

# Die verhaltensbedingte Kündigung

**vbw**

Info Recht  
Stand: Juni 2024

Die bayerische Wirtschaft



## **Hinweis**

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

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

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

## Vorwort

### Rechtssicherer Umgang mit Fehlverhalten von Arbeitnehmern

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

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

Bertram Brossardt  
19. Juni 2024



# Inhalt

<b>1</b>	<b>Die verhaltensbedingte Kündigung im Überblick</b>	<b>1</b>
1.1	Begriff der verhaltensbedingten Kündigung	1
1.1.1	Gesetzliche Grundlage	1
1.1.2	Verhalten	1
1.1.3	Vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln	2
1.2	Arten der verhaltensbedingten Kündigung	2
<b>2</b>	<b>Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung</b>	<b>3</b>
2.1	Erfordernis sozialer Rechtfertigung / Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	3
2.2	Verhaltensbedingter Kündigungsgrund	4
2.2.1	Direktionsrecht und Einfluss von Grundrechten	5
2.2.2	Störungen im Leistungsbereich	6
2.2.3	Verletzung von Nebenpflichten	8
2.2.4	Störungen im Vertrauensbereich	14
2.2.5	Störungen der betrieblichen Ordnung	21
2.2.6	Relevantes außerbetriebliches Verhalten	26
2.2.7	Exkurs: Tendenzunternehmen und Tendenzbetriebe, Religionsgemeinschaften	26
2.3	Prognoseprinzip	27
2.4	Verhältnismäßigkeit	28
2.4.1	Abmahnung	28
2.4.2	Sonstige Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung	33
2.5	Interessenabwägung / Einzelfallbetrachtung	33
2.6	Kündigung und Kündigungsfrist	34
2.7	Darlegungs- und Beweislast	35
<b>3</b>	<b>Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung</b>	<b>37</b>
3.1	Wichtiger Grund „an sich“	38
3.2	Wichtiger Grund im konkreten Einzelfall	38
3.3	Kündigungserklärungsfrist	40

3.4	Anhörung des Betriebsrats und Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	41
3.5	Darlegungs- und Beweislast	42
	Ansprechpartner/Impressum	43

# 1 Die verhaltensbedingte Kündigung im Überblick

## Begriff und Arten der verhaltensbedingten Kündigung

### 1.1 Begriff der verhaltensbedingten Kündigung

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

#### 1.1.1 Gesetzliche Grundlage

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

#### 1.1.2 Verhalten

Nicht jedes vom Arbeitgeber missbilligte Verhalten berechtigt zur Kündigung. Dabei kann von vorneherein nur ein Verhalten, durch das eine gegenüber dem Arbeitgeber bestehende Pflicht verletzt wird, eine Kündigung rechtfertigen. Welches Verhalten des Arbeitnehmers einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen kann, wird im Kapitel 2.2 anhand von Praxisbeispielen näher erläutert.

#### Hinweis

---

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

---

### 1.1.3 Vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln

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

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

## 1.2 Arten der verhaltensbedingten Kündigung

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

Eine weitere Unterscheidung erfolgt danach, ob die Kündigung auf das tatsächliche Vorliegen eines Verhaltens (Tatkündigung) oder lediglich den Verdacht eines solchen Verhaltens (Verdachtskündigung, siehe hierzu Kapitel 2.2.4.2) gestützt wird.

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

## 2 Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung

### Soziale Rechtfertigung der verhaltensbedingten Kündigung

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

#### 2.1 Erfordernis sozialer Rechtfertigung / Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

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

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

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

Für die Erreichung des Schwellenwertes für die Anwendbarkeit des KSchG kommt es nach der Rechtsprechung des BAG auf den jeweiligen Betrieb an.

Bei besonderen Strukturen im Unternehmen kann es jedoch ausnahmsweise erforderlich sein, die Gesamtzahl der Arbeitnehmer im Unternehmen in den Blick zu nehmen (zu Einzelheiten siehe BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010; 2 AZR 392/08).

## Grundsatz

---

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

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

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

## 2.2 Verhaltensbedingter Kündigungsgrund

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

Die verhaltensbedingten Kündigungsgründe lassen sich in fünf Fallgruppen unterteilen:

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

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

Ist ein Verhalten des Arbeitsnehmers einer der genannten Fallgruppen zuzuordnen, folgt daraus noch nicht, dass im konkreten Fall eine wirksame Kündigung ausgesprochen werden kann. Zur Beurteilung dieser Frage sind das Prognose- und Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten und es ist eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich (siehe hierzu die Kapitel 2.3 - 2.5). Je nach Gewicht des Fehlverhaltens im Einzelfall kommt eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung bzw. der Ausspruch einer Abmahnung in Betracht.

### 2.2.1 Direktionsrecht und Einfluss von Grundrechten

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

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

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

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

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

## 2.2.2 Störungen im Leistungsbereich

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

### 2.2.2.1 Arbeitsverweigerung

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

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

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

### 2.2.2.2 Schlecht- oder Minderleistung

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

## Hinweis

---

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

---

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

Damit der Arbeitgeber die Minderleistung des Arbeitnehmers tatsächlich ermitteln kann, muss zunächst die erwartbare Normalleistung ermittelt werden. Als Vergleichsleistung kann die Durchschnittsleistung von vergleichbaren Kollegen herangezogen werden. Problematisch ist jedoch, dass sich die Durchschnittsleistung bei komplexeren Tätigkeiten, z. B. im Rahmen der Dienstleistung, schwer ermitteln lässt. Hierfür können in engen Grenzen als Hilfsmittel auch interne Rankings oder Zielvereinbarungen herangezogen werden. Diese Ziele müssten in der Vergangenheit jedoch mit dem Arbeitnehmer einvernehmlich festgelegt worden sein und von dem Arbeitnehmer nun erheblich unterschritten werden. Auch die Durchschnittsleistung des betroffenen Arbeitnehmers in vorangegangenen Arbeitsperioden kann für die Ermittlung der Minderleistung dienlich sein, wenn die Leistung des Arbeitnehmers im Laufe der Zeit stark nachgelassen hat.

