgefährdung des Arbeitsverhältnisses für den Wiederholungsfall (kündigungsrechtliche Warnfunktion). Durch die Abmahnung soll dem Arbeitnehmer gegenüber zum Ausdruck gebracht werden, daß der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitsleistungen oder ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmer als nicht vertragsgemäß ansieht und künftig nicht mehr hinzunehmen gewillt ist. Dem Arbeitnehmer soll der Einwand ausgeräumt werden, er habe die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht gekannt oder jedenfalls nicht damit rechnen müssen, der Arbeitgeber sehe dieses Verhalten als so schwerwiegend an, daß er zu kündigungsrechtlichen Konsequenzen greifen werde. Nicht erforderlich ist, daß der Arbeitgeber bestimmte kündigungsrechtliche Maßnahmen (also eine spezielle ordentliche oder außerordentliche Kündigung) ankündigt. Es genügt, wenn der Arbeitgeber eindeutig und unmißverständlich darauf hinweist, daß bei wiederholten Leistungsmängeln der gerügten Art der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sind. Nach BAG vom 20. 12. 1984[60] reicht es, daß der Arbeitnehmer damit rechnen muß, daß der Arbeitgeber eine erneute Arbeitsverweigerung nicht mehr hinnehmen wird.

Abmahnungsberechtigt sind nach der Entscheidung des BAG vom 18. 1. 1980[61] alle Mitarbeiter des Arbeitgebers, die

[57] NZA 1986, S. 421.
[58] BAG vom 7. 9. 1988, NZA 1989, S. 222.
[59] NZA 1987, S. 418.
[60] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 16.
[61] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7.

aufgrund ihrer Aufgabenstellung dazu befugt sind, verbindliche Anweisungen bezüglich des Ortes, der Zeit sowie der Art und Weise der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu erteilen; es ist nicht erforderlich, daß sie zum Ausspruch der Kündigung berechtigt sind.

Die Abmahnung bedarf nicht der Zustimmung des Betriebsrats, soweit sie sich auf die Geltendmachung der arbeitsvertraglichen Pflichten beschränkt, der Arbeitgeber also nur sein Gläubigerrecht geltend macht. Dies setzt voraus, daß sie keinen über den Warnzweck vor einer drohenden Kündigung hinausgehenden Sanktionscharakter hat, also nicht einem Betriebsbußensystem (das mit Warnungen und Verweisen beginnt) entstammt; soweit sie als Verwarnung im Rahmen eines Betriebsbußensystems ausgesprochen wird, handelt es sich bereits um eine Maßnahme des Disziplinarsystems. Ihre Verhängung unterliegt dann dem Mitbestimmungsrecht - so die Differenzierung des BAG, Entscheidung vom 7. 11. 1979[62].

Der Zugang der Mitteilung an den Arbeitnehmer richtet sich nach § 130 BGB. Darüber hinaus ist grundsätzlich die Kenntnis des Empfängers vom Inhalt der Abmahnungserklärung erforderlich, damit diese ihre Funktion der Vorbereitung der Kündigung erfüllen kann. Deshalb wirkt die Abmahnung nicht, wenn sie in deutscher Fassung einer der deutschen Sprache nicht mächtigen Arbeitnehmerin übergeben wird (BAG vom 9. 8. 1984[63]). Allerdings hat das BAG ihr die Berufung auf die fehlende Kenntnis im späteren Kündigungsschutzprozeß dann doch wieder abgeschnitten. Wenn im Anschluß an eine Pflichtverletzung vom Vorgesetzten ein Schreiben übergeben wird, dürfe es die Arbeitnehmerin nicht einfach bei dessen Entgegennahme bewenden lassen. Vielmehr muß sie entweder deutlich machen, daß sie mit dem Schreiben nichts anfangen kann, oder sie hätte den offensichtlich zur Verfügung stehenden Betriebsdolmetscher einschalten müssen. Jedenfalls könne das Schreiben nicht noch einen Monat später als nicht existent betrachtet werden. Damit tritt an die Stelle der Kenntnis doch wieder eine rechtliche Zurechnung.

d) Klage auf Entfernung einer Abmahnung

Gegen Abmahnungen, die auf unrichtigen Tatsachen beruhen oder die falsche Bewertungen enthalten, kann der Arbeitnehmer klageweise vorgehen. Der Arbeitgeber muß im Rahmen seiner Fürsorgepflicht dafür Sorge tragen, daß die Personalakten ein richtiges Bild des Arbeitnehmers vermitteln. Der Arbeitnehmer kann deshalb die Rücknahme solcher unzutreffender oder abwertender Abmahnungen verlangen. Dies ist insbesondere nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Arbeitnehmer

[62] BAG vom 7. 11. 1979, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG Betriebsbuße.

