

KÜNDIGUNGSGRÜNDE

VERHALTENSBEDINGTE KÜNDIGUNG

Stützt ein Arbeitgeber seine Kündigung auf verhaltensbedingte Gründe, so sind insbesondere folgende Gründe in Betracht zu ziehen:

Die nachfolgende Übersicht ist nicht nur für die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung relevant, sondern auch für die außerordentliche fristlose Kündigung, denn auch diese wird regelmäßig auf verhaltensbedingte Gründe gestützt. Zu welcher Kündigung die Pflichtverletzung berechtigt, ist meist nur eine graduelle Frage. Für die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ist § 1 Abs. 2 KSchG die einschlägige Norm. Außerordentliche Kündigungen müssen die Voraussetzungen des § 626 BGB beachten.

Die Kasuistik der Rechtsprechung ist umfangreich, sodass vor einer Kündigung die relevanten Gerichtsentscheidungen unbedingt berücksichtigt werden sollten.

1. Verstoß gegen Alkoholverbot

Der unerlaubte Alkoholkonsum berechtigt in der Regel nach vorheriger Abmahnung zu einer ordentlichen Kündigung, selbst wenn der festgestellte Alkoholkonsum sehr gering war. Andernfalls würde das Alkoholverbot Schritt für Schritt ausgehöhlt. In schwerwiegenderen Ausnahmefällen kann auch eine außerordentliche Kündigung berechtigt sein, insbesondere bei konkreter Gefährdung erheblicher Rechtsgüter oder bei einem alkoholisiert fahrenden Busfahrer.

Das Alkoholverbot muss klar formuliert sein. Dazu gehört auch, dass nicht nur das Trinken während der Arbeitszeit und den Arbeitspausen, sondern auch das Erscheinen zur Arbeit in alkoholisiertem Zustand verboten sein muss, wenn das Verbot den sich auf die Arbeitszeit auswirkenden Alkoholkonsum auch vor Arbeitsbeginn eindeutig umfassen soll.

Wenn ein Betriebsrat vorhanden ist, unterliegt ein allgemeines Alkoholverbot als Frage der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG seiner Mitbestimmung. Es kommt auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG infrage, wenn im konkreten Fall eine ausfüllungsbedürftige gesetzliche Regelung oder Unfallverhütungsvorschrift besteht. Wird das Alkoholverbot mit dem Betriebsrat in einer (schriftlichen) Betriebsvereinbarung geregelt, gilt dieses gem. § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG als Gesetz des Betriebs unmittelbar und zwingend für die Arbeitnehmer.

Vorsicht: Anders kann der Fall liegen, wenn der betreffende Arbeitnehmer alkoholkrank ist. Hierzu mehr unter den personenbedingten Kündigungsgründen.

2. Außerdienstliches/Außerbetriebliches Verhalten

Im Regelfall kann das außerdienstliche Verhalten eines Arbeitnehmers eine Kündigung nicht rechtfertigen, da die betriebliche Sphäre und das private Leben des Arbeitnehmers grundsätzlich streng voneinander zu trennen sind.

In besonderen Ausnahmefällen kann das außerdienstliche Verhalten allerdings die betriebliche Sphäre konkret tangieren sowie beeinträchtigen. In diesen Fällen ist dann eine verhaltensbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn es zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung oder zumindest zu einer konkreten Gefährdung des Betriebsfriedens oder des Vertrauensbereichs führt:

Ein sog. lockerer/loser oder unsittlicher Lebenswandel stellt in der Regel keinen Kündigungsgrund dar. Auch ein intimes Verhältnis zwischen volljährigen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen eines Betriebs berechtigt nicht zur Kündigung. Grund: Der Arbeitgeber ist nicht Sittenwächter des Arbeitnehmers.

Besteht zwischen Vorgesetzten und Auszubildenden oder jugendlichen Mitarbeitern ein intimes Verhältnis, so kann dies jedoch eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Vorgesetzten rechtfertigen.

Strafbare Handlungen im außerdienstlichen Bereich, die das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigen (beispielsweise außerdienstliche Vermögensdelikte eines Kassierers, Verkehrsdelikte eines Berufskraftfahrers oder Sittlichkeitsdelikte eines Ausbilders oder Lehrers), berechtigen zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Insbesondere im öffentlichen Dienst sind hier Kündigungen eher zu rechtfertigen, da an die öffentlich Bediensteten strengere Maßstäbe anzulegen sind.

In Tendenzbetrieben gelten Besonderheiten. Hier ist die Befugnis des Arbeitgebers zur Kündigung derjenigen, die die Tendenz prägen, mitgestalten und nach außen repräsentieren (Tendenzträger), eher anzuerkennen.

Die Kirchen bestimmen dabei wegen ihrer verfassungsrechtlichen Autonomie (Art. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV) selbst, welche kirchlichen Grundverpflichtungen für das Arbeitsverhältnis wichtig sind, was also die "Glaubwürdigkeit der Kirche und ihre Verkündung erfordert", was "spezifisch kirchliche Aufgaben" sind und was "Nähe" zu ihnen bedeutet, welches die "wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre" sind und was als schwerer Verstoß in diesem Sinne anzusehen ist. Dies ist auch durch § 9 AGG gedeckt.

3. Beleidigungen und Bedrohungen

Beleidigungen durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber oder gegenüber Vorgesetzten berechtigen grundsätzlich zur ordentlichen Kündigung auch ohne vorangegangene Abmahnung. Grobe Beleidigungen können sogar eine außerordentliche (fristlose) Kündigung rechtfertigen. Dies gilt auch für Bedrohungen des Arbeitgebers oder des Vorgesetzten.

Ehrverletzende Äußerungen können jedoch als weniger gravierend und nicht für eine Kündigung ausreichend angesehen werden, wenn sie in einem Streitgespräch gefallen sind, bei der der Arbeitgeber oder der Vorgesetzte in Form und/oder Inhalt unberechtigte Kritik kundgetan hat und hierdurch der Arbeitnehmer zu der ehrverletzenden Äußerung gereizt/provoziert wurde. Entscheidens sind die konkreten Umstände des Einzelfalls. Insbesondere zu beachten sind hier der betriebliche und branchenübliche Umgangston, der Bildungsgrad sowie die psychische Verfassung des Arbeitnehmers und die Gesprächssituation.

Beleidigungen oder üble Nachrede gegenüber Arbeitskollegen können ebenfalls eine verhaltensbedingte, in Ausnahmefällen auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn hierdurch der Betriebsfrieden nicht nur zeitweise gestört wird.

Unberechtigte schwerwiegende Vorwürfe eines Angestellten in leitender Stellung über Untergebene und Vorgesetzte sind an sich geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen.