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

### 2.2.2.3 Häufige Unpünktlichkeit

Insbesondere bei im Arbeitsvertrag oder per Betriebsvereinbarung festgelegten festen Arbeitszeiten, gehört deren Einhaltung zu den arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers. Ein fortgesetztes

Zu-spät-Kommen ist grundsätzlich geeignet, eine zukünftige vertrauensvolle Fortführung des Arbeitsverhältnisses infrage zu stellen. Ob durch die Unpünktlichkeit eine betriebliche Störung verursacht worden sein muss, ist jedenfalls nach der Rechtsprechung des BAG dann von untergeordneter Bedeutung, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers bereits als beharrliche Pflichtverletzung anzusehen ist.

#### 2.2.2.4 Unentschuldigtes Fehlen

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

#### 2.2.2.5 Selbstbeurlaubung

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

### 2.2.3 Verletzung von Nebenpflichten

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

#### 2.2.3.1 Pflichtverletzung bei Krankheit

Die Krankheit selbst ist den personenbedingten Kündigungsgründen zuzuordnen. Jedoch ist der Arbeitnehmer nach § 5 EFZG (Entgeltfortzahlungsgesetz) im Krankheitsfall verpflichtet, dem Arbeitgeber unverzüglich formlos mitzuteilen, dass und wie lange er voraussichtlich arbeitsunfähig sein wird (sog. Anzeigepflicht). Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, so hat er spätestens am darauffolgenden Arbeitstag eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, beziehungsweise bei gesetzlich Versicherten die Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen zu lassen, so dass der Arzt eine elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erstellen kann (sog. Nachweispflicht).

Der Arbeitgeber kann den Nachweis auch früher verlangen. Das gilt auch für Erkrankungen, die voraussichtlich weniger als drei Kalendertage dauern.

Für Folgeerkrankungen müssen erneut Anzeige und Nachweis erfolgen. In der Praxis wird dabei häufig übersehen, dass die Verpflichtung nach § 5 EFZG auch gilt, wenn der Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen ausgeschöpft ist und der Arbeitnehmer keinen Anspruch mehr auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG besitzt. Die Pflichten des § 5 EFZG bestehen unabhängig davon, ob der Arbeitgeber noch Entgeltfortzahlung schuldet oder nicht.

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

Die wiederholte Verletzung der Anzeigepflicht kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, insbesondere dann, wenn die Vertragsverletzung zu konkreten Störungen im Betrieb (z. B. Störung des Betriebsablaufs oder der Arbeitsorganisation) geführt hat. In aller Regel ist hier ein schulhaftes Verhalten des Arbeitnehmers erforderlich. (BAG, Urteil vom 7.5.2020 – 2 AZR 619/19)

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

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

### 2.2.3.2 Nichtmitteilung einer Arbeitsverhinderung

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

### 2.2.3.3 Verstoß gegen Wettbewerbsverbot

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

### 2.2.3.4 Nebentätigkeit

Bei der Ausübung einer Nebentätigkeit (z. B. auch in einem weiteren Beschäftigungsverhältnis), die keinen unzulässigen Wettbewerb darstellt, muss differenziert werden. Solange die Interessen des Arbeitgebers durch die Nebenbeschäftigung nicht konkret beeinträchtigt werden, verstößt der Arbeitnehmer nicht gegen seine Treuepflicht. Sobald jedoch durch die Nebentätigkeit die Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Hauptarbeitsverhältnis beeinträchtigt wird, kann dies als Kündigungsgrund herangezogen werden. Eine solche Beeinträchtigung liegt beispielsweise vor, wenn die Nebentätigkeit besondere Belastungen für den Arbeitnehmer mitbringt, so dass er seine geschuldete Arbeitskraft im Hauptarbeitsverhältnis nicht oder lediglich vermindert erbringen kann.

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

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

#### Hinweis

---

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

---

### 2.2.3.5 Private Telefon- und Internetnutzung

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

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

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

- Die Gefährdung des betrieblichen Datensystems durch das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme (sog. „unbefugter Download“), insbesondere wenn damit die Gefahr möglicher Vireninfizierungen oder anderer Störungen des Betriebssystems verbunden sein kann.
- Das Herunterladen von strafbaren oder pornographischen Darstellungen bzw. ähnlichen Daten von einem dienstlichen Gerät aus stellt eine Pflichtverletzung dar, wenn bei einer Rückverfolgung der Ruf des Arbeitgebers beschädigt werden kann. Außerdem kann auch in diesem Fall die Gefahr einer Störung des betrieblichen Datennetzes zu befürchten sein.
- Die unerlaubte private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise (zusätzliche) Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls Betriebsmittel unberechtigterweise in Anspruch genommen hat.
- Die nicht gestattete oder exzessive private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetzugangs während der Arbeitszeit, da der Arbeitnehmer während des Surfens im Internet zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt.
- Das Herunterladen und Installieren einer Anonymisierungssoftware durch den Arbeitnehmer stellt eine eigenmächtige Veränderung von technischen Arbeitsmitteln des Arbeitgebers dar, mit welcher der Arbeitnehmer seine Pflichten erheblich verletzt.

