

ZAP

2 | 2022

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

19. Januar
34. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar a.D. Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Büren, Köln

Begründet von: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider



AUS DEM INHALT

Kolumne

Cybersecurity – Anforderungen an die (sichere) Anwaltskanzlei (S. 49)

Anwaltsmagazin

Neuregelungen im Januar (S. 50) • Entschädigung bei Vorverlegung von Flügen (S. 54) • Einreichung von Vollstreckungsaufträgen per beA (S. 54)

Aufsätze

Horst, Betriebs- und Nebenkosten in der Gewerbe- und Geschäftsraummiete (S. 69)

Düsseldorfer Tabelle – Stand: 1.1.2022 (S. 83)

Holthausen, Basiswissen: Verhaltensbedingte Kündigung (S. 89)

Rechtsprechung

BGH: Einsichtsrecht in Betriebskostenabrechnung (S. 58)

KG: Auslegung von Versicherungsbedingungen bei Überschwemmungen (S. 60)

BVerfG: Triage (S. 63)

ZAP

In Zusammenarbeit mit der
Bundesrechtsanwaltskammer



Arbeitsrecht

Basiswissen: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss – Verhaltensbedingte Kündigung

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Köln

Das Leben ist bunt. Diese allgemeine Lebenserfahrung gilt auch für die verhaltensbedingte Kündigung. Mit Blick auf die Vielgestaltigkeit möglicher rechtfertigender Gründe und die ausgeprägte, umfangreiche Kasuistik der Rechtsprechung bedarf es klarer Strukturen und einer Orientierung an den aktuellen Entscheidungen der Arbeitsgerichte, um – auch bei neuen Fallgruppen – zu rechtssicheren Ergebnissen in der anwaltlichen Beratungspraxis zu gelangen.

Inhalt

- | | |
|---|--|
| I. Kündigungsgründe | VII. Liken, Posten, Teilen – kündigungsrechtliche Einordnung Social-Media-spezifischer Ausdrucksformen |
| II. Prognoseprinzip, Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung | VIII. Kündigung von (mutmaßlichen) „Gefährdern“ wegen Sicherheitsbedenken |
| III. Vorherige, einschlägige Abmahnung | IX. Klassiker Verdachtskündigung |
| IV. Interessenabwägung | X. Fazit |
| V. Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona | |
| VI. Flexible Arbeitsmodelle und Arbeitszeitbetrug | |

I. Kündigungsgründe

Eine Kündigung ist gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch **Gründe**, die u.a. **im Verhalten des Arbeitnehmers** liegen, bedingt ist. Verhalten ist jedes vom Willen des Arbeitnehmers gesteuerte Handeln. Dieses **Handeln** ist **kündigungsrelevant**, wenn der **Arbeitnehmer seine Vertragspflichten verletzt** (SCHULTE WESTENBERG, NZA-RR 2020, 561). Eine Kündigung ist i.S.v. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit nicht sozial ungerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten **erheblich** und i.d.R. **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. Auch eine **erhebliche Verletzung** der den Arbeitnehmer gem. § 241 Abs. 2 BGB treffenden **Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers** kann eine Kündigung rechtfertigen (BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703; BAG, Urt. v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, NZA 2016, 540). Eine Kündigung scheidet dagegen aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers – wie etwa eine Abmahnung – geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, a.a.O.; BAG, Urt. v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15, a.a.O.). Einer **Abmahnung** bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer

Basiswissen: Verhaltensbedingte Kündigung

Abmahnung nicht zu erwarten oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den Arbeitnehmer erkennbar) ausgeschlossen ist (BAG, Urt. v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 647; BAG, Urt. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, a.a.O.).