Eine gegenüber dem Arbeitgeber ausgesprochene Bedrohung, um strittige eigene Forderungen durchzusetzen, kann ein Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung sein. Allerdings handelt ein Arbeitnehmer dann nicht rechtswidrig, wenn er dem Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzstreit damit droht, einen Schriftsatz mit einem bestimmten Inhalt beim Arbeitsgericht einzureichen, um einen Vergleich zu erzielen. Solange der Arbeitnehmer nicht bewusst oder leichtfertig falsche Tatsachenbehauptungen aufstellt oder der eingenommene rechtliche Standpunkt vollkommen unvertretbar ist, liegt keine Pflichtverletzung vor.

4. Berufskraftfahrer, Verkehrsverstöße

Schwere Verkehrs- und Sicherheitsverstöße eines Lkw-Fahrers können nach erfolgloser Abmahnung die verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

5. Betriebsfrieden und betriebliche Ordnung

Wird der Betriebsfrieden durch Handlungen eines Arbeitnehmers dahingehend gestört, dass die friedliche Zusammenarbeiten der Arbeitnehmer untereinander

oder mit dem Arbeitgeber erschüttert oder nachhaltig beeinträchtigt wird und dies nachteilige betriebliche Auswirkungen (z. B. Störungen des Arbeitsablaufs) hat, kann dies eine ordentliche, in Ausnahmefällen sogar außerordentliche, Kündigung rechtfertigen.

Bei einem Streit zwischen 2 Arbeitnehmern, der den geordneten Betriebsablauf gefährdet, hat der Arbeitgeber allerdings primär eine Vermittlungspflicht.

Kann trotz der Vermittlungsbemühungen des Arbeitgebers der Streit zwischen den Arbeitnehmern nicht beseitigt werden, kann der Arbeitgeber den im Streit befindlichen Arbeitnehmern das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigen. Schlägt der Arbeitgeber ein annehmbares Vermittlungs-/Streitschlichtungsangebot vor, so kann er dem Arbeitnehmer kündigen, der den Vorschlag ablehnt.

Bei Nichteinhaltung der betrieblichen Ordnung, beispielsweise Verstoß gegen ein betriebliches Alkohol- oder Rauchverbot oder bei Verstößen gegen Unfallverhütungsvorschriften, ist nach vorangegangener Abmahnung eine ordentliche Kündigung zulässig.

6. Betrug bzgl. der Arbeitszeit

Macht ein Arbeitnehmer zum eigenen Vorteil und damit zum Nachteil des Arbeitgebers vorsätzlich falsche Angaben zu Beginn und/oder Ende seiner Arbeit, liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung vor.

Beispiel: Ist ein Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeitszeit selbst zu erfassen, notiert aber regelwidrig jeweils den Zeitpunkt der Durchfahrt der Parkplatz einfahrt, ist ein vorsätzlicher Pflichtenverstoß gegeben. Auch bei der Vortäuschung der Aufgabenerfüllung, z. B. durch Ausfüllen von Tätigkeitsprotokollen, ohne dass die Tätigkeiten tatsächlich erledigt wurden, stellt einen vorsätzlichen Pflichtenverstoß dar.

7. Diskriminierende/Ausländerfeindliche Äußerung

Eine ausländerfeindliche Äußerung im Betrieb kann im Einzelfall sogar ohne vorherige Abmahnung das Recht zur außerordentlichen Kündigung begründen. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und seine Pflicht aus § 12 Abs. 3 AGG gebieten es nämlich, massiven Ehrverletzungen von Mitarbeitern gegenüber Kollegen entgegenzutreten, und zwar je nach Gewicht der Ehrverletzung auch durch eine außerordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung.

Ob die außerordentliche Kündigung eines im öffentlichen Dienst beschäftigten Angestellten begründet ist, der als Mitglied einer neonazistischen Gruppierung

diverse Flugblätter dieser Gruppierung, in denen Ausländer, Zigeuner und Asylanten als Schmarotzer dargestellt wurden, mitunterzeichnet hat, ist anhand einer gerichtlichen Interessenabwägung im konkreten Einzelfall zu beurteilen.

Einem Verein, der Jugendliche ausbildet, ist es nicht zuzumuten, einen Ausbilder, der ausländerfeindliche Tendenzen im Ausbildungsbetrieb offen kundtut, weiterzubeschäftigen. Daher ist die außerordentliche Kündigung eines solchen Ausbilders gerechtfertigt.

8. Intensive politische Aktivität bis hin zur politischen Agitation

Mehrmalige politische Agitation des Arbeitnehmers im Betrieb, die den Betriebsfrieden ernstlich und erheblich gefährdet, kann eine ordentliche Kündigung und unter Umständen auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Die politische Aktivität eines Arbeitnehmers im Betrieb muss allerdings zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führen. Denn das Verbot der parteipolitischen Betätigung im Betrieb gemäß § 74 Abs. 2 BetrVG gilt nur für Arbeitgeber und den Betriebsrat. Eine solche konkrete Beeinträchtigung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn durch die politische Betätigung des Arbeitnehmers im Betrieb der Arbeitsablauf oder der Betriebsfrieden "abstrakt" gefährdet ist. Vielmehr muss hierdurch objektiv eine konkrete Störung im Betrieb hervorgerufen worden sein.

Selbst das Tragen einer politischen Plakette im Betrieb während der Arbeitszeit, durch die eine parteipolitische Meinung bewusst und herausfordernd zum Ausdruck gebracht wird ("Anti-Strauß-Plakette") kann, ähnlich wie eine ständige verbale Agitation eine provozierende parteipolitische Betätigung darstellen, die einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abgeben kann, wenn durch das Verhalten des Arbeitnehmers der Betriebsfrieden oder der Arbeitsablauf konkret beeinträchtigt oder die Erfüllung der Arbeitspflicht gestört wird.

9. Internet- und E-Mail-Nutzung zu privaten Zwecken

Dienstliche Internet- und E-Mail-Anschlüsse sind Betriebsmittel des Arbeitgebers. Ohne Erlaubnis des Arbeitgebers dürfen diese nicht privat genutzt werden.

Die private Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz stellt nach herrschender Rechtsprechung des BAG unter mehreren Umständen eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dar:

- Nutzung entgegen einem ausdrücklichen Verbot des Arbeitgebers
- Nichterbringen der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung

- Herunterladen erheblicher Datenmengen auf betriebliche Datensysteme (unbefugter Download)
- Zusätzliche Kosten aufgrund der privaten Nutzung
- Rufschädigung des Arbeitgebers, weil strafbare oder pornografische Darstellungen heruntergeladen werden.

Die Pflichtverletzung wiegt umso schwerer, je mehr der Arbeitnehmer bei der privaten Nutzung des Internets seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt. Sie stellt einen verhaltensbedingten, in schweren Fällen einen außerordentlichen Kündigungsgrund dar, wobei grundsätzlich vorher abzumahnen ist. Eine vorherige Abmahnung ist aber dann nicht nötig, wenn der Arbeitnehmer bei seinen Tätigkeiten nicht annehmen kann, der Arbeitgeber werde sie dulden.