#### Hinweis

---

Weitere Einzelheiten inklusive der datenschutzrechtlichen Aspekte können Sie unserer Broschüre [Info Recht Privatnutzung von Internet und E-Mail](#) entnehmen.

---

#### 2.2.3.6 Urheberrechtswidriges Herstellen digitaler Kopien am Arbeitsplatz

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

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

#### 2.2.3.7 Nutzung von sozialen Netzwerken

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

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

In letztgenanntem Fall begegnet dem Arbeitgeber in der Praxis häufig der Einwand, es habe sich um eine vertrauliche Kommunikation unter Freunden gehandelt. Stichhaltig ist dieser jedoch nur dann, wenn die Möglichkeit der Kenntnisnahme auf eine oder wenige Personen begrenzt war. Dies ist etwa der Fall, wenn die Funktion genutzt wurde, ähnlich wie bei einer E-Mail nur einzelnen Personen Nachrichten zu senden.

Wird jedoch eine Stellungnahme allen Personen, mit denen im sozialen Netzwerk eine Freundschaft besteht, oder einem noch breiteren Nutzerkreis zugänglich gemacht, ist die Grenze der Vertraulichkeit häufig überschritten.

Auch Äußerungen in einer privaten Chatgruppe können vertragspflichtwidrig sein, wenn sie auf Vorgesetzte und Kollegen und damit auf betriebliche Umstände bezogen sind. Bei der rechtlichen Würdigung von diffamierenden oder ehrverletzenden Äußerungen über Vorgesetzte und/oder Kollegen sind die Umstände zu berücksichtigen, unter denen sie gefallen sind. Geschah dies in einem vertraulichen Austausch unter Arbeitskollegen, können sie eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer sicher davon ausgehen durfte, dass seine Kollegen die Äußerungen für sich behalten würden.

Es bedarf daher einer besonderen Darlegung des Arbeitnehmers, warum dieser angesichts der Größe und Zusammensetzung des beteiligten Personenkreises berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Beteiligten an Dritte weitergegeben. (BAG, Urteil vom 24.8.2023 – Az: 2 AZR 17/23)

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

#### Hinweis

---

Einzelheiten zur Kündigung im Zusammenhang mit der Nutzung von sozialen Netzwerken können Sie unserer [Info Recht Social Media und Arbeitsrecht](#) entnehmen.

---

#### 2.2.3.8 Schulden und Lohnpfändungen

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

Dem Grunde nach ist auch das Vorliegen mehrerer Lohnpfändungen oder Lohnabtretungen nicht kündigungserheblich. Verursachen jedoch zahlreiche Lohnpfändungen und Lohnabtretungen einen derartigen Arbeitsaufwand des Arbeitgebers, dass dies bei objektiver Beurteilung zu wesentlichen Störungen im Arbeitsablauf (etwa in der Lohnbuchhaltung oder in der Rechtsabteilung) oder in der betrieblichen Organisation führt, kann die Pflicht des Arbeitnehmers zur Vermeidung unnötiger Störungen im Verwaltungsablauf des Arbeitgebers verletzt sein.

#### 2.2.3.9 Abkehrwille und Abwerbung

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

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

## 2.2.4 Störungen im Vertrauensbereich

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

### 2.2.4.1 Straftaten

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

#### 2.2.4.1.1 Eigentums- oder Vermögensdelikte

Insbesondere zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte (v. a. Diebstahl und Unterschlagung) sowie auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers stellen einen schwerwiegenden Vertrauensbruch dar. Dies gilt auch dann, wenn nur ein geringfügiger oder sogar kein Schaden eintritt (sog. Bagatelldelikte). Es besteht dabei auch kein Widerspruch zu der Regelung des § 248a StGB (Strafgesetzbuch; Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen), da diese Norm nur die Grenze für staatliche Sanktionen ist.

#### Hinweis

---

Rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, können auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat. Das Gesetz kennt aber auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe.

Es bedarf stets einer umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung dahingehend, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung zumutbar ist oder nicht. (BAG, Urteil vom 10. 6. 2010 - 2 AZR 541/09)

---

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

#### 2.2.4.1.2 Spesenbetrug

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

#### 2.2.4.1.3 Missbrauch von Zeiterfassungssystemen

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

#### 2.2.4.1.4 Entgegennahme von Schmiergeldern

Auch die Annahme von Schmiergeldern beeinträchtigt das Vertrauensverhältnis. Das Schmiergegeld dient typischerweise dazu, das Verhalten des Arbeitnehmers zugunsten des Dritten und zum Nachteil des Arbeitgebers zu beeinflussen. Es kommt wiederum nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer tatsächlich zum Schaden des Arbeitgebers gehandelt hat.

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

#### 2.2.4.1.5 Aktive Bestechung

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

#### 2.2.4.1.6 Straftaten außerhalb des Arbeitsverhältnisses

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

#### 2.2.4.2 Drohungen

Ernstliche Drohungen des Arbeitnehmers mit Gefahren für Leib oder Leben von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen und/oder deren Verwandten, für die kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift, kommen als Pflichtverletzung im Vertrauensbereich in Betracht (BAG Urteil vom 28.2.2023 – 2 AZR 194/22).