Stützt ein Arbeitgeber seine Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer auf verhaltensbedingte Gründe kommen insb. Fallgestaltungen in Betracht, die sich an der gängigen Differenzierung „*Pflichtverstöße im Leistungsbereich, Verstöße gegen die betriebliche Ordnung, Störungen im Vertrauensbereich und Verletzung von Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag*“ orientieren (vgl. AUFTERBECK, Jus 2017, 15, 18):

- **willentliche, vorwerfbare Leistungsmängel und Pflichtverstöße im Leistungsbereich**, Beispiele: **Schlechtleistung, Arbeitsverweigerung** (Kommt ein Arbeitnehmer an drei von vier aufeinander folgenden Arbeitstagen erheblich zu spät oder gar nicht zur Arbeit, kann dies je nach den Umständen des Einzelfalls den Rückschluss auf ein hartnäckiges und uneinsichtiges Fehlverhalten zulassen, sodass er vor Ausspruch einer Kündigung keiner ausdrücklichen Abmahnung mehr bedarf – LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 31.8.2021 – 1 Sa 70 öD/21), **Arbeitsbummelei, Krankfeiern** ggf. verbunden mit einer Drohung ggü. dem Arbeitgeber (vgl. LAG Nürnberg, Urt. v. 27.7.2021 – 7 Sa 359/20; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 4.5.2021 – 6 Sa 359/20), **unerlaubtes Internetsurfen** bzw. E-Mail- oder Telefon-Nutzung für unerlaubte private Zwecke,
- **Verstöße gegen die betriebliche Ordnung und den Betriebsfrieden**,
- **Alkohol- und Drogenmissbrauch**, Verstöße gegen ein Alkohol- oder Drogenverbot, wobei eine Abgrenzung zum krankhaften Alkohol- oder Drogenmissbrauch und damit einer personenbedingten Kündigung vorzunehmen ist (vgl. SASSE, NZA-RR 2019, 513),
- **Störungen im Vertrauensbereich** (vgl. RASCHE, ArbRAktuell 2019, 109; HUNOLD, NZA-RR 2003, 57),
- **Strafbares Verhalten des Arbeitnehmers** (MÜLLER, ÖAT 2018, 95; KLINGHAMMER, ArbRAktuell 2017, 320, Beispiele: Arbeitszeit- und Spesenbetrug, Beleidigungen und Schmähkritik [BAG, Urt. v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19], Bedrohungen und Nötigungen, sexuelle Belästigung, Untreue, Unterschlagung, Diebstahl),
- **Verletzungen von Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag** (wiederholte Verletzung der Anzeige- und Nachweispflicht bei Arbeitsunfähigkeit – vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.8.2020 – 3 Sa 87/20, juris, **unerlaubte Konkurrenztaetigkeit** während bestehendem Arbeitsverhältnis [§ 60 HGB], Verstoß gegen ein Nebentätigkeitsverbot),
- im **Ausnahmefall**, wenn es zu einer konkreten Beeinträchtigung oder konkreten Gefährdung der Interessen des Arbeitgebers (etwa Rufschädigung) und einer Störung im Vertrauensbereich oder einer Störung des Betriebsfriedens kommt, **außerdienstliches** – bzw. **außerbetriebliches Verhalten des Arbeitnehmers**.

Verhaltensbedingte Gründe sind dabei nicht nur für die **ordentliche verhaltensbedingte Kündigung** nach § 1 Abs. 2 KSchG relevant, sondern rechtfertigen **bei einem entsprechenden Schweregrad** ggf. auch eine **außerordentliche, fristlose Kündigung** nach § 626 BGB. Ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „**an sich**“ und damit typischerweise als **wichtiger Grund** geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar war oder nicht.

II. Prognoseprinzip, Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung

Die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers muss so erheblich sein, dass die **Fortführung des Arbeitsverhältnisses in der Zukunft nicht mehr möglich** bzw. **nicht mehr zumutbar** erscheint (= **negative Prognose**). Das heißt, es geht bei der verhaltensbedingten Kündigung und ihrer sozialen Rechtfertigung um die Unterbindung weiterer, zukünftiger Vertragsverstöße. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis

zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der (sofortigen) Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine **Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** zu erfolgen. Eine (außerordentliche) Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind (BAG, Urt. v. 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027).