Erlaubt der Arbeitgeber die Nutzung des Internets auch für Privatzwecke, kann dennoch ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vorliegen. Hier kommt es insbesondere auf den Umfang der versäumten Arbeitszeit oder einer durch die Nutzung ausgelöste Gefahr der Rufschädigung des Arbeitgebers (heruntergeladene Erotik und Pornografie) an.

Die exzessive private Internet- und E-Mail-Nutzung während der Arbeitszeit kann jedoch auch bei einem fehlenden Nutzungsverbot ein Grund für eine außerordentliche Kündigung sein.

Herausfordernd für den Arbeitgeber ist das Kontrollrecht der Internet- und E-Mail-Nutzung. Zunächst sind § 4 Abs. 1 BDSG und neuerdings auch die besondere Arbeitnehmerdatenschutzvorschrift des § 32 BDSG einzuhalten. Danach ist jede Form der Datenverwendung verboten, sofern nicht ein Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Zur Prävention von Straftaten ist danach die Datenerhebung erlaubt, wenn berechtigte Interessen des Arbeitgebers geschützt werden sollen und dies auch verhältnismäßig ist. Zur Aufdeckung von Straftaten sind engere Voraussetzungen zu beachten. Hier müssten tatsächliche Anhaltspunkte den Tatverdacht begründen, bevor im erforderlichen Umfang Daten konkreter Mitarbeiter genutzt werden dürfen. Ist die private Internetnutzung gestattet, ist der Arbeitgeber Provider. Er muss die Regelungen der §§ 12 ff. Telemediengesetz (TMG) und §§ 88 ff.

Telekommunikationsgesetz (TMG), aber auch die Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TKDSVO) und das Teledienst-Datenschutzgesetz (TDDSG) beachten, weil er "Nutzern" (vgl. § 2 Nr. 3 TMG) bzw. "Dritten" (Arbeitnehmern, vgl. § 3 Nr. 10 TKG) Übertragungswege anbietet und deshalb als Diensteanbieter i.S.d. § 2 Nr. 1 TMG gilt, bzw. Telekommunikationsdienste i.S.d. § 88 Abs. 2 TKG erbringt.

Daher muss er den Schutz des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG gewährleisten.

Danach darf der dienstliche Internet- und E-Mail-Verkehr durch den Arbeitgeber weitgehend uneingeschränkt protokolliert und in gewissem Rahmen auch inhaltlich kontrolliert werden. Eine Vollkontrolle sämtlichen Verkehrs ist allerdings ausgeschlossen. Regelmäßige Stichproben und konkrete Kontrollen bei Missbrauchsverdacht sind zugelassen.

Aus dem Vorgenannten folgt, dass Privatnutzung und dienstliche Nutzung streng getrennt werden müssen, damit der Arbeitgeber zumindest die dienstliche Nutzung überwachen kann.

Der Arbeitgeber sollte deshalb abklären,

- ob er generell die private Internetnutzung gestatten oder verbieten will,
- bei Gestattung die Nutzung innerhalb oder außerhalb der persönlichen oder betrieblichen Arbeitszeiten zu erfolgen hat,
- welche Nutzung er genehmigt oder ausschließt,
- die beabsichtigten Überwachungsmaßnahmen bezeichnen (Umfang und Verwendung der Protokolldaten sowie Speicherdauer) und
- von jedem Arbeitnehmer vor der Gestattung der Nutzung eine Einwilligung nach § 4 Abs. 1 BDSG; § 12 Abs. 2 TMG; §§ 97 ff. TKG einholen.

Besteht ein Betriebsrat, ist das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zusätzlich zu berücksichtigen. Es ist daher ratsam, die Regelungen zur Internet- und E-Mail-Nutzung in einer Betriebsvereinbarung festzuhalten.

Verstöße des Arbeitgebers gegen die o.g. Vorschriften können u.a. zu einem Verwertungsverbot der hierdurch gewonnenen Erkenntnisse vor Gericht führen. Stützt der Arbeitgeber eine ausgesprochene verhaltensbedingte Kündigung beispielsweise auf rechtswidrig erlangte Daten über die Internet- und E-Mail-Nutzung, verliert er das Kündigungsschutzverfahren aus rein formalen Gründen.

10. Konkurrenzfähigkeit

Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer jede Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Geschäftsbetrieb seines Arbeitgebers untersagt. Dies gilt auch dann, wenn eine diesbezügliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag fehlt.

Verletzt ein Arbeitnehmer durch unerlaubte Konkurrenzfähigkeit seine arbeitsvertraglichen Pflichten, rechtfertigt dies je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls eine ordentliche oder sogar auch eine außerordentliche Kündigung,

wobei im Einzelfall auch eine Abmahnung nicht erforderlich ist, wenn dem Arbeitnehmer von vornherein klar sein musste, dass die Konkurrenztaetigkeit seinen Vertragspflichten widerspricht und vom Arbeitgeber daher nicht hingenommen werden kann.

Von einer verbotswidrigen Konkurrenztaetigkeit kann allerdings erst dann ausgegangen werden, wenn sie aufgrund des Umfangs und der Intensitaet der Taeigkeit auch grundsatzlich geeignet ist, die Interessen des Arbeitgebers merklich zu beeintrachtigen. Einmalige oder nur ganz sporadisch ausgeubte reine Freundschaftsdienste im Marktbereich des Arbeitgebers muss dieser in der Regel hinnehmen, wenn diese den arbeits- und wertmaessigen Umfang einer geringfugigen Gefaelligkeit nicht uebersteigen und auch unentgeltlich durchgefuehrt werden.

Reine Vorbereitungshandlungen fuer die Konkurrenztaetigkeit (wie z.B. der Erwerb einer Handelsgesellschaft, die Anmietung von Betriebsraumen, der Einkauf von Einrichtungsgegenstaenden sowie die Beschaffung von Materialien) fuer die Aufnahme der Konkurrenztaetigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhaltnisses, stellen dagegen keine zur Kündigung berechtigende Umstaende dar, da dem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhaltnisses die Konkurrenztaetigkeit gestattet ist.

Für den Fall des Führens von Abwerbegesprächen mit Kollegen für das künftige eigene Unternehmen ist im Regelfall vor der Kündigung eine Abmahnung auszusprechen.

11. Leistungsmängel

Erbringt der Arbeitnehmer nicht die geschuldete Arbeitsleistung, die von jedem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags erwartet werden kann und darf, so kann das Arbeitsverhältnis nach erfolgter Abmahnung gekündigt werden. Eine sog. Schlechtleistung kann in Qualitätsmängeln bestehen oder in einer quantitativen Minderleistung. Notwendig ist eine dauerhafte Unterschreitung der Durchschnittsleistung um mehr als ein Drittel. Abmahnungen sind immer erforderlich. Das LAG Köln vertritt die Auffassung, 2 Abmahnungen genügen bei einer Reinigungskraft. Zur Begründung der leistungsbedingten Kündigung reicht es jedoch nicht aus, zu behaupten, der Arbeitnehmer habe unterdurchschnittlich gearbeitet, weil in einer sehr guten Gruppe schon der gute Arbeitnehmer unter dem Durchschnitt arbeitet.