Droht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber mit einem empfindlichen Übel, um die Erfüllung eigener streitiger Forderungen zu erreichen, kann – je nach den Umständen des Einzelfalls – ein erheblicher, gegebenenfalls sogar die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigender Verstoß gegen seine Pflicht zur Wahrung von dessen Interessen liegen. Gleiches gilt für grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen. Werturteile fallen allerdings in den Schutzbereich des Rechts auf Meinungsfreiheit. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhal tens oder Meinens geprägt sind.

Schmähkritik fällt hingegen nicht unter den Schutz der Meinungsfreiheit. Eine Schmähung ist eine Äußerung – unter Berücksichtigung von Anlass und Kontext – jedoch nur dann, wenn jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern allein die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. (BAG, Urteil vom 5.12.2019 – 2 AZR 240/19)

#### 2.2.4.3 Sonderfall „Verdachtskündigung“

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

## Hinweis

---

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

---

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

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

## Hinweis

---

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

---

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

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

Bei einer Verdachtskündigung sind nicht nur die dem Arbeitgeber bei Kündigungsaußspruch bekannten Tatsachen von Bedeutung. Auch zu diesem Zeitpunkt vorliegende Umstände, die den ursprünglichen Verdacht abschwächen oder verstärken oder einen neuen Verdacht begründen und später bekannt werden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen, wenn sie bei Kündigungszugang objektiv vorlagen und der Betriebsrat zu ihnen angehört worden ist (BAG, Urteil vom 18. Juni 2015; 2 AZR 256/14).

Umstände, die erst nach Kündigungsausspruch eingetreten sind, sind hingegen für die Wirksamkeit einer Kündigung regelmäßig nicht von Bedeutung. Ausnahmsweise können sie zu berücksichtigen sein, wenn zwischen den neuen Vorgängen und den alten Gründen so enge innere Beziehungen bestehen, dass jene nicht außer Acht gelassen werden können, ohne dass ein einheitlicher Lebensvorgang zerrissen würde (BAG, Urteil vom 23. Oktober 2014; 2 AZR 644/13).

Besondere Bedeutung kommt der Anhörung des Arbeitnehmers und des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung zu. Dabei reicht es nicht aus, den Arbeitnehmer mit einem pauschalen Vorwurf zu konfrontieren. Die Anhörung muss sich auf einen konkretisierten Sachverhalt beziehen, damit der Arbeitnehmer die Gelegenheit hat, die Vorwürfe zu entkräften. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen ggf. zu bestreiten oder den Verdacht entkräfende Tatsachen aufzuzeigen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen (vgl. BAG, Urteil vom 12. Februar 2015, 6 AZR 845/13). Der Arbeitgeber darf dem Betroffenen keine wesentlichen Erkenntnisse vorenthalten, die er im Anhörungszeitpunkt bereits besitzt. Er muss alle relevanten Umstände angeben, aus denen er den Verdacht ableitet. Werden dem Arbeitgeber nach Anhörung des Arbeitnehmers zusätzliche Umstände bekannt, die für den Verdacht von Bedeutung sind, ist eine erneute Anhörung erforderlich.

#### Hinweis

---

Wird der Arbeitnehmer zu einer mündlichen Anhörung eingeladen, muss ihm der Gegenstand dieses Gesprächs mitgeteilt werden. Es ist daher der konkretisierte Vorwurf in das Einladungsschreiben aufzunehmen. Findet die Anhörung mündlich statt, ist es zu Nachweiszwecken sinnvoll, über die Anhörung ein Protokoll anzufertigen. Zulässig ist auch eine schriftliche Anhörung.

In das Anhörungsschreiben aufzunehmen sind insbesondere der Sachverhalt, auf den sich der Verdacht bezieht, und die Umstände, aus denen sich der dringende Verdacht ergibt. Dem Arbeitnehmer muss die Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer angemessenen Frist Stellung zu nehmen.

---

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

Zu der Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Anhörung des Arbeitnehmers erfolgen muss, um die Frist des § 626 Abs. 2 BGB wahren zu können, siehe Kapitel 3.3).

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

#### 2.2.4.4 Sonderfall „Druckkündigung“

Unter einer Druckkündigung versteht man die Kündigung eines Arbeitnehmers auf Verlangen eines Dritten. Hierbei kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers, weil dies von einem Dritten (z. B. der gesamten Belegschaft, einem wichtigen Kunden oder auch einem großen Sponsoren) unter Androhung von erheblichen Nachteilen für den Arbeitgeber verlangt wird (BAG, Urteil vom 18. Juli 2013 – Az.: 6 AZR 420/12).

Das BAG unterscheidet zwischen zwei Arten der Druckkündigung. Der echten und der unechten Druckkündigung.

Bei einer unechten Druckkündigung wird das Kündigungsverlangen des Dritten gegenüber dem Arbeitgeber durch ein Verhalten des Arbeitnehmers veranlasst. In diesem Fall liegt zumeist eine gewöhnliche verhaltens- oder personenbedingte Kündigung vor, da es einen verhaltens- oder personenbedingten Kündigungsgrund gibt und der von dem Dritten ausgeübte Druck lediglich eine Begleiterscheinung ist. Ob der Arbeitgeber eine personen- oder eine verhaltensbedingte Kündigung erklärt liegt letztlich in seinem Ermessen (BAG, Urteil vom 19. Juni 1986 – Az.: 2 AZR 563/85).