III. Vorherige, einschlägige Abmahnung

Begeht ein Fußballspieler ein Foul, kann es passieren, dass der Schiedsrichter die gelbe Karte zieht. Die „gelbe Karte“ beschreibt vereinfachend, aber eingängig auch den **Charakter der Abmahnung** in ihrem Verhältnis zur verhaltensbedingten Kündigung als „rote Karte“. Einer Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes **nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten** steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist. Dies gilt grds. auch bei Störungen im Vertrauensbereich (BAG, Urt. v. 9.6.2011 – 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027; vertiefend zur Abmahnung HOLTHAUSEN, ZAP 2019, 37).

IV. Interessenabwägung

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar ist oder nicht, lassen sich nicht abschließend festlegen. Im Rahmen der notwendigen Interessenabwägung sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, eine mögliche Wiederholungsgefahr, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf zu berücksichtigen (BAG, Urt. v. 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445; BAG, Urt. v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15, NZA 2016, 1527). Auch Unterhaltspflichten und der Familienstand können – je nach Lage des Falls – Bedeutung gewinnen. Sie sind jedenfalls bei der Interessenabwägung nicht generell ausgeschlossen und können zu berücksichtigen sein (BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425).

Hinweis:

Die i.R.d. verhaltensbedingten Kündigung erforderliche **Interessenabwägung** eröffnet in der Praxis naturgemäß erhebliche Bewertungs- und Interpretationsspielräume und erweist sich häufig als **echter Stolperstein im Kündigungsrechtsstreit**. Da kein Fall wie der andere ist und letztlich immer eine **umfassende einzelfallbezogene Wertung** über die (Un-)Wirksamkeit der verhaltensbedingten Kündigung entscheidet, ergeben sich **zwangsläufig erhebliche Risiken und Rechtsunsicherheiten** bei der Bewertung eines grds. kündigungsgerechten Verhaltens, die bei der **chancen- bzw. risikoorientierten Führung des Kündigungsschutzprozesses** und der **Prüfung eines das Verfahren rechtssicher beendenden Vergleichs** bedacht und eingepreist werden müssen.

V. Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona

Die aktuell vierte Welle der **Coronapandemie** im Winter 2021 trifft mit ihren hohen Infektionszahlen auf eine bedauerliche Impfmüdigkeit bzw. -verweigerung. **Arbeitnehmer halten sich** – aus Nachlässigkeit, Überzeugung oder ggf. auch aus Dummheit – **oftmals nicht an die geforderten Schutzmaßnahmen**. Entsprechend stellt sich für Arbeitgeber die Frage, **wie sie hierauf reagieren können/müssen** und ob sie ein entsprechendes **Verhalten des Arbeitnehmers** arbeitsrechtlich sanktionieren können.

Aufgrund der den Arbeitnehmer treffenden Rücksichtnahmepflichten ist er nach § 241 Abs. 2 BGB gehalten, **Unfallverhütungs- und Arbeitssicherheitsvorschriften** im Betrieb zu beachten. Konkretisiert wird die privatrechtliche Rücksichtnahmepflicht durch öffentlich-rechtliche Regelungen zum Arbeitsschutz (KLEINEBRINK, NZA 2020, 1361, 1362). Die Grundlage für den Arbeitsschutz bilden das Arbeits-

Basiswissen: Verhaltensbedingte Kündigung

schutzgesetz (ArbSchG) und das Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) sowie die darauf basierenden Rechtsvorschriften. Sie sind wesentlich vom Recht der Europäischen Union geprägt. Staatliche Behörden (i.d.R. Landesbehörden; im Bund die Zentralstelle für Arbeitsschutz beim Bundesministerium des Innern) beraten und überwachen die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften. Die Unfallverhütung beruht in der Praxis auf eigenständigen Unfallverhütungsvorschriften, die von den Unfallversicherungsträgern erlassen werden. Dazu gehören die Berufsgenossenschaften, die Unfallversicherung Bund und Bahn (UVB) sowie die Unfallkassen der Länder. Sie beraten und überwachen gleichzeitig die Einhaltung dieser Vorschriften. Die Regelungen für die Unfallverhütung im gesamten Bundesdienst erlässt das BMI durch allgemeine Verwaltungsvorschriften (vgl. <https://www.bmi.bund.de>). Nach § 15 Abs. 1 ArbSchG sind die Beschäftigten verpflichtet, nach ihren Möglichkeiten sowie gemäß der Unterweisung und Weisung des Arbeitgebers für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen. Entsprechend haben die Beschäftigten auch für die Sicherheit und Gesundheit der Personen zu sorgen, die von ihren Handlungen oder Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind.

