

## Unternehmensverbände Berlin-Brandenburg für eine starke Wirtschafts- und Arbeitsmarktregion



Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung

05. Oktober 2022 | Corinna Wolf, Benedikt Brummer

## Allgemeines

- **Kündigungsgrund liegt in der Person**
  - AN hat seine Fähigkeiten oder seine Eignung verloren, die geschuldete Leistung ganz oder zum Teil zu erbringen (BAG 21.4.16 – 2 AZR 609/15)
  - kein Verschulden notwendig → keine Abmahnung notwendig, da kein steuerbares Verhalten
- **Gründe:**
  - Krankheit
  - außerdienstliche Straftaten, wenn sie die Eignung für die Tätigkeit verhindern
  - Verbüßung einer Freiheitsstrafe
  - Entzug der Fahrerlaubnis, wenn AN für Tätigkeit darauf angewiesen ist

## Prüfungsschema:

1. negative Prognose, ob AN in Zukunft regelmäßig seiner Arbeitspflicht nachkommen wird  
→ zukunftsorientiert
2. erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
3. Verhältnismäßigkeit
4. konkrete Interessenabwägung im Einzelfall

## Sonderfall: Krankheitsbedingte Kündigung

1. häufige Kurzerkrankungen
2. Langzeiterkrankung
3. dauerhafte krankheitsbedingte Leistungsminderung

## Prüfungsschritte:

- erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten in der Vergangenheit
- negative Zukunftsprognose zum Zeitpunkt der Kündigung
- unzumutbare künftige betriebliche Beeinträchtigungen durch Betriebsablaufstörungen oder erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigungen
- Verhältnismäßigkeit (kein milderes Mittel, z.B. durch Überbrückung mit Vertretungen/Aushilfen oder Beschäftigung auf einem „leidensgerechten“ Arbeitsplatz)
- Interessenabwägung: Kündigungsinteresse muss Bestandsschutzinteresse des AN überwiegen

## Krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

### 1. Negative Prognose

- es muss mit weiteren häufigen Kurzerkrankungen in der Zukunft zu rechnen sein
- Indiz: häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit (**durchschnittlich länger als sechs Wochen pro Jahr**)
- Referenzzeitraum: drei Jahre vor Ausspruch der Kündigung

## 2. Betriebliche Beeinträchtigungen

- **wirtschaftliche Beeinträchtigungen**
  - mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlungskosten pro Jahr
  - Umsatzeinbußen oder zusätzliche Personalkosten
- **Betriebsablaufstörungen**
  - Störungen des Arbeitsablaufs
  - Produktionsausfall
  - Verlust von Kundenaufträgen
  - Überstunden der übrigen Mitarbeiter

## 3. Verhältnismäßigkeit

- Kündigung = ultima ratio
- AG muss alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, die die Kündigung vermeiden können
- leidensgerechte Veränderung des bisherigen Arbeitsplatzes
- Weiterbeschäftigung auf Arbeitsplatz zu anderen (ggf. auch schlechteren) Arbeitsbedingungen, auf dem sich die eingetretene Vertragsstörung nicht mehr oder zumindest nicht mehr in erheblicher Weise auswirkt (BAG 20.6.13 – 2 AZR 583/12)
- Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach zumutbaren **Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen**



Prüfen nur der freien Arbeitsplätze nicht ausreichend:

- Freimachen leidensgerechter Arbeitsplätze, soweit das im Rahmen des Weisungsrechts möglich ist (BAG 20.11.14 – 2 AZR 664/13, NZA 15, 931)
- Änderung von Arbeitsabläufen
- Versetzung anderer AN

**ABER:**

- keine Verpflichtung des AG einen eigens auf die eingeschränkte Leistungsfähigkeit des AN zugeschnittenen Arbeitsplatz zu schaffen (BAG 26.6.17 – 5 AZR 263/16)
- oder einen Arbeitsplatz durch Kündigung freizumachen (BAG 20.11.14 – 2 AZR 664/13)

## Krankheitsbedingte Kündigung und das betriebliche Eingliederungsmanagement

maßgeblicher Einfluss auf Kündigungsschutzverfahren bei krankheitsbedingter Kündigung:

- Bei **Ablehnung seitens des Arbeitnehmers** keine Berücksichtigung von BEM-Maßnahmen als mildere Mittel im Kündigungsschutzverfahren
- Bei **erfolglosem BEM** ist Arbeitnehmer mit Vortrag alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten gehemmt, sofern sich diese nicht erst nach Abschluss des BEM ergeben

- **Kein durchgeführtes BEM vor krankheitsbedingter Kündigung:**

- ArbG: BEM wäre erfolgreich gewesen und hätte zur möglichen leidensgerechten Beschäftigungsmöglichkeiten für AN geführt
- AG müssen das Gericht dann überzeugen, dass ein durchgeführtes BEM keinen Erfolg gehabt hätte

BAG, Urteil vom 20.11.2014, 2 AZR 755/13:

"umfassend und detailliert vortragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz, noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen seien und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit habe eingesetzt werden können, warum also ein BEM im keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten (...)."

→ **In der Praxis nahezu unmöglich!**

## 4. Interessenabwägung

Prüfung , ob die durch Krankheit verursachten erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des AG führen

Kündigungsinteresse muss Bestandsschutzinteresse des AN überwiegen

### **Abwägungsgesichtspunkte:**

- ob und wie lange das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ohne Störungen bestand,
- ob der AG eine Personalreserve vorhält und neben Betriebsablaufstörungen hohe Entgeltfortzahlungskosten hatte
- sozialen Daten wie Alter, Familienstand und die Unterhaltspflichten sowie ggf. eine Schwerbehinderung und Chancen auf dem Arbeitsmarkt

## Krankheitsbedingte Kündigung wegen Langzeiterkrankung

### 1. Negative Prognose

- AU dauert bei Zugang der Kündigung noch an
- AN mehr als sechs Wochen bzw. einige Monate lang krank
- Krankheit dauert zum Zeitpunkt der Kündigung für voraussichtlich längere oder nicht absehbare Zeit an

BAG, Urteil vom 12.04.2002, 2 AZR 148/01:

Der dauerhaften Leistungsunfähigkeit steht die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann.

## 2. Betriebliche Beeinträchtigung

- **wirtschaftliche Beeinträchtigungen**
  - häufig keine, da nach sechs Wochen kein Anspruch mehr auf Entgeltfortzahlung
- **Betriebsablaufstörungen**
  - z.B. organisatorische Probleme bei der zeitlich begrenzten Einstellung von Ersatzkräften
  - wenn dem AG nicht mehr zuzumuten ist, die Kündigung durch Überbrückungsmaßnahmen zu vermeiden
  - wenn Genesung in den nächsten 24 Monaten auszuschließen, Interessenbeeinträchtigung idR (+)

## 3. Verhältnismäßigkeit

## 4. Interessenabwägung

## Krankheitsbedingte Kündigung wegen dauerhafter Leistungsminderung

### 1. Negative Prognose

- AN kann wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen nur noch eine verminderte Arbeitsleistung erbringen, welche das Äquivalenzinteresse des AG in einem Maße unterschreitet, dass letzterem ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar ist
- unerheblich: Dauer oder Häufigkeit von Fehlzeiten
- entscheidend: Ob und in welchem Ausmaß der AN die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erbringen kann

## 2. Beeinträchtigung betrieblicher Interessen:

Entgeltfortzahlungskosten (-), weil der AN am Arbeitsplatz anwesend ist

Aber: Zahlung des vollen Entgelts steht keine **gleichwertige Arbeitsleistung** gegenüber

## 3. Verhältnismäßigkeit

## 4. Interessenabwägung



## Allgemeines

- Kündigungsgrund liegt im Verhalten
- BAG: Eine verhaltensbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn der AN seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist.
- vertragswidriges Verhalten des AN ist denkbar von „einfachsten“ Störungen bis hin zu strafbaren Pflichtverletzungen

## Sanktionsmöglichkeiten

- Ermahnung
- Abmahnung
  - ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft nicht erwartet werden kann oder es sich um eine solch schwere Pflichtverletzung handelt, deren Hinnahme durch den AG ausgeschlossen ist
  - dann ist i.d.R. auch eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung in Betracht zu ziehen
- ordentliche (fristgemäße) verhaltensbedingte Kündigung
  - Fortsetzung des Arbeitsverhältnis ist für den AG auf Dauer unzumutbar
- außerordentliche (fristlose) verhaltensbedingte Kündigung
  - dem AG kann nicht einmal die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zugemutet werden