Eine echte Druckkündigung liegt hingegen dann vor, wenn es an einem Kündigungsgrund fehlt, welcher dem Arbeitnehmer zugerechnet werden kann, aber ein Dritter die Kündigung dieses Arbeitnehmers verlangt. Maßgeblicher Grund für die echte Druckkündigung ist der auf den Arbeitgeber ausgeübte Druck. Wie die echte Druckkündigung rechtlich eingeordnet werden kann ist umstritten. Sie kann als verhaltens-, personen- oder im Einzelfall auch als eine betriebsbedingte Kündigung eingeordnet werden.

Die echte Druckkündigung unterliegt strengen Anforderungen. Insbesondere muss sich der Arbeitgeber schützend vor den Betroffenen stellen und alles Zumutbare versuchen, um die Belegschaft von ihrer Drohung abzubringen. Nur wenn trotz seiner Bemühungen die Verwirklichung der Drohung in Aussicht gestellt wird und dem Arbeitgeber dadurch schwere wirtschaftliche Nachteile drohen, kann eine Kündigung gerechtfertigt sein. Voraussetzung ist, dass die Kündigung das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel ist, um die Schäden abzuwenden.

(BAG, Urteil vom 15.12.2016 – Az: 2 AZR 431/15) Solche schweren wirtschaftlichen Nachteile können zum Beispiel sein, dass wichtige Mitarbeiter oder die gesamte Belegschaft mit ihrer eigenen Kündigung drohen, Lieferanten die weitere Zusammenarbeit verweigern oder auch wenn ein wichtiger Kunde mit der Nichtvergabe eines wichtigen Auftrags droht.

In jedem Fall muss die Kündigung das einzige verbleibende Mittel sein, mit welchem die drohenden Schäden abgewendet werden können (BAG, Urteil vom 19. Juni 1986 – Az.: 2 AZR 563/85).

#### 2.2.4.5 Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

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

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

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

#### Hinweis

---

Eine Geheimhaltungspflicht besteht allerdings nicht, soweit die Offenlegung durch zwingend geltendes und anwendbares Recht, insbesondere § 3 Abs. 2 Geschäftsgeheimnisschutzgesetz (GeschGehG), gestattet bzw. geboten ist oder in den Fällen des § 5 GeschGehG sowie in Fällen des § 6 Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG).

Das Hinweisgeberschutzgesetz regelt seit 2023 den Schutz von Arbeitnehmern die bestimmte Rechtsverstöße extern beziehungsweise intern melden. Weiterführende Informationen finden Sie auch in unserem [Leitfaden Hinweisgeberschutzgesetz in der Praxis](#).

---

#### 2.2.4.6 Vollmachtüberschreitung

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

#### 2.2.4.7 Täuschung über Impfunfähigkeit (Sars-CoV-2)

Ein Arbeitnehmer, der als Beschäftigter in einem Krankenhaus der vorübergehend gelgenden „einrichtungsbezogenen Impflicht“ nach § 20a Infektionsschutzgesetz (IfSG) unterlag, hat eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht erheblich verletzt, indem er gegenüber dem Arbeitgeber wahrheitswidrig behauptete, aufgrund einer ärztlichen Untersuchung sei festgestellt worden, dass er vorläufig nicht gegen das Coronavirus Sars-CoV-2 geimpft werden könne. Maßgebend ist der mit dieser arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch. (BAG, Urteil vom 14.12.2023 – Az: 2 AZR 66/23)

### 2.2.5 Störungen der betrieblichen Ordnung

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

#### 2.2.5.1 Verstoß gegen Alkohol- bzw. Rauchverbot

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

Ob im Einzelfall eine Kündigung ausgesprochen werden kann, hängt auch von den konkreten betrieblichen Gegebenheiten und den Üblichkeiten des jeweiligen Berufszweigs ab.

Von besonderem Gewicht ist die Pflichtverletzung, wenn die Gesundheit anderer Personen oder das Eigentum des Arbeitgebers gefährdet wurden.

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

Ein einheitliches gesetzliches Rauchverbot existiert nicht. Durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag kann jedoch ein weitgehendes Verbot während der Arbeitszeit oder des Aufenthaltes im Betrieb eingeführt werden. Daneben können auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, insbesondere Arbeitsschutzvorschriften, ein Rauchverbot enthalten. Darüber hinaus sind das Bundesnichtraucherschutzgesetz für Einrichtungen des Bundes und öffentliche Verkehrsmittel sowie die Regelungen der §§ 3a und 5 ArbStättV (Verordnung über Arbeitsstätten) zu beachten. Nach der Rechtsprechung ist es z. B. zulässig, ein Rauchverbot auf sämtliche geschlossene Räume zu erstrecken, um die Nichtraucher auf dem gesamten Betriebsgelände zu schützen, sofern den Rauchern auf dem Freigelände eine Rauchmöglichkeit verbleibt. Der Arbeitgeber ist zudem berechtigt, ein einseitiges Rauchverbot aufgrund seines Weisungsrechts für den Betrieb, den Arbeitsplatz oder bestimmte Betriebsbereiche dann zu erlassen, wenn es in engem Zusammenhang mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers steht, etwa bei Brand- und Explosionsgefahr, bei der Notwendigkeit eines kontinuierlichen Arbeitsablaufs, der durch das Rauchen unterbrochen werden würde oder bei Gefahr von Verunreinigungen des Arbeitsprodukts (z. B. Lebensmittel- oder Chipherstellung).

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

#### Hinweis

---

Dieselben Grundsätze gelten im wesentlich auch für den Konsum von Cannabis.