Welche Pflichten den Arbeitnehmer aufgrund des § 15 Abs. 1 ArbSchG treffen, folgt aus dem Ergebnis der **Gefährdungsbeurteilung**. Nach § 5 Abs. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Bei der entsprechenden Beurteilung hat der Arbeitgeber **vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Pandemie insb. den SARS-CoV-Arbeitsschutzstandard (C-ASS), Stand 22.2.2021 und die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel (C-ASR) zu berücksichtigen**, um Arbeitnehmer vor einer Ansteckung durch erkrankte Beschäftigte hinreichend zu schützen. Gemeinsam ist allen Rechtsgrundlagen die **Verpflichtung des Arbeitgebers, dafür zu sorgen, dass jeder Arbeitnehmer bestimmte vorbeugende Maßnahmen beachtet**. Hierzu zählen insb. das grundsätzliche Einhalten bestimmter **Abstände zwischen einzelnen Personen** (mind. 1,5 m), eine **Handhygiene** sowie unter bestimmten Voraussetzungen das Tragen einer **Mund-Nase-Bedeckung**. Eingebürgert hat sich hierfür das Kürzel **A-H-A** für Abstand halten – Hygiene beachten – Alltagsmaske tragen. Das Ergebnis dieser Gefährdungsbeurteilung – und damit auch die A-H-A-Vorgaben – sind innerbetrieblich umzusetzen. Die entsprechenden Weisungen kann der Arbeitgeber nach § 106 S. 2 GewO erteilen. **Jeder Arbeitnehmer ist nach § 15 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet, diese Weisungen zu befolgen**. Empfehlenswert ist, über Aushänge oder über das Aushändigen entsprechender Handzettel die Arbeitnehmer beweisbar über die bestehenden Pflichten zu informieren (KLEINEBRINK, NZA 2020, 1361, 1362).

Der Arbeitgeber hat nach § 618 Abs. 1 BGB Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten, und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass die Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, wie die Natur der Arbeitsleistung dies gestattet. **Dies beinhaltet insb. auch den Schutz vor einer Ansteckung durch erkrankte Arbeitnehmer** (KLEINEBRINK, NZA 2020, 1361, 1363; HWK/KRAUSE, § 618 BGB, Rn 22).

Bei einer **Außerachtlassung von elementaren Sicherheitsvorschriften**, die zu erheblichen Gesundheitsrisiken führen kann, handelt es sich regelmäßig um eine erhebliche arbeitsvertragliche Pflichtverletzung, die an sich **geeignet** ist, eine **fristlose Kündigung zu rechtfertigen** (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.8.2007 – 5 Sa 150/07, NZA-RR 2007, 634). Einer vorherigen Abmahnung bedarf es ausnahmsweise dann nicht, wenn der Arbeitnehmer im Einzelfall aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung von vornherein nicht damit rechnen kann, dass der Arbeitgeber dies Verhalten (noch) toleriert. Dies ist insb. dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit kennt, seine **Pflichtverletzung aber gleichwohl hartnäckig und uneinsichtig fortsetzt**. Sofern die vom Arbeitgeber erlassenen Sicherheitsvorschriften für den konkreten Fall keine klaren und eindeutigen Verhaltensanweisungen enthalten, entfällt das Abmahnungserfordernis indessen auch bei einem folgenschweren Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften nicht. Dies gilt erst recht, wenn der Arbeitgeber für den Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften eine Abmahnung in Aussicht gestellt hat (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.8.2007 – 5 Sa 150/07, a.a.O.; BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425).