## Ermahnung

- Ermahnung: mündlich oder schriftlich
- der Mahnende will den AN zur Einhaltung seiner vertraglichen Pflichten anhalten
- keine Androhung von Rechtsfolgen für die Zukunft
- Vorstufe zur Abmahnung (mildestes Rügemittel)
- ohne Sanktionscharakter

## Abmahnung

- Missbilligung ggü. dem AN wegen eines konkreten Fehlverhaltens unter Androhung von Rechtsfolgen für die Zukunft
- kommt dann in Betracht, wenn der Ausspruch einer Kündigung unangemessen wäre, da dem AN zunächst die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sein Verhalten zu verbessern
- Abmahnung: mündlich oder schriftlich
- es gibt keine Regelanzahl von Abmahnung für die Wirksamkeit einer Kündigung
- ABER: zu viele Abmahnungen können unter Umständen die Warnfunktion abschwächen

## **Berechtigung zum Ausspruch einer Abmahnung?**

- Ausspruch durch den AG persönlich, durch Bevollmächtigte oder durch den direkten Vorgesetzten (alle Mitarbeiter, an die das Direktionsrecht des AG delegiert ist)
- Achtung! Die Abmahnung verbraucht den gerügten Pflichtverstoß als Kündigungsgrund

## **Funktionen der Abmahnung**

- Hinweisfunktion (welche Anweisungen gelten im Betrieb?/was wird nicht geduldet?)
- Warnfunktion (Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen im Falle der Wiederholung)
- Dokumentationsfunktion (Festhalten des Pflichtverstoßes)

## Inhalt einer Abmahnung

- konkrete Schilderung des beanstandeten Sachverhalts
- rechtliche Wertung (z.B. Verstoß gegen welche betriebliche Regelung?)
- Aufforderung zur Verhaltensänderung
- ausdrückliche und unmissverständliche Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen

## Weitere Besonderheiten und Hinweise

- keine Ausschlussfrist, aber zeitnahe Erteilung empfehlenswert
- keine Beteiligung des BR erforderlich
- Achtung: Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 SGB IX
- Schriftform aus Beweisgründen empfehlenswert, wenn möglich den AN mit „gelesen und als inhaltlich richtig“ unterzeichnen lassen

## Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

- er kann zunächst überhaupt nichts unternehmen, es wäre dann im Falle eines Kündigungsschutzprozesses inzident die Rechtmäßigkeit einer Abmahnung zu prüfen
- AN kann Gegendarstellung zu seiner Personalakte geben
- hält dieser die Abmahnung für unberechtigt, kann auf Entfernung aus der Personalakte klagen

## Teilweise unwirksame Abmahnung

- werden mehrere Vertragsverletzungen gemeinsam abgemahnt, und erweist sich ein Vorwurf als nicht haltbar kann die Abmahnung nicht teilweise vom Gericht aufrechterhalten werden
- → deshalb keine „Sammelabmahnungen“

## FALSCH

Max Müller

Musterstraße 7

55555 Musterstadt

Berlin, 05.10.2022

Sehr geehrter Herr Müller,

leider sind Sie in der letzten Zeit sehr oft zu spät gekommen. Das finden wir gar nicht gut und müssen Ihnen aufgrund dessen heute eine Abmahnung aussprechen.

Bitte machen Sie das nicht nochmal.

Mit freundlichen Grüßen

Personalabteilung



## RICHTIG

Max Müller  
Musterstraße 7  
55555 Musterstadt

Berlin, 05.10.2022

Sehr geehrter Herr Müller,

Sie sind am Montag, 18.06.2018 erst um 9:30 Uhr an Ihrem Arbeitsplatz erschienen.

Dafür sprechen wir Ihnen hiermit eine Abmahnung aus.

Laut Ziffer 3 unserer Arbeitsordnung (auf deren Geltung wir in Ihrem Arbeitsvertrag vom 01.01.2018 hingewiesen haben), haben Sie spätestens um 9 Uhr die Arbeit anzutreten.

Wir bitten Sie, diese Regelung zukünftig zu beachten und weisen Sie darauf hin, dass Sie im Wiederholungsfall ggf. mit einer Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses, auch außerordentlich, rechnen müssen.