Weiterführende Informationen finden Sie in unseren Info Recht [Broschüren Cannabis im Betrieb](#), [Rauchen im Betrieb](#) und [Alkohol im Betrieb](#).

---

#### 2.2.5.2 Sexuelle Belästigung

Sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz stören die betriebliche Ordnung und verletzen damit arbeitsvertragliche Pflichten, wie sich auch aus § 7 Abs. 3 AGG entnehmen lässt. Für den Begriff der sexuellen Belästigung ist § 3 Abs. 4 AGG heranzuziehen. Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist hiernach jedes unerwünschte sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt.

Dazu gehören sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, sowie sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden. Die Ablehnung muss nach außen in Erscheinung getreten sein.

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

#### 2.2.5.3 Mobbing

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

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

#### 2.2.5.4 Beleidigungen, Tätilichkeiten, Denunziationen

Eine Beleidigung ist der bewusste Ausdruck von Missachtung oder Nichtachtung gegenüber einer Person. Kündigungsrelevant ist sie, wenn sie gegenüber dem Arbeitgeber, einem Vorgesetzten, Betriebsratsmitgliedern, Kollegen oder Kunden erfolgt. Sie rechtfertigt die Kündigung insbesondere, wenn eine von gegenseitiger Achtung getragene Zusammenarbeit nicht mehr möglich und damit die betriebliche Ordnung gestört ist. Beispielsweise ist dies der Fall, wenn Arbeitskollegen beleidigt werden und diese sich weigern, mit dem Arbeitnehmer weiterhin zusammenzuarbeiten.

Im Rahmen der Interessenabwägung für eine Kündigung sind der „betriebs- bzw. branchenübliche“ Umgangston sowie der Bildungsgrad des Arbeitnehmers und sein psychischer Zustand zu berücksichtigen. Daneben sind der Ort und der Zeitpunkt des Geschehens, die Gesprächssituation sowie der Aspekt einzubeziehen, ob der Arbeitnehmer zu seiner Äußerung provoziert worden ist.

Ehrverletzende Äußerungen, die in der sicheren Erwartung gemacht werden, dass sie über den Kreis der Gesprächsteilnehmer nicht hinausdringen, sollen allerdings nach der Rechtsprechung des BAG für eine Kündigung nicht ausreichen. Gegebenenfalls muss aber der Arbeitnehmer besonders darlegen, warum dieser angesichts der Größe und Zusammensetzung des beteiligten Personenkreises berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Beteiligten an Dritte weitergegeben (BAG, Urteil vom 24.8.2023 – Az: 2 AZR 17/23).

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

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

#### 2.2.5.5 Politische Betätigung im Betrieb

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

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

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

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

#### Hinweis

---

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

---

#### 2.2.5.6 Arbeitskampf

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

Allerdings kann die Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik unter Umständen eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn sich der Arbeitnehmer der Rechtswidrigkeit bewusst war.

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

#### 2.2.5.7 Betriebsratstätigkeit

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

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

## 2.2.6 Relevantes außerbetriebliches Verhalten

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

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

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

Die politische Betätigung eines Arbeitnehmers im außerdienstlichen Bereich rechtfertigt eine verhaltensbedingte Kündigung nur dann, wenn dadurch das Arbeitsverhältnis im Leistungsbereich, im Bereich der Verbundenheit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, im Vertrauensbereich oder im betrieblichen Aufgabenbereich konkret beeinträchtigt wird.

## 2.2.7 Exkurs: Tendenzunternehmen und Tendenzbetriebe, Religionsgemeinschaften

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

Tendenzbetriebe sind Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen; § 118 Abs. 1 BetrVG.

Kündigungsrechtlich können dazu auch solche zählen, die nur mittelbar die Tendenz eines Unternehmens oder Betriebes unterstützen (z. B. Druckerei eines Unternehmens).

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

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

Von den Tendenzunternehmen und Tendenzbetrieben zu unterscheiden sind die Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen, mithin deren Sonderstellung gem. § 118 Abs. 2 BetrVG. Die Arbeitsgerichte haben im kündigungsrechtlichen Streitfall die vorgegebenen kirchlichen Maßstäbe für die Bewertung vertraglicher Loyalitätspflichten zugrunde zu legen (kirchliches Selbstbestimmungsrecht). Eine eigene Bewertung des Loyalitätsverstoßes ist den Arbeitsgerichten abgeschnitten. Verhaltensbedingte Kündigungen sind aber auch bei Religionsgemeinschaften möglich.

So wurde von der Rechtsprechung bisher z. B. die Wirksamkeit einer Kündigung bejaht bei dem Kirchenaustritt einer Sozialpädagogin in einer Einrichtung der evangelischen Kirche und bei der aktiven Werbung für eine andere Glaubensgemeinschaft durch eine Kindergärtnerin in einem evangelischen Kindergarten.

## 2.3 Prognoseprinzip

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

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

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

## 2.4 Verhältnismäßigkeit

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

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

### 2.4.1 Abmahnung

Ein mildereres Mittel im Verhältnis zur Kündigung ist die Abmahnung.

#### 2.4.1.1 Grundsätze

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

#### Hinweis

---

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

---

Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut gleichartige vertragliche Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen. In diesem Fall kann eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein. Je nach den Umständen des Einzelfalles sind vor einer Kündigung eine oder mehrere weitere Abmahnungen erforderlich.