Entsprechend zeigt sich das klassische Prüfungsmuster der verhaltensbedingten Kündigung, das sich aus **Pflichtenverstoß/Vertragsverletzung, Abmahnung, negativer Prognose, keine vorrangig milderen Mittel** und

Interessenabwägung zusammensetzt und zu folgendem Ergebnis führt: Die Nichtbeachtung von nach § 106 GewO, § 315 Abs. 3 BGB angeordneten betrieblichen Arbeitsschutzmaßnahmen, wie z. B. das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung im Betrieb (vgl. 4.2.13 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel), oder die Verletzung einer arbeitsrechtlichen Melde-/Offenbarungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB, z. B. Rückkehr in den Betrieb nach einem Urlaub im Risikogebiet oder Arbeiten im Betrieb trotz festgestellter Covid-19-Erkrankung oder Quarantäne, ist eine objektive Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, die abgemahnt und im Falle hartnäckig fortgesetzter Verstöße mit einer verhaltensbedingten Kündigung geahndet werden kann (STÜCK, ArbRAktuell 2021, 70; Küttner/SCHMIDT, Personalhandbuch, 27. Aufl. 2020, Kündigung verhaltensbedingt, Rn 35a).

Anders bzw. differenzierter sieht die arbeitsrechtliche Bewertung bei der Beantwortung der Frage aus, ob die Verweigerung bzw. Ablehnung der Corona-Impfung durch den Arbeitnehmer geeignet ist seine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Eine Impfpflicht und eine hierauf gestützte verhaltensbedingte Kündigung ist nach **derzeitigem Stand nur im Gesundheits- und Pflegebereich gerechtfertigt**, da hier ein intensiver Kontakt mit Risikopersonen stattfindet und die Zahl an schweren Verläufen und Todesfällen auch durch eine eingeschränkte sterile Immunität reduziert werden kann. Sollte sich jedoch herausstellen, dass eine Infizierung Dritter durch die verfügbaren Impfstoffe nicht wirksam verhindert werden kann, ist eine Impfpflicht auch insoweit nicht zu rechtfertigen. Betriebliche und wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers, das Allgemeininteresse an einem funktionierenden Gesundheitsschutz oder gar die Interessen der Arbeitnehmer selbst vermögen eine Impfpflicht nicht zu legitimieren und eine Kündigung auch unter anderen Gesichtspunkten nicht zu rechtfertigen. Ist eine Impfpflicht ausnahmsweise rechtmäßig (wirksam), setzt eine verhaltensbedingte Kündigung zudem eine erfolglose Abmahnung sowie die Berücksichtigung von etwaigen – bislang allerdings nicht nachgewiesenen – Gefahren für bestimmte Arbeitnehmer, wie z.B. Schwangere, voraus (STÖHR, NZA 2021, 1215, 1219).

VI. Flexible Arbeitsmodelle und Arbeitszeitbetrug

Der **vorsätzliche Verstoß** eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete Arbeitszeit mittels Stempeluhr, Formular oder elektronischer Zeiterfassung **korrekt zu dokumentieren**, ist an sich **geeignet, einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen**. Der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine ihm gegenüber dem Arbeitgeber bestehende **Pflicht zur Rücksichtnahme** nach § 241 Abs. 2 BGB (vgl. BAG, Urt. v. 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 12.4.2018 – 5 Sa 438/17; PAUKEN, GWR 2015, 177).

Home-Office oder **Mobile-Work** – gerade in Pandemiezeiten – erfordern im Gegenzug zur arbeitsrechtlichen Flexibilität **Freiheiten und Eigenverantwortung des Arbeitnehmers**, die bedauerlicherweise immer wieder von „schwarzen Schafen“ ausgenutzt werden, womit der **Arbeitszeitbetrug** ein Dauerbrenner im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung ist und bleibt (vgl. RUDOLF, ArbRAktuell 2020, 27; PAUKEN, GWR 2015, 177).