Der Arbeitgeber ist darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen von Leistungsmängeln sowie für die zuvor erfolgte Abmahnung.

Zu einem schlüssigen Vortrag gehört die Darlegung, worin das Fehlverhalten eines Arbeitnehmers im Einzelnen besteht und welche Pflichtwidrigkeit ihm konkret zugeschrieben wird.

Die Rechtsprechung gewährt dem Arbeitgeber eine vereinfachte Darlegungs- und Beweislast bei Leistungen, die gegenüber dem Durchschnitt vergleichbarer Mitarbeiter um mindestens ein Drittel niedriger sind. Der Arbeitgeber genügt dann seiner Darlegungspflicht, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des Arbeitnehmers mehr als ein Drittel hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben. Es ist dann Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, also z.B. darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Unterlässt der Arbeitnehmer den Vortrag derartiger Umstände, so gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). In diesem Fall ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht voll ausschöpft. Beruft sich der Arbeitnehmer auf derartige Entschuldigungsgründe, ist es wiederum Aufgabe des Arbeitgebers, diese Gründe zu entkräften.

Neben den quantitativen Leistungsmängeln gewährt das BAG die vereinfachte Darlegungs- und Beweislast auch bei qualitativen Leistungsmängeln, z.B. wenn die Fehlerquote des Arbeitnehmers dreimal so hoch wie beim Durchschnitt der vergleichbaren Mitarbeiter ist. Der Arbeitgeber muss aber auch die Art, die Schwere und die Folgen der Fehler darlegen und die betrieblichen Beeinträchtigungen aufzeigen, die für ihn nicht mehr akzeptabel sind.

Auch mangelnde Führungsfähigkeiten können nach vorangegangener Abmahnung eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Im Kündigungsschutzprozess reichen jedoch auch hier allgemeine Aussagen zur fehlenden Führungskraft nicht aus.

Basiert die Schlechtleistung auf Alter, Betriebsunfall oder Berufskrankheit, scheidet eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen aus.

12. Nebentätigkeit

Ein Vollzeitarbeitnehmer ist grundsätzlich – wie ein Teilzeitarbeitnehmer auch – berechtigt, neben seinem Hauptarbeitsverhältnis eine Nebenbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben oder eine selbstständige Nebentätigkeit aufzunehmen. Hierbei hat er jedoch die gesetzlichen Grenzen des Arbeitszeitgesetzes zu beachten.

Die Arbeitsvertragsparteien können (das gilt auch bei Teilzeitbeschäftigten) vereinbaren, dass der Arbeitnehmer eine Nebentätigkeit nur mit Zustimmung des Arbeitgebers ausüben darf (Genehmigungs-/Zustimmungsvorbehalt). Eine solche Vereinbarung bezweckt, dem Arbeitgeber im Vorfeld die Prüfung zu ermöglichen, ob seine berechtigten Interessen durch die Ausübung einer Nebentätigkeit beeinträchtigt sind. Letztlich wird vom Arbeitnehmer gefordert, vor Aufnahme einer Nebenbeschäftigung den Arbeitgeber hierüber zu unterrichten. Denn der Arbeitgeber darf die Zustimmung unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des Art. 12 GG (Freiheit der Berufswahl) nur in den Fällen verweigern, in denen er an der Unterlassung der Nebentätigkeit ein berechtigtes Interesse hat. Dieses Interesse muss gewichtiger sein als die Freiheit der Berufswahl des Arbeitnehmers, z. B. bei Konkurrenzaktivität, Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis, die so umfangreich ist, dass der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Haupttätigkeit gegen das Arbeitszeitgesetz verstößen müsste – wobei sich dann die Zustimmungsverweigerung auf den das Arbeitszeitgesetz übersteigenden Umfang zu beschränken hat – oder bei einer Tätigkeit, die sich nachteilig auf die Reputation des Arbeitgebers auswirken würde. Allein die Nebentätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen muss noch keine Nebenpflichtverletzung sein, wenn die Tätigkeit für den Konkurrenten eine bloß untergeordnete Hilfertätigkeit ist. Ist ein Arbeitnehmer und Betriebsratsmitglied nebenher Besitzer einer Einigungsstelle in einem anderen Betrieb des Arbeitgebers, handelt er nicht pflichtwidrig.

Verstößt ein Arbeitnehmer gegen seine im Arbeitsvertrag enthaltene Verpflichtung, eine Nebentätigkeit anzuzeigen oder vom Arbeitgeber genehmigen zu lassen, kann – nach fruchtbaren Abmahnungen – auch dann eine Kündigung berechtigt sein, wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung hatte. Denn hier liegt der Vorwurf in einer unterlassenen Nebenpflicht.

Einen allgemeinen Auskunftsanspruch – ohne arbeitsvertragliche Regelung – gegen den Arbeitnehmer auf Auskunft über das Ob und den Umfang der beruflichen Tätigkeit hat der Arbeitgeber nicht. Aber der Arbeitgeber hat gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf Auskunft über das Ob und den Umfang der Nebentätigkeit, soweit eine Überschreitung der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes zu befürchten ist. Denn der Arbeitgeber ist verpflichtet dafür Sorge zu tragen, dass das Arbeitszeitgesetz, das nicht nur dem Schutz des Beschäftigten selbst, sondern auch dem Schutz der anderen Arbeitnehmer dient, tatsächlich beachtet wird.

13. Pfändungen des Lohns

Nur in Ausnahmefällen berechtigen Lohnpfändungen den Arbeitgeber zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Ein solcher Ausnahmefall kann vorliegen, wenn

über einen längeren Zeitraum hinweg häufig Lohnpfändungen vorkommen und dadurch dann so intensive Verwaltungsarbeiten beim Arbeitgeber anfallen, dass sie zu erheblichen Störungen im Arbeitsablauf führen. Da Ursache der Lohnpfändungen nicht die Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten ist, sondern die Lohnpfändung vielmehr aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers herrühren, kann nach der Rechtsprechung des BAG eine Abmahnung vor der Kündigung nicht erwartet werden.

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gefordert, vor einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung auszusprechen. Ziel der Änderungskündigung ist es, im Arbeitsvertrag eine Kostenerstattungsregelung aufzunehmen, um den mit der Lohnpfändung verbundenen Arbeitsaufwand vom Arbeitnehmer erstattet zu erhalten. Dies entspricht dem im Kündigungsrecht maßgeblichen ultima-ratio-Prinzip.

Einen gesetzlichen Kostenerstattungsanspruch gegen den Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber nicht. Ein solcher kann auch nicht durch den Abschluss einer (freiwilligen) Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat begründet werden.

14. Pflichtwidrigkeiten bei Meldung der Arbeitsunfähigkeit

Gem. § 5 EFZG sind Arbeitnehmer im Krankheitsfall verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Zögern, mitzuteilen (Anzeigepflicht). Hält die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage an, muss der Arbeitnehmer zudem eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorlegen (Nachweispflicht). Hält die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben an, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen und sodann eine Folgebescheinigung vorzulegen. Darüber hinaus trifft den kranken Arbeitnehmer die Verpflichtung zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten aufgrund der ihm obliegenden Treuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis.