Dies ist etwa der Fall, wenn das Fehlverhalten nicht besonders schwer wiegt oder der abgemahnte Verstoß bereits eine gewisse Zeit zurückliegt. Unter Umständen ist es in solchen Fällen erforderlich, die letzte Abmahnung vor der Kündigung eindringlicher zu gestalten (siehe hierzu Kapitel 2.4.1.3).

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

#### Hinweis

---

Wie bei der Kündigungserklärung ist darauf zu achten, dass der Zugang des Abmahnungsinhalts bei dem Arbeitnehmer und der Zugangszeitpunkt nachgewiesen werden können müssen.

---

Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung, dass der Arbeitnehmer Kenntnis vom Inhalt der Abmahnung genommen haben muss. Dies kann beispielsweise problematisch sein, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer nicht über ausreichende Sprachkenntnisse verfügt, oder wenn die Abmahnung zugeht, während der Arbeitnehmer in Urlaub, verreist oder anderweitig abwesend ist.

Durfte der Arbeitgeber jedoch davon ausgehen, dass ein Arbeitnehmer sich von dem Inhalt der Abmahnung Kenntnis verschaffen wird, handelt ein Arbeitnehmer regelmäßig rechtsmissbräuchlich, wenn er sich dennoch auf eine fehlende Kenntnis beruft. Er muss sich dann so behandeln lassen, als habe er die Abmahnung tatsächlich zur Kenntnis genommen (näher hierzu siehe BAG, Versäumnisurteil vom 09. August 1984; 2 AZR 400/83).

#### 2.4.1.2 Erforderlichkeit

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

Ausnahmsweise bedarf es nach der Rechtsprechung einer Abmahnung dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann (z. B. der Arbeitnehmer offensichtlich nicht willens oder fähig ist, sich zu ändern; hartnäckige Weigerung).

Sie ist weiterhin nicht erforderlich, wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 23. Juni 2009; 2 AZR 283/08).

#### Hinweis

---

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

---

#### 2.4.1.3 Inhaltliche und formelle Anforderungen

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

Inhaltlich muss der Betroffene der Abmahnung zweifelsfrei entnehmen können, was ihm vorgeworfen wird. Das Fehlverhalten muss genau bezeichnet werden, d. h. es muss eindeutig sein „Was wurde wann, wo, wie und gegenüber wem getan oder unterlassen“. Die gerügten Vorfälle müssen einzeln konkret mit Datum und gegebenenfalls Uhrzeit geschildert werden. Schlagworte wie „Störung des Betriebsfriedens“, „Unzuverlässigkeit“, „mangelnde Arbeitsbereitschaft“ reichen nicht aus (Hinweis- bzw. Rügefunktion der Abmahnung). Auch ist es nicht ausreichend, dass auf den Inhalt eines etwaigen Personalgesprächs verwiesen oder gar nur der Hinweis aufgenommen wird, die Pflichtverletzung sei dem Arbeitnehmer bekannt.

Bei mehreren Pflichtverletzungen sind stets getrennte Abmahnungen zu erteilen.

#### Hinweis

---

Wird das beanstandete Fehlverhalten falsch oder zu ungenau in der Abmahnung dargestellt, führt dies zur Unwirksamkeit der Abmahnung. Insofern ist es in der Regel empfehlenswert, den Arbeitnehmer vor deren Ausspruch anzuhören.

Dabei sollte er zudem danach befragt werden, ob etwaige Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe für das Fehlverhalten bestehen. Der Inhalt der Anhörung und die Einlassungen des Arbeitnehmers sollten dokumentiert werden.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Schließlich ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer eine Gegendarstellung auch gegenüber der berechtigten Abmahnung zu den Personalakten geben kann. Dies folgt aus § 83 Abs. 2 BetrVG, auch in Betrieben, die keinen Betriebsrat haben.

#### 2.4.1.4 Gleichartigkeit der Pflichtverletzung

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

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

#### 2.4.1.5 Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast sowohl für die formale als auch für die inhaltliche Richtigkeit der Abmahnung trägt der Arbeitgeber. Wenn der Arbeitnehmer im Prozess behauptet, er habe die seinerzeit in der Abmahnung genannte Vertragsverletzung nicht begangen, gibt es auch keine Beweislastumkehr. Bezuglich Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen gilt – wie für den Kündigungsgrund – eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast (siehe hierzu Kapitel 2.7).

#### 2.4.2 Sonstige Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung

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

#### Hinweis

---

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

---

### 2.5 Interessenabwägung / Einzelfallbetrachtung

Nach der Rechtsprechung des BAG berechtigt eine bestimmte Art von Pflichtverletzung nicht generell zum Ausspruch einer Kündigung. Ob eine Kündigung ausgesprochen werden darf, hängt hiernach von einer umfassenden Interessenabwägung ab.

Eine Kündigung ist nur zulässig, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses überwiegt.

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

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

## 2.6 Kündigung und Kündigungsfrist

Die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung wird zwar mit ihrem Zugang wirksam, das Arbeitsverhältnis beendet sie aber erst mit Ablauf der Kündigungsfrist.

Daher sollte vor Ausspruch der Kündigung ermittelt werden, welche Frist bei der Kündigung beachtet werden muss und zu welchem Endtermin diese ausgesprochen werden darf. Die gesetzlichen Kündigungsfristen sind in § 622 BGB geregelt. Die Länge der Kündigungsfrist hängt dabei vom bisherigen rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ab.

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

Der Kündigungsadressat muss erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Deshalb muss sich zunächst aus der Kündigungserklärung oder den Umständen ergeben, ob eine fristgemäße oder eine fristlose Kündigung gewollt ist. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt für eine ausreichende Bestimmtheit regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.