Die **Kontrollmöglichkeiten** bei mobilen Arbeitsformen sind naturgemäß **eingeschränkt**. Es bietet sich aus Arbeitgebersicht an, bei Mitgliedern mobiler Teams in regelmäßigen Abständen **Berichte über den Arbeitsfortschritt** und bei Bedarf **Teilarbeitsergebnisse** anzufordern. Eine arbeitsvertragliche **Nebenschlichtung des Arbeitnehmers zum Nachweis von Arbeitsergebnissen** ist von der Rechtsprechung anerkannt (vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 15.9.2011 – 5 Sa 53/11, NZA-RR 2012, 246). Vor diesem Hintergrund hat der Arbeitgeber auch die Möglichkeit, von Arbeitnehmern die **Führung und Vorlage von Tätigkeitsnachweisen zu verlangen**. Maßnahmen zur (heimlichen) Überwachung wie z.B. der Einsatz von **Keylogger-Software zur Nachverfolgung der Tastenanschläge** von Mitarbeitern oder das Anfertigen von Screenshots sind **allenfalls zulässig, wenn für den Arbeitgeber der konkret begründete Verdacht einer Straftat oder einer sonst schwerwiegenden Pflichtverletzung (etwa Arbeitszeitbetrug)** durch den Arbeitnehmer besteht (GÜNTHER/BÖGLMÜLLER, ArbRAktuell 2020, 186, 188).

Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete, vom Arbeitgeber nur schwer zu kontrollierende Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, wie etwa das **vorsätzlich falsche Erfassen von Überstunden**, ist an sich geeignet, einen **wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen**. Dabei kommt es nicht entscheidend

Basiswissen: Verhaltensbedingte Kündigung

auf die strafrechtliche Würdigung an, sondern auf den mit der Pflichtverletzung verbundenen schweren Vertrauensbruch. Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare wissentlich und vorsätzlich falsch aus, stellt dies in aller Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar. Der Arbeitnehmer verletzt damit in erheblicher Weise seine Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) gegenüber dem Arbeitgeber (BAG, Urt. v. 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 1161; BAG, Urt. v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, NZA 2014, 443).

Obwohl die Grundsätze der Rechtsprechung eindeutig sind und deshalb bei einem Arbeitszeitbetrug – auch mit Blick auf die strafrechtliche Komponente (hierzu MÜLLER, öAT 2018, 95; KLINKHAMMER, ArbRAktuell 2017, 320) – gute Gründe für eine verhaltensbedingte Kündigung sprechen, ist in der Praxis zu beobachten, dass viele Arbeitgeber unklare Anweisungen bzgl. der Erfassung der Arbeitszeit an ihre Mitarbeiter geben und sich dann im Kündigungsschutzprozess auf eine unzureichende Verlegenheitsargumentation im Sinne „Das musste ihm doch klar sein!“ zurückziehen.

Hinweise:

Arbeitgebern ist deshalb dringend zu raten, ihre diesbezüglichen Anforderungen und Anweisungen möglichst klar und für alle Arbeitnehmer verständlich zu fassen und ebenso zu kommunizieren. Es muss klar sein, welche Zeiten wie genau und wo und ggf. auch wann zu erfassen sind, um Missverständnisse und Interpretationsspielräume zu vermeiden. Dies bedeutet zwangsläufig auch, dass Arbeitnehmer über etwaige Änderungen der Zeiterfassungspraxis genau und rechtzeitig zu informieren sind, z. B. bei der Umstellung von elektronischer auf eine manuelle Erfassung und insb. auch bei erstmaliger Einführung einer Arbeitszeiterfassung. Mit Blick auf die Gerichtsverwertbarkeit im Streitfall sollten Arbeitgeber entsprechende Anweisungen schriftlich erteilen und sich den Empfang dieser Anweisung sowie die Kenntnis etwaiger hierzu bestehender Betriebsvereinbarungen durch den Arbeitnehmer gesondert quittieren lassen (PAUKEN, GWR 2015, 177).