Verletzt der Arbeitnehmer schulhaft die ihm bei Krankheit obliegenden (o.g.) Pflichten, kann der Arbeitgeber zur ordentlichen Kündigung, in Ausnahmefällen auch zur außerordentlichen Kündigung wegen verhaltensbedingter Pflichtwidrigkeiten des Arbeitnehmers befugt sein. Ob eine ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt ist oder sogar ein wichtiger Grund für eine außerordentliche

(fristlose) Kündigung vorliegt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

Aus der Rechtsprechung lassen sich folgende Grundsätze ableiten:

Handelt es sich um eine nur einmalige Pflichtverletzung von nicht erheblicher Schwere, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich nur zur Abmahnung berechtigt. Verletzt der Arbeitnehmer jedoch trotz vorheriger Abmahnung nochmals schuldhaft eine oder mehrere der ihm bei Krankheit obliegenden Verhaltenspflichten, rechtfertigt dies in der Regel eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung. Eine außerordentliche (fristlose) Kündigung kommt grundsätzlich nur bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen sowie bei einer Häufung von leichteren Pflichtverstößen in Betracht, wobei eine vorherige fruchtlose Abmahnung zwingend erforderlich ist.

Ist die Art der Erkrankung mitursächlich für die vom Arbeitnehmer begangenen Pflichtwidrigkeiten, so kann dies bei der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein. Liegen bereits die Voraussetzungen für eine Kündigung wegen Krankheit (personenbedingte Kündigung) vor, so kann der Arbeitgeber die Kündigung zusätzlich noch auf Pflichtwidrigkeiten stützen, die der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit den Erkrankungen an den Tag gelegt hat.

Verletzung der Anzeigepflicht

Ein nur einmaliger schuldhafter Verstoß gegen die Anzeigepflicht rechtfertigt in der Regel weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung. Der Arbeitgeber ist in diesen Fällen alleine dazu befugt, den Arbeitnehmer abzumahnen, d. h. ihm für den Wiederholungsfall kündigungsrechtliche Konsequenzen anzukündigen.

Verstößt der Arbeitnehmer wiederholt trotz bereits erfolgter Abmahnung schuldhaft gegen die Anzeigepflicht, so rechtfertigt dies in der Regel den Ausspruch einer auf verhaltensbedingte Gründe gestützten ordentlichen Kündigung, und zwar auch dann, wenn es dadurch nicht zu einer Störung der Arbeitsorganisation oder des Betriebsfriedens gekommen ist. Fehlt es allerdings an einem Verschulden des Arbeitnehmers, so kommen kündigungsrechtliche Sanktionen nicht in Betracht. Eine schuldhafte Pflichtverletzung ist z. B. dann nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer infolge der Schwere der Erkrankung nicht dazu in der Lage war, den Arbeitgeber unverzüglich über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer zu unterrichten.

Eine außerordentliche Kündigung ist in den Fällen der Anzeigepflichtverletzung generell nur in Ausnahmesituationen denkbar. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB ist z.B. dann zu anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer sich grundsätzlich weigert, der Anzeigepflicht nachzukommen und sich dementsprechend verhält.

Bei Angestellten in verantwortlicher Stellung gelten besondere Anforderungen. Dieser Personenkreis ist im Falle unerwarteter Erkrankung dazu angehalten, sofern nicht krankheitsbedingte Umstände entgegenstehen, den Arbeitgeber auch darüber zu unterrichten, was in seinem Aufgabenbereich während seiner Abwesenheit erledigt werden soll. Die Verletzung dieser vertraglichen Verpflichtung kann – je nach den konkreten Umständen – sogar eine fristlose Entlassung des Angestellten begründen.

Verletzung der Nachweispflicht

Eine nur einmalige schuldhafte Verletzung der Nachweispflicht (in Gestalt der Nichtvorlage oder verspäteten Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung) begründet grundsätzlich weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung. Auch wenn gleichzeitig eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht vorliegt, rechtfertigt dies ebenfalls noch keine kündigungsrechtlichen Sanktionen. In diesen Fällen ist der Arbeitgeber jedoch dazu berechtigt, dem Arbeitnehmer für den Wiederholungsfall kündigungsrechtliche Konsequenzen anzukündigen (ihn also abzumahnen). Verstößt der Arbeitnehmer trotz erfolgter Abmahnung dann erneut schuldhaft gegen die Nachweispflicht, so liegt hierin in der Regel ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG.

Eine außerordentliche Kündigung ist nur dann zulässig, wenn erschwerende Umstände vorliegen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitnehmer trotz erfolgter Abmahnung ständig schuldhaft gegen die Nachweispflicht verstößt oder es grundsätzlich ablehnt, seiner Verpflichtung zur Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachzukommen. Eine ordentliche Kündigung ist nach dem Urteil des LAG Düsseldorf auch dann i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn sich ein an einer schweren Erkrankung leidender und daher nur noch eingeschränkt arbeitsfähiger Arbeitnehmer dagegen sträubt, eine ärztliche Bescheinigung darüber einzuholen, inwieweit er ohne Bedenken mit Arbeiten betraut werden kann.

Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums nach § 3 Abs. 1 EFZG (grundsätzlich 6 Wochen) hat der Arbeitnehmer weiterhin die Pflicht, den Arbeitgeber über die

Fortdauer der Erkrankung zu benachrichtigen und Nachweise hierfür vorzulegen. Konkrete Fristen sind hierfür im Gesetz nicht vorgesehen. Arbeitsvertraglich kann vorgesehen werden, dass dies ebenfalls unverzüglich bzw. innerhalb von 3 Tagen erfolgen muss. Verstößt der Arbeitnehmer trotz Abmahnung gegen die Mitteilungs- und Nachweispflicht, kann dies sodann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

Pflichtverletzung bzgl. gesundheitsförderndem Verhalten

Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer hat sich so zu verhalten, dass er zügig wieder gesund wird und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Er hat alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Gefährdet der Arbeitnehmer den Heilungserfolg durch gesundheitswidriges Verhalten, verstößt er nicht nur gegen seine Leistungspflicht, sondern zerstört auch das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit. Leichte Verstöße gegen ärztliche Anordnungen und Verhaltensregeln (z.B. Überschreitung der vom Arzt festgelegten Ausgehzeit), durch die der Krankheitsverlauf weder verzögert noch die Krankheit verschlimmert wird, rechtfertigen jedoch grundsätzlich weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung. Verzögert der Arbeitnehmer durch eigenes schuldhafte Verhalten den Heilungsprozess, hängt es von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob der Arbeitgeber hierauf eine ordentliche oder gar eine außerordentliche Kündigung stützen kann. Leichtere Pflichtverletzungen mit nachteiligen Folgen für den Heilungsprozess rechtfertigen in der Regel nur eine ordentliche Kündigung.