[63] EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 11.

nach § 83 Abs. 2 BetrVG das Recht hat, zum Inhalt der Personalakten eine Gegendarstellung abzugeben; dadurch erfolgt nach Meinung des BAG keine hinreichende Neutralisierung - maßgebend BAG vom 27. 11. 1985[64].

Im einzelnen ist die Grenzziehung der Abmahnungskompetenz des Arbeitgebers nicht ganz einfach. Die Abmahnung eines Angestellten des öffentlichen Dienstes wegen einer DKP-Kandidatur hat das BAG zugelassen. Es komme nicht darauf an, ob das Verhalten bei der konkreten Einzelfallprüfung, die bei einer Kündigung anzustellen wäre, als die Kündigung rechtfertigend angesehen würde - dies brauche im Rahmen des Abmahnungsverfahrens nicht geprüft zu werden. Das heißt, daß Pflichtverletzungen als solche abgemahnt werden können, nicht erst bei einem die Kündigung rechtfertigenden Gewicht. Natürlich muß dieses Gewicht dann bei Ausspruch der Kündigung erlangt sein. Die die Kündigung vorbereitende Abmahnung wegen vertragswidrigen Verhaltens kann jedoch eine Stufe vorher erfolgen, also noch bevor das für die Kündigung notwendige Gewicht erreicht ist, erfüllt dann aber offensichtlich gleichwohl die erforderliche Rügefunktion.

e) Keine Beweiskraft der Abmahnung

Wenn der Arbeitnehmer zwar auch berechtigt ist, so ist er doch nicht zugleich auch verpflichtet, gegen eine unzutreffende Abmahnung vorzugehen. Es besteht weder eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht noch eine entsprechende Obliegenheit, Abmahnungen anzugreifen. Auch wenn der Arbeitnehmer momentan nichts unternimmt, ist es ihm unbenommen, in einem späteren Kündigungsschutzprozeß die Richtigkeit der abgemahnten Pflichtwidrigkeiten zu bestreiten. Es bleibt Sache des Arbeitgebers, die Richtigkeit der zwar abgemahnten, aber vom Arbeitnehmer bestrittenen Pflichtwidrigkeiten im späteren Kündigungsschutzprozeß zu beweisen. Die prozessuale Beweislastverteilung des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG wird durch das vorgeschobene Abmahnungsverfahren also nicht modifiziert. Das BAG lehnt es auch ab, mit dem Gedanken der Verwirkung zu arbeiten; das bloße Untätigbleiben des Arbeitnehmers gegenüber Abmahnungen stellt kein unredliches prozessuales Verhalten dar - es gibt also keine den §§ 4, 7 KSchG vergleichbare Verfahrenslast des Arbeitnehmers - so BAG vom 13. 3. 1987[65]. Hat man gegenüber dieser Festlegung zunächst vielleicht Bedenken, überzeugt jedenfalls der Hinweis des BAG auf die Gesichtspunkte der Praktikabilität. Würde dem Arbeitnehmer die Möglichkeit abgeschnitten, im späteren Kündigungsschutzprozeß die Unrichtigkeit der Abmahnung geltend zu machen, müßte er konsequenterweise gegen jede Abmahnung prozessieren - dazu soll er nicht gezwungen sein.

[64] NZA 1986, S. 227.

[65] NJW 1987, S. 518.

4. Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit

Eine wesentliche Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers ergibt sich aus der vom BAG entwickelten Anforderung, daß auch vor einer verhaltensbedingten Kündigung die Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb geprüft werden müsse. In der Entscheidung vom 30. 5. 1978[66] war zunächst unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit gefordert worden, bei einer außerordentlichen Kündigung, und zwar auch bei einer verhaltens- oder personenbedingten, zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf einem anderen Arbeitsplatz angeboten werden könne. In einer späteren Entscheidung hat das BAG dazu noch klargestellt, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer von sich aus einen anderen verfügbaren und zumutbaren Arbeitsplatz anbieten muß, also nicht erst auf Intervention des Arbeitnehmers hin (BAG vom 27. 9. 1984[67]). Zwischen betriebsbedingter und verhaltens-/personenbedingter außerordentlicher Kündigung sollte kein Unterschied sein.