Eine Durchschrift haben wir zu Ihrer Personalakte genommen.

Mit freundlichen Grüßen

Personalabteilung

Abmahnung erhalten:

## Prüfungsschema verhaltensbedingte Kündigung:

- 1. Sachverhalt ist an sich geeignet einen Kündigungsgrund zu bilden
  - erhebliche und i.d.R. schuldhafte Verletzung von vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten
- 2. umfassende Interessenabwägung im Einzelfall
  - Berücksichtigung der Gesamtumstände
  - Ausmaß des Verschuldens des AN
  - Bedeutung der verletzten Pflichten
  - Betriebszugehörigkeit
  - Ultima-ratio-Prinzip: vorherige Abmahnung
  - Wiederholungsgefahr

## Beispiele Kündigungsgründe

### Arbeitsverweigerung

- wer sich trotz Abmahnung beharrlich weigert seine vertraglich geschuldete Arbeit zu erledigen, verstößt gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten
- der AN darf kein Recht haben die Arbeit zu verweigern, wie bspw. wenn,
  - AG die Grenzen des Weisungsrechts überschreitet
  - offene Lohnforderungen (ab ca. 1,5 Monatsgehältern) bestehen
  - Arbeitsschutzvorschriften verletzt werden
  - unzulässigerweise Mehrarbeit angeordnet wird

## Beispiele Kündigungsgründe

### Pflichtverletzung bei Krankheit

- wiederholte Verletzung der Anzeigepflicht (§ 5 Abs. 1 S. 1 EFZG) trotz vorheriger Abmahnung kann eine ordentliche Kündigung rechtfertigen
- auch Verletzung der Nachweispflicht (§ 5 Abs. 1 S. 2 EFZG) kann nach vorheriger Abmahnung eine ordentliche Kündigung rechtfertigen
- bei Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit ist i.d.R. keine vorhergehende Abmahnung nötig

Was tun?

- zur Aufklärung darf der AG einen Detektiv nur einsetzen, wenn der Verdacht auf konkreten Tatsachen beruht

## Beispiele Kündigungsgründe

### Beleidigung

- dazu gehören bewusst ehrverletzende Äußerungen oder unwahre Tatsachenbehauptungen
- nicht jede provokante oder überzogene Äußerung ist eine Beleidigung und nicht jede Beleidigung rechtfertigt eine Kündigung
- maßgeblich sind hier die Umstände des Einzelfalls (betrieblicher und branchenüblicher Umgangston, Gesprächssituation, psychischer Zustand des AN)
- Beleidigung kann grds. auch ohne Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen

## Beispiele Kündigungsgründe

### Vermögens- und Eigentumsdelikte

- auf die strafrechtliche Wertung kommt es nicht an
- Betrug, Unterschlagung, Diebstahl zum Nachteil des AG; hier bedarf es grds. keiner Abmahnung vor dem Ausspruch einer Kündigung, weil dem AG ein Wiederholungsfall i.d.R. nicht zuzumuten ist
- aber: in der Interessenabwägung sind u.a. das bisher vom AN erworbene „Vertrauenkapital“ sowie die wirtschaftlichen Folgen zu bewerten

## Beispiele Kündigungsgründe

### Wiederholte Unpünktlichkeit

- erscheint der AN nicht pünktlich am Arbeitsplatz, so verletzt er seine Arbeitspflicht
- nach vorheriger Abmahnung kann eine wiederholte Unpünktlichkeit eine Kündigung rechtfertigen
- Interessenabwägung: Grund für Unpünktlichkeit, Häufigkeit und Dauer der Verspätung und Auswirkungen auf betrieblichen Ablauf, Dauer der Betriebszugehörigkeit, etc.

## Beispiele Kündigungsgründe

### Eigenmächtiger Urlaubsantritt/ eigenmächtige Urlaubsgewährung


- rechtfertigt eine ordentliche Kündigung
- i.d.R. auch ohne vorherige Abmahnung
- kein Recht zur Selbstbeurlaubung auch wenn der Urlaub ohne ausreichenden Grund abgelehnt wurde
- AN müsste Urlaubsanspruch durch Leistungsklage gerichtlich einklagen



## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!




brummer@uvb-online.de

 030 / 31005 - 139



wolf@uvb-online.de

 030 / 31005 - 156