Nebenbeschäftigungen während der Arbeitsunfähigkeit können eine verhaltensbedingte Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen, wenn sie aus Gründen des Wettbewerbs den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufen oder durch sie der Heilungsprozess verzögert wird. Diese Aktivitäten können auch das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstören. Arbeit ein erkrankter Arbeitnehmer im Betrieb seines Ehegatten mit, so kann dies insbesondere dann eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn durch das Ausmaß oder die Art der Mitarbeit auch noch eine schuldhafte Verletzung der Pflicht zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten vorliegt. Selbiges gilt bei einer Mitarbeit im eigenen landwirtschaftlichen Betrieb.

Eine außerordentliche Kündigung ist nach Meinung des LAG München jedenfalls dann berechtigt, wenn ein erkrankter Arbeitnehmer während der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit Arbeitsleistungen für Dritte erbringt, die zu seinem Aufgabenbereich im Betrieb seines Arbeitgebers gehören. Eine Nebenbeschäftigung in erheblichem Umfang während einer ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit, die

den Heilungserfolg gefährdet, kann ausnahmsweise auch ohne Abmahnung sogar eine außerordentliche Kündigung begründen.

Auch die Art und Weise des Freizeitverhaltens des Arbeitnehmers kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. So hat das BAG sogar eine fristlose Kündigung eines Arztes beim MDK für gerechtfertigt gehalten, der in der Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit wegen Hepatitis Skifahren in den Alpen war. Auch hier war das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört. Erschwerend kam hinzu, dass der als Gutachter tätige Arzt aufgrund seiner Stellung verpflichtet war, alles zu unterlassen, was das Vertrauen Außenstehender in die von ihm zu erbringende Arbeitsleistung erschüttern kann.

Nach dem das Kündigungsschutzrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt eine außerordentliche Kündigung immer nur als letztes Mittel in Betracht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der erkrankte Arbeitnehmer trotz vorheriger Abmahnung durch grob gesundheitswidriges Verhalten (z.B. Besuch einer Disko oder Teilnahme an einem Sportturnier trotz angeordneter Bettruhe) den Heilungsprozess mutwillig verzögert.

Verletzung der Rückmeldepflicht

Nimmt der Arbeitnehmer nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit die Arbeit nicht oder erst verspätet wieder auf, so verletzt er seine Arbeitspflicht. Handelt es sich um einen leichteren Verstoß, ist es angebracht, den Arbeitnehmer abzumahnen. Mehrere geringfügige Verstöße gegen die Rückmeldepflicht nach erfolgter (fruchtloser) Abmahnung können eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung begründen. Meldet sich der Arbeitnehmer längere Zeit (z. B. 2 bis 3 Wochen) nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht zur Arbeitsaufnahme zurück, so kann der Arbeitnehmer – nach vorheriger Abmahnung – wegen eines schwerwiegenden Verstoßes gegen die Arbeitspflicht fristlos gekündigt werden.

Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit

Täuscht ein Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit lediglich vor, verstößt er gegen die Arbeitspflicht und verletzt das in ihn gesetzte Vertrauen erheblich. Da diese Pflichtverletzung nicht nur den Leistungs-, sondern auch den Vertrauensbereich tangiert, bedarf es keiner vorherigen Abmahnung. In der Regel kann bei Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vortäuscht, um hierdurch eine Urlaubsverlängerung zu erreichen.

Vorsorglich doppelte Betriebsratsanhörung

Die außerordentlichen Kündigungsgründe muss der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess in vollem Umfang nachweisen können. Falls Bedenken bestehen, ob dieser Nachweis in vollem Umfang möglich ist, sollte zumindest der Betriebsrat vorsorglich auch zur ordentlichen Kündigung angehört und die Kündigung hilfsweise als ordentliche ausgesprochen werden.

Kündigt ein Arbeitnehmer nach Ablehnung seines Urlaubsantrags sogar an, fortan krankheitsbedingt zu fehlen, ist dies ein Grund für eine (fristlose) Kündigung. Es liegt ein erheblicher Vertrauensbruch vor, wenn der Arbeitnehmer konkludent/ausdrücklich zu verstehen gibt, dass er eine gewünschte Freistellung durch eine nicht vorhandene Arbeitsunfähigkeit erzwingen will. Ist der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Erklärung tatsächlich krank, wiegt der durch die Drohung bewirkte Vertrauensverlust regelmäßig weniger schwer und berechtigt dann auch nicht ohne Weiteres zu einer außerordentlichen Kündigung.

15. Private Telefongespräche

Ein Arbeitnehmer ist aufgrund des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, während der gesamten Arbeitszeit die ihm obliegende Arbeit gemäß den vom Arbeitgeber erteilten Weisungen auszuüben. Dementsprechend ist ein Arbeitnehmer gezwungen, jedes privat geführte Telefongespräch auf Weisung des Arbeitgebers (sofort) zu unterbrechen. Dabei kann die Unterbrechung sowohl durch den Arbeitgeber oder einen sonstigen Mitarbeiter als auch durch eine technische Aufschalteinrichtung erfolgen.

Hieraus folgt, dass eine ordentliche Kündigung jedenfalls dann gerechtfertigt sein kann, wenn der Arbeitnehmer nach mindestens einer fruchtlosen vorherigen Abmahnung weiterhin während der Dienstzeit private Telefongespräche führt und es ablehnt, diese zu beenden oder zu unterbrechen, obwohl es seine Arbeit erfordert.

Die Frage, ob und unter welchen Umständen ein Arbeitnehmer während seiner Arbeitszeit private Telefongespräche führen darf, hat das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich unbeantwortet gelassen. Der Arbeitgeber muss es jedenfalls nicht dulden, dass auf seine Kosten telefoniert wird. Es ist zu beachten, dass allerdings auch die von einem Dienstapparat aus geführten Telefongespräche grundsätzlich dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG unterliegen.

16. Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber

Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Strafanzeigen des Arbeitnehmers bei staatlichen Ermittlungsbehörden gegen den eigenen Arbeitgeber jedenfalls dann kündigungsrelevant, wenn sie wissentlich falsche oder leichtfertig falsche Angaben enthalten oder wenn sie eine unverhältnismäßige Reaktion auf das Verhalten des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten darstellen. Erfolgt die Anzeige beispielsweise aus Rache oder Missgunst, so kann dies eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung darstellen.

Zu beachten ist aber, dass eine innerbetriebliche Klärung für den Arbeitnehmer dann nicht zumutbar ist, wenn er Kenntnis von Straftaten erhält, bei deren Nichtanzeige er sich selbst einem Ermittlungsverfahren aussetzen würde. Nichts anderes kann bei schweren Straftaten des Arbeitgebers selbst gelten.

Wurde dem Arbeitnehmer die Verantwortung für die Sicherheit von betrieblichen Einrichtungen übertragen, wie beispielsweise einem Sicherheitsbeauftragten, steht ihm auch das Recht zu, Bedenken gegen den Sicherheitszustand von Einrichtungen bei allen zuständigen behördlichen Stellen zu äußern.