Eine Kündigung „zum nächstmöglichen Termin“ wird von der Rechtsprechung jedenfalls dann als ausreichend erachtet, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Siehe hierzu BAG, Urteil vom 20. Januar 2016, 6 AZR 782/14.

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

### Hinweis

---

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

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

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

---

## 2.7 Darlegungs- und Beweislast

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

Eine gewisse Beweiserleichterung erkennt die Rechtsprechung an, wenn der Arbeitgeber außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs steht, während der Arbeitnehmer aufgrund seiner Sachnähe die wesentlichen Tatsachen kennt. In einer solchen Situation kann der Arbeitnehmer gehalten sein, dem Arbeitgeber durch nähere Angaben weiteren Sachvortrag zu ermöglichen.

Auf diese Weise soll der kündigende Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, weitere Nachforschungen anzustellen und sodann substantiiert zum Kündigungsgrund vorzutragen und ggf. Beweis anzutreten zu können. Siehe hierzu BAG, Urteil vom 16. Juli 2015; 2 AZR 85/15.

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

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

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

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

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

### 3 Besondere Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung

#### Zweistufige Prüfung des wichtigen Grundes, Kündigungserklärungsfrist

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

Liegen die rechtlichen Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung vor, kann der Arbeitgeber regelmäßig eine fristlose Kündigung aussprechen. Ausnahmsweise ist es auch denkbar, eine außerordentliche Kündigung unter Gewährung einer Auslauffrist auszusprechen.

Dies kommt nach der Rechtsprechung etwa aus sozialen Erwägungen in Betracht oder wenn eine Ersatzkraft fehlt (BAG, Urteil vom 13. Mai 2015; Az: 2 AZR 531/14). Da ein solches Vorgehen jedoch mit rechtlichen Risiken verbunden ist, sollte von dieser Möglichkeit nur im Ausnahmefall Gebrauch gemacht werden.

#### Hinweis

---

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

---

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

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

Grundsätzlich muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Kündigungsgrund nicht mitteilen (Besonderheiten gelten jedoch beispielsweise bei der Kündigung von Auszubildenden, § 22 Abs. 3 BBiG). Auf ein entsprechendes Verlangen des Arbeitnehmers hin muss der Arbeitgeber ihm bei einer außerordentlichen Kündigung jedoch unverzüglich den Kündigungsgrund schriftlich mitteilen (§ 626 Abs. 2 Satz 3 BGB).

### 3.1 Wichtiger Grund „an sich“

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

Die in Abschnitt 2.2 genannten verhaltensbedingten Kündigungsgründe können größtenteils bei entsprechendem Gewicht auch „an sich“ wichtige Gründe für eine außerordentliche Kündigung darstellen.

#### Fall „Emmely“

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

### 3.2 Wichtiger Grund im konkreten Einzelfall

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

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

- Art und Umfang der betrieblichen Störungen und Schäden,
- Generalpräventive Aspekte, wie z. B. Betriebsdisziplin etc.,
- Gefährdung anderer Arbeitnehmer oder Dritter,
- Beeinträchtigung des Ansehens des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit,
- Verschuldensgrad des Arbeitnehmers,
- Wiederholungsgefahr sowie
- die weiteren in Kapitel 2.5 aufgezählten Umstände.

Auf Seiten des Arbeitnehmers:

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

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

#### **Hinweis**

---

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

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

---

### 3.3 Kündigungserklärungsfrist

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

#### Hinweis

---

Für die Wahrung dieser Ausschlussfrist ist es nicht nur erforderlich, dass die Kündigung rechtzeitig ausgesprochen wird, sondern sie muss dem Kündigungsempfänger innerhalb dieser Frist zugehen.

---

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

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

Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen beginnt. Dies gilt allerdings nur solange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen. Soll der Arbeitnehmer angehört werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf grundsätzlich nicht mehr als eine Woche betragen und darf nur bei Vorliegen besonderer Umstände überschritten werden. (Näher hierzu BAG, Urteil vom 20. März 2014; 2 AZR 1037/12). Zur Anhörungsnotwendigkeit bei Verdachtskündigungen siehe Kapitel 2.2.4.2.

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

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

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

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

### 3.4 Anhörung des Betriebsrats und Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

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

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

#### Hinweis

---

Ausführliche Informationen zur Anhörung des Betriebsrates finden Sie in der [Info Recht Betriebsratsbeteiligung nach § 102 BetrVG](#).

---

Sämtliche Ausführungen gelten entsprechend für die zwingende Beteiligung einer bestehenden Schwerbehindertenvertretung gemäß § 168 ff. SGB IX .

Bei der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten kann die Kündigungserklärung gemäß § 174 Abs. 5 SGB IX auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB abgegeben werden, wenn dies unverzüglich nach der Erteilung der auch in diesem Fall erforderlichen Zustimmung des Inklusionsamts erfolgt. Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass der Zustimmungsantrag beim Inklusionsamt binnen zwei Wochen nach Kenntniserlangung von den kündigungsrelevanten Tatsachen eingegangen ist.

### 3.5 Darlegungs- und Beweislast

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

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

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

---

[Ansprechpartner/Impressum](#)**Julius Jacoby**

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-237  
[julius.jacoby@vbw-bayern.de](mailto:julius.jacoby@vbw-bayern.de)

**Impressum**

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

**Herausgeber****vbw**

Vereinigung der Bayerischen  
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5  
80333 München

[www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de)

© vbw Juni 2024