In der Entscheidung vom 22. 7. 1982[68] wird diese Konzeption für den Bereich der ordentlichen Kündigung übernommen. Das BAG verweist zunächst darauf, daß nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Ziff. 1b KSchG die Kündigung ausdrücklich sozial ungerechtfertigt ist, wenn der Arbeitgeber an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann und der Betriebsrat deshalb der Kündigung widerspricht. Diese Interventionsmöglichkeit des Betriebsrats beziehe sich nicht nur auf betriebsbedingte, sondern auch auf personen- und verhaltensbedingte Gründe - dafür spreche der Wortlaut wie auch der Sinn und Zweck des § 102 Abs. 3 BetrVG, dem Arbeitnehmer bei einem ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats den Arbeitsplatz zu erhalten. Es gebe, so meint das BAG, bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen „viele Fallgestaltungen, in denen die Interessen des Arbeitgebers genügend berücksichtigt sind, wenn der Arbeitnehmer auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt wird" (z. B. bei Streit mit einem Kollegen). Bei personenbedingten Kündigungen wird dies zuzubilligen sein, bei verhaltensbedingten Kündigungen werden die Möglichkeiten der Umsetzung allerdings recht begrenzt sein. Das BAG hat in der Entscheidung vom 27. 9. 1984 selbst darauf hingewiesen, daß zu berücksichtigen sei, daß dem Arbeitgeber bei verschuldeten erheblichen Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers eine Weiterbeschäftigung zu anderen Bedingungen nur selten zumutbar sein wird. Dies schränke den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in diesem Bereich aber nur ein, ohne ihn auszuschließen.

Praktisch ist jedenfalls zu beachten, daß der Arbeitgeber „bei jeder Kündi-

---

[66] EzA § 626 BGB Nr. 66.

[67] EzA § ; KSchG Nr. 5.

[68] § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 10.

gung, gleich aus welchem Grunde sie ausgesprochen wurde, grundsätzlich darlegen muß, daß er keine Beschäftigungsmöglichkeit hat". Andernfalls ist die Kündigung sozialwidrig. Zur Darlegungslast verweist das BAG allerdings darauf, daß der Arbeitnehmer zum Vortrag des Arbeitgebers substantiiert Stellung nehmen und seinerseits darlegen muß, wie er sich eine weitere Beschäftigung vorstellt.

5. Verwirkung des Kündigungsrechtes

a) Verwirkung durch Zeitablauf

Kaum angesprochen wurde bislang die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Recht zur ordentlichen Kündigung verwirkt wird. Dies ist erstaunlich, da für den Bereich der außerordentlichen Kündigung mit § 626 Abs. 2 BGB - Geltendmachung innerhalb der Zweiwochenfrist - eine äußerst strenge gesetzliche Regelung getroffen wurde. Gerade bei einer auf vertragswidrigem Verhalten gestützten Kündigung läge es nahe, auch die ordentliche Kündigung in Anlehnung an den Gedanken des § 626 Abs. 2 BGB, wenn auch sicher nicht mit der gleichen Strenge, in der zeitlichen Geltendmachung zu binden. Dergleichen ist bislang jedoch nicht diskutiert worden. Das bedeutet aber nicht, daß nicht auch hier mit dem Einwand der Verwirkung gerechnet werden muß, wenn der zeitliche Zusammenhang zwischen der Kündigung und dem vertragswidrigen Verhalten nicht mehr gewahrt ist; das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers den Eindruck gewinnt, daß eine Kündigung nicht mehr erfolgen werde. Aus der großzügigen Bemessung der für die Abmahnungen zur Verfügung stehenden Fristen - siehe BAG vom 15. 1. 1986 - darf nicht auf eine entsprechend lange Verfügbarkeit der Kündigungsmöglichkeit rückgeschlossen werden; denn mit der Abmahnung wird nur die Vertragswidrigkeit des Verhaltens deutlich gemacht (ihre Wirkung kann sich bei langem Zögern verflüchtigen), mit der Kündigung wird der Arbeitnehmer jedoch in seinem Vertrauen auf den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses getroffen.

Hat der Arbeitgeber aufgrund eines bestimmten vertragswidrigen Verhaltens eine (eventuell auch wiederholte) Abmahnung ausgesprochen, kann der Arbeitnehmer im Regelfall davon ausgehen, daß er wegen des abgemahnten Verhaltens nicht mehr gekündigt werden wird, denn dem Arbeitnehmer wird ja mit der Abmahnung erklärt, daß der Arbeitgeber bei künftiger entsprechender Verhaltensweise Konsequenz für das Arbeitsverhältnis ziehen wird; für den konkreten Fall werden sie damit gerade noch ausgeschlossen. Natürlich wird auch dieses frühere Verhalten in die Abwägung einer Kündigung einbezogen, wenn diese wegen späterer erneuter Vorfälle erklärt wird.

b) Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Kündigung

wurde vom BAG in einer Entscheidung vom 21. 10. 1968[69] mit der etwas formalistischen Argumentation abgelehnt, er gelte nicht für die Ausübung von Gestaltungsrechten. Die Rechtsprechung, die den Gleichbehandlungsgrundsatz erst entwickelt hat, hat es natürlich in der Hand, über seine Reichweite zu befinden. Schlüssig ist die Argumentation des BAG allerdings nicht. Im Schrifttum wurde auch mehr darauf abgestellt, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz deshalb keine Bedeutung gewinnen könne, weil die Ausübung des Kündigungsrechtes sowieso unter dem Gebot der Interessenabwägung steht, und die Bindung, die aus der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes folgt, bereits im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Generell sollte die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes allerdings nicht verneint werden. Praktische Bedeutung wird sie angesichts der Weite der Formel von der Interessenabwägung „unter Berücksichtigung der Gesamtumstände" kaum erlangen. Immerhin dürfte der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu übergehen sein, wo bei Gleichartigkeit vom vertragswidrigen Verhalten und gleichen persönlichen Umständen nur einer von mehreren Arbeitnehmern gekündigt wird, erkennbar zu dem Zweck, die Kündigung des ersten Arbeitnehmers als Disziplinierungsmittel gegenüber den anderen Arbeitnehmern einzusetzen - sogenannte herausgreifende Kündigung -. Solches Vorgehen verfehlt den Zweck der Kündigung.

[69] EzA § 626 BGB Nr. 1.

6. Anhörungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG

Für das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG ergeben sich speziell für die verhaltens- und personenbedingte Kündigung keine wesentlichen Besonderheiten. Generell hat der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 102 BetrVG über alle Gesichtspunkte zu unterrichten, die ihn zu der Kündigung veranlassen; eine insoweit unvollständige Sachverhaltsdarstellung führt dazu, daß das Anhörungsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt und die Kündigung damit nichtig ist[70].

a) Bei der verhaltensbedingten Kündigung müssen sowohl die Pflichtverletzung wie die Abmahnung substantiiert dargelegt werden. Dabei muß z. B., wie das BAG unter dem 2. 11. 1983[71] entschieden hat, der Arbeitgeber dem Betriebsrat auch mitteilen, daß die einzige Tatzeugin für ein dem Arbeitnehmer vorgeworfenes pflichtwidriges Verhalten dieses gerade nicht bestätigt. Die Nichtunterrichtung des Betriebsrats über diesen wesentlichen Umstand des Kündigungssachverhalts stellt nach Meinung des BAG einen Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit dar, der auch im Rahmen des Anhörungsverfahrens zu beachten ist. Die nicht ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats wird nicht dadurch geheilt, daß der Betriebsrat durch eigene Nachforschungen im Laufe des Anhörungsverfahrens davon

[70] KR-Etzel, § 102 BetrVG Nr. 64.
[71] DB 1984, S. 407.

erfahren hat, daß die angebliche Tatzeugin den Vorfall nicht bestätigt hat.

b) Will sich der Arbeitgeber bei einer schweren Pflichtverletzung oder Straftat des Arbeitnehmers vorbehalten, die Kündigung vorsorglich auch auf den bloßen Verdacht der Verfehlung zu stützen, muß er dem Betriebsrat beide Gesichtspunkte unterbreiten. Die Verdachtskündigung ist gegenüber der Kündigung wegen Pflichtverletzung ein eigenständiger - nach BAG ein „andersartiger" Kündigungsgrund; dies läßt sich schon daraus erkennen, daß die Verdachtskündigung unter Umständen nicht mehr als verhaltens-, sondern als personenbedingte Kündigung zu qualifizieren ist. Der Arbeitgeber, der den Betriebsrat nicht über die Absicherung der Kündigung aufgrund eines bloßen Verdachtes informiert, verliert die Möglichkeit, diesen Gesichtspunkt im Kündigungsschutzprozeß noch zu verwerten.

c) Ein Nachschieben von Kündigungsgründen im Kündigungsschutzprozeß ist generell daran gebunden, daß der Arbeitgeber das Anhörungsverfahren bezüglich der weiteren nachzuschiebenden Gesichtspunkte durchgeführt hat. Vom Kündigungsschutzrecht her wäre der Arbeitgeber durchaus in der Lage, zeitlich vor dem Ausspruch der Kündigung liegende Vorfälle noch zur Abstützung seiner Kündigung im Kündigungsschutzprozeß geltend zu machen. § 102 BetrVG steht jedoch einem solchen Nachschieben entgegen, wenn der Betriebsrat zu diesen Gründen nicht vor Ausspruch der Kündigung gehört worden ist; die Überprüfung im Kündigungsrechtsstreit beschränkt sich auf die dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren mitgeteilten Kündigungsgründe - BAG vom 1. 4. 1981[72] -. Allerdings hat das BAG später (Urteil vom 11. 4. 1985[73]) dem Arbeitgeber zugebilligt, Kündigungsgründe, die bei Ausspruch der Kündigung bereits entstanden waren, dem Arbeitgeber aber selbst erst später bekanntgeworden sind, noch in den Kündigungsschutzprozeß nachzuschieben, wenn vorher der Betriebsrat hierzu erneut angehört wird.

---

[72] NJW 1981, S. 2772.
[73] NZA 1986, S. 674.