Umgekehrt hat der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber sogar eine Meldepflicht, wenn im eigenen Aufgabenbereich Schäden drohen und Wiederholungsgefahr anzunehmen ist. Das Unterlassen einer solchen Meldung kann – grundsätzlich erst nach erfolgloser Abmahnung – ebenfalls einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen. Die neuere Rechtsprechung geht noch weiter und hält den Arbeitnehmer auch außerhalb seines eigenen Aufgabenbereichs für meldepflichtig, wenn es sich um gravierende Vorkommnisse handelt, vor allem um Schäden des Arbeitgebers zu verhindern.

Whistleblowing

Um klare Leitlinien zu schaffen und Sachverhalte vorab intern klären zu können, sollte der Arbeitgeber eine Richtlinie zum Whistleblowing ("Verpfeifen") aufstellen, bei Bestehen eines Betriebsrats wegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Form einer Betriebsvereinbarung, in der geregelt ist, wann Arbeitnehmer die Pflicht zur Meldung von (drohenden) Schäden oder strafrechtlich relevanten Sachverhalten trifft und wie die Meldung – ggf. anonym – vorgenommen werden kann. Auch kann der Kündigungsschutz der Whistleblower bei berechtigten Meldungen geregelt werden. Whistleblowing-Verfahren sind ein bedeutender Baustein im Rahmen des Compliance eines Unternehmens.

17. Schmiergelder

Die Entgegennahme von Schmiergeldern durch einen Arbeitnehmer stellt grundsätzlich eine schwere Pflichtwidrigkeit dar, die je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung auch ohne vorangegangene Abmahnung begründen kann. Die Annahme von geringfügigen Geschenken, die branchenüblich sind (z.B. Kugelschreiber, Kalender, Schokolade), stellt dagegen keine Pflichtwidrigkeit dar, die zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses befugt. Fordert der Arbeitnehmer hingegen von Vertragspartnern des Arbeitgebers Schmiergelder, so stellt dies regelmäßig einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar.

18. Sicherheitsbedenken

Im Kündigungsschutzprozess müssen konkrete Tatsachen vorgetragen werden können, die auf eine Gefährdung durch den Arbeitnehmer hinweisen. Die bloße Vermutung/Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer stelle ein Sicherheitsrisiko dar, genügt nicht.

19. Unbefugte Einsicht in Personalakten

Nimmt ein arbeitsvertraglich nicht befugter Mitarbeiter in die Personalakten und/oder die Gehaltsunterlagen ihrer Arbeitskollegen im Betrieb Einsicht, so kann dies zumindest eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung begründen. Eine vorangehende, einschlägige Abmahnung ist in der Regel nicht erforderlich. Denn der unerlaubte Einblick in diese Personalunterlagen stellt einen schwerwiegenden Vertrauensbruch und einen Eingriff in geschützte Daten dar. Darüber hinaus wird hierdurch der Betriebsfrieden konkret beeinträchtigt.

Der Arbeitgeber muss jedoch durch die Art der Aufbewahrung dieser Personalunterlagen den Mitarbeitern erkennbar machen, dass diese Unterlagen von ihnen nicht eingesehen werden dürfen. Dazu reicht es regelmäßig aus, wenn die Personalunterlagen im Dienstzimmer des Personal- oder Geschäftsleiters in einem Schrank getrennt aufbewahrt werden.

20. Unentschuldigtes Fehlen, Zuspätkommen & vorzeitiges Verlassen

Die mehrfach verspätete oder völlig unterlassene Arbeitsaufnahme wie auch das vorzeitige Verlassen des Arbeitsplatzes durch den Arbeitnehmer rechtfertigt in der Regel nur eine ordentliche Kündigung. Wiederholtes unentschuldigtes Fehlen eines Arbeitnehmers ist grundsätzlich – bei vorher erfolgter fruchtloser Abmahnung – geeignet, eine verhaltensbedingte Kündigung zu begründen. Gleiches gilt auch bei

mehrfachem Zuspätkommen, wenn die einzelnen Verspätungen zwar eher geringfügig sind, aber zu Betriebsablaufstörungen führen.

Eine außerordentliche Kündigung kommt erst dann in Betracht, wenn die Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers oder die völlig unterlassene Arbeitsaufnahme seitens des Arbeitnehmers den Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verweigerung der Arbeitspflicht erlangt haben.

Unerheblich ist, ob es neben der Nichterbringung der geschuldeten Arbeitsleistung außerdem noch zu nachteiligen Auswirkungen im Betrieb (Betriebsablaufstörungen, Betriebsordnung, Betriebsfrieden) gekommen ist. Solche Störungen im Betrieb wirken sich vielmehr nur bei der durch die Arbeitsgerichte auch bei einer auf das Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung abschließend vorzunehmenden Interessenabwägung zulasten des Arbeitnehmers aus.

Im Rahmen dieser abschließenden gerichtlichen Interessenabwägung im konkreten Einzelfall kann eine an sich gerechtfertigte Kündigung wegen wiederholten unberechtigten Fehlens des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz dennoch aufgrund einer langen, unbelasteten Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers als ungerechtfertigt anzusehen sein.

Bei eigenmächtigem Fernbleiben vom Arbeitsplatz (wegen Kinderbetreuung) als Kündigungsgrund kommt es darauf an, ob eine Zwangslage bestand, die unausweichlich und nicht selbst herbeigeführt war.

§ 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V gewährt dem Arbeitnehmer bei Erkrankung seines Kindes bei rechtswidriger Verweigerung einer Arbeitsfreistellung seitens des Arbeitgebers sogar das Recht, der Arbeit "eigenmächtig" fernzubleiben. Eine Kündigung des Arbeitnehmers wegen seines hierdurch bedingten Fernbleibens am Arbeitsplatz ist bereits aufgrund von § 612a BGB nichtig. Hierbei ist nicht notwendig, dass der Arbeitgeber davon gewusst hat, dass beim Arbeitnehmer die Umstände des § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V vorgelegen haben.

21. Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Zu den vertraglichen Nebenpflichten eines Arbeitnehmers zählt auch die Verschwiegenheitspflicht, die es dem Arbeitnehmer untersagt, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse unbefugt an Dritte weiterzugeben oder zu verwerten. Verletzungen der Verschwiegenheitspflichten können je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls auch ohne vorangegangene Abmahnung zur ordentlichen, unter Umständen auch zur außerordentlichen, Kündigung berechtigen.

22. Vermögensdelikt zum Nachteil des Arbeitgebers

Im Falle eines Vermögensdelikts des Arbeitnehmers zum Nachteil des Arbeitgebers, wie z.B. Betrug oder Unterschlagung, bedarf es grundsätzlich vor Ausspruch einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung keiner vergeblichen Abmahnung, weil – wie regelmäßig bei einer Störung im Vertrauensbereich – dem Arbeitgeber ein Wiederholungsfall nicht zuzumuten ist.

Dabei kommt es nicht auf die Höhe des entstandenen Schadens an. Nach der Rechtsprechung kann bei vorsätzlichen und widerrechtlichen Verletzungen des Eigentums oder des Vermögens des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer nicht allein wegen Geringfügigkeit von vornherein die Eignung für eine Kündigung abgesprochen werden. Bei Eigentums- oder Vermögensdelikten ist der Umfang des dem Arbeitgeber zugefügten Schadens erst im Rahmen der abschließenden Interessenabwägung zu berücksichtigen.

23. Verstoß gegen Rauchverbot

Nach § 5 ArbStättVO muss der Arbeitgeber in Arbeitsstätten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die nichtrauchenden Arbeitnehmer seines Betriebs vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen. Als geeignete Maßnahme kommt dabei insbesondere ein Rauchverbot in Betracht. Zudem sind hier die landesgesetzlichen Regelungen (Landesnichtraucherschutzgesetze) einzuhalten.

Besteht ein Betriebsrat, ist dessen Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu berücksichtigen. In diesem Fall wird das Rauchverbot durch Betriebsvereinbarung geregelt, die gem. § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG unmittelbar und zwingend für die Arbeitnehmer gilt.

Verstöße gegen das zu Recht verhängte Rauchverbot befugt nach vorherigem Ausspruch der Abmahnung zur Kündigung. Dies gilt erst recht, wenn in einem Lebensmittel-Betrieb geraucht wird.

24. Vertrauensmissbrauch und Vollmachtsüberschreitung

Eine Vollmachtsüberschreitung oder ein Vertrauensmissbrauch berechtigt in schwerwiegenden Fällen auch ohne vorherige Abmahnung zur ordentlichen Kündigung. Je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, insbesondere wenn der Arbeitnehmer sich durch die Vollmachtsüberschreitung oder den Vertrauensmissbrauch einen persönlichen Vorteil verschafft, kann aber auch eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein.

Auch das unbefugte Einsehen von Geheimdokumenten oder von vor unberechtigtem Zugriff geschützten Computerdateien kann nach vorheriger Abmahnung einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellen.

25. Verweigerung der Arbeitsleistung

Weigert sich ein Arbeitnehmer, die vertraglich geschuldete Leistung (Hauptleistungspflicht) zu erbringen, stellt dies - nach vorangegangener Abmahnung - grundsätzlich einen geeigneten Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung dar. Das setzt natürlich voraus, dass der Arbeitnehmer nach dem zugrunde liegenden Arbeitsvertrag auch zur Ausführung der angewiesenen Tätigkeit verpflichtet ist. Ansonsten ist die zugewiesene Tätigkeit vom Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht umfasst.

In schwerwiegenden Fällen beharrlicher Arbeitsverweigerung kann auch eine fristlose Kündigung nach fruchtloser Abmahnung zulässig sein.

Beispiele:

Kommt ein Arbeitnehmer (unentschuldigt) schlichtweg nicht zur Arbeit oder tritt einen nicht genehmigten Urlaub einfach doch an, so ist regelmäßig vor Ausspruch einer Kündigung abzumahnen. Ausnahmsweise kann auf die Abmahnung aber verzichtet werden, wenn offensichtlich ist, dass der Arbeitnehmer seinen arbeitsvertraglichen Pflichten überhaupt nicht nachkommen will. Auch die übermäßige private Nutzung des Internets während der Arbeitszeit kann eine Form der Arbeitsverweigerung sein. Die Ablehnung der Teilnahme an einem Personalgespräch, bei dem die Kürzung der Vergütung besprochen werden soll, ist hingegen keine Arbeitsverweigerung.

Nicht berechtigt ist die verhaltensbedingte Kündigung, wenn der Arbeitnehmer aus Glaubens- oder Gewissensgründen die Arbeit verweigert (Art. 4 Abs. 1 GG). Denn bei Schutzwürdigkeit der Gewissensentscheidung handelt es sich nicht um eine Arbeitsverweigerung, sondern vielmehr um eine sog. partielle Arbeitsunfähigkeit. Es ist dann zu prüfen, ob zumutbare Alternativlösungen vorhanden sind, wie z.B. Zuweisung einer anderen Tätigkeit, Urlaub etc. Ist das allerdings nicht der Fall, kommt der Ausspruch einer personenbedingten Kündigung durchaus in Betracht.

Schutzwürdig ist die Gewissensentscheidung des Arbeitnehmers nur dann, wenn es sich um eine nach außen erkennbare, rational mitteilbare und nachvollziehbare Tiefe, Ernsthaftigkeit und absolute Verbindlichkeit einer Selbstbestimmung des Arbeitnehmers handelt. Außerdem darf der Eingriff in die Gewissensfreiheit für den Arbeitnehmer auch nicht etwa deswegen hinnehmbar sein, weil er nur ganz

geringfügig und vorübergehend oder weil er von vorneherein vorhersehbar und damit durch Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses vermeidbar war. Nicht untersucht wird die Entscheidung des Arbeitnehmers dagegen auf Vernünftigkeit und Verhältnismäßigkeit.

Auch wenn der Arbeitnehmer beharrlich die Erfüllung von Nebenpflichten verweigert, kann eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nach Abmahnung in Betracht kommen. Allerdings rechtfertigt das Tragen eines islamischen Kopftuchs allein noch nicht eine solche Kündigung.

26. Verweigerung einer Rücksprache

Die ohne Grund an den Tag gelegte Weigerung eines Arbeitnehmers, zu einer vom Arbeitgeber angeordneten Rücksprache zu erscheinen, kann zu einer verhaltensbedingten Kündigung nach vorangegangener Abmahnung berechtigen, wenn dem Arbeitnehmer das Erscheinen zumutbar und möglich ist. In gravierenden Fällen, zum Beispiel bei einer hartnäckigen Weigerung an einer wichtigen Unterredung, mit einem Kunden teilzunehmen, kann nach vorangegangener Abmahnung auch eine außerordentliche Kündigung zulässig sein.

Die Verweigerung der Teilnahme an einem Personalgespräch, in dem über die Kürzung der Vergütung gesprochen werden soll, stellt dagegen keinen Kündigungsgrund dar.

27. Verweigerung, Überstunden abzuleisten

Werden durch den Arbeitgeber Überstunden berechtigt angeordnet und verweigert der Arbeitnehmer ohne rechtfertigenden Grund die Leistung, liegt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vor. Eine entsprechende vorherige Abmahnung ist grundsätzlich erforderlich.

28. Zeugenaussage zum Nachteil des Arbeitgebers

Macht ein Arbeitnehmer als Zeuge in einem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren gegen seinen Arbeitgeber Angaben und äußert er dabei keine wissentlich unwahren oder leichtfertig falschen Tatsachen, kann deshalb keine Kündigung ausgesprochen werden. Gleiches gilt bei einer Zeugenaussage in einem Arbeitsgerichtsprozess.