VII. Liken, Posten, Teilen – kündigungrechtliche Einordnung Social-Media-spezifischer Ausdrucksformen

Beschäftigt man sich mit der kündigungrechtlichen Bedeutung der Social-Media-Nutzung bewegt man sich in einer unübersichtlichen, juristischen Grauzone, die nicht zuletzt aus den sich rasant entwickelnden und technisch verändernden Möglichkeiten und ihren differenzierten Ausdrucksformen resultiert. Oft gehen zudem die berufliche und die private Nutzung fließend ineinander über, woraus zwangsläufig Abgrenzungsprobleme resultieren. Kurzum: Die arbeitsrechtliche Erfassung und Kategorisierung der Social-Media-Nutzung befindet sich bildlich gesprochen „noch in den Kinderschuhen“.

Es stellen sich hierbei etwa Fragen nach dem Schutz der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers (zum schmalen Grad zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung FUHLROTT/OLTMANN, NZA 2016, 785), nach dem Grad der Vertraulichkeit von Äußerungen in sozialen Medien (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19.7.2021 – 21 Sa 1291/20, juris, „Menschenverachtender WhatsApp-Chat“), nach einer Rufschädigung des Arbeitgebers und nach einer Störung des Betriebsfriedens. Ebenfalls von Bedeutung bei der (kündigungrechtlichen) Einordnung des Verhaltens sind die Perpetuierung, der Adressatenkreis und die Verbreitungsgeschwindigkeit der Äußerungen. Und es gilt immer zu klären, welches Ausdrucksmittel (Posten, Liken, Teilen, etc.) gewählt wurde und welche Social-Media-spezifische Bedeutung diesem Mittel beizumessen ist (vgl. GÜNTHER/LENZ, ArbRAktuell 2020, 405; zur Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook BURR, NZA-Beilage 2015, 114; BAUER/GÜNTHER, NZA 2013, 67).

Da bei der Nutzung von Social Media erhebliche Risiken entstehen können, ist es für Unternehmen empfehlenswert, Social-Media-Guidelines zu formulieren, um über die Risiken aufzuklären und gewünschtes Verhalten gezielt anzusteuern. Insbesondere sollten Social-Media-Guidelines die Funktion haben, Arbeitnehmer deutlich auf bestehende arbeitsvertragliche Pflichten hinzuweisen und hinsichtlich des verantwortungsvollen, möglichst konfliktfreien Umgangs mit sozialen Netzwerken zu sensibilisie-

ren. Es sollte etwa ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflichten auch im Web 2.0 gelten und damit Beleidigungen von Kollegen ebenso wie diskriminierende, rassistische, sexistische oder sonst strafrechtlich relevante Kommentare tabu und unerwünscht sind (vgl. BYERS, SPA 2017, 37, 39).

VIII. Kündigung von (mutmaßlichen) „Gefährdern“ wegen Sicherheitsbedenken

Die Gestaltung des privaten Lebensbereichs steht grds. außerhalb der Einflussosphäre des Arbeitgebers. Die Arbeitsvertragsparteien verbindet im Ausgangspunkt allein der Austausch von Arbeit gegen Lohn im Rahmen ihres Dauerschuldverhältnisses. Ein außerdienstliches Verhalten vermag dieses Synallagma erst einmal nicht zu stören. Jedoch ist der Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der aus § 241 Abs. 2 BGB folgenden Rücksichtnahmepflicht (auch außerhalb der Arbeitszeit) verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Entsprechende **berechtigte Interessen bestehen dort, wo ein außerdienstliches Verhalten einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat** und entweder den **Leistungsbereich**, den **Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter**, den **personalen Vertrauensbereich** oder den **Unternehmensbereich** betrifft. Handelt der Arbeitnehmer diesen schützenswerten Interessen des Arbeitgebers zuwider, steht eine verhaltensbedingte Kündigung in Frage (vgl. STEINAU-STEINRÜCK, NJW-Spezial 2018, 626).

Der **dringende Verdacht, Mitglied oder Unterstützer einer terroristischen Vereinigung** (= Gefährder) zu sein, ist aber nur dann als Kündigungsgrund geeignet, wenn eine Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis durch eine **konkrete Beeinträchtigung** im Leistungsbereich, im Bereich der betrieblichen Verbundenheit aller Mitarbeiter, im personalen Vertrauensbereich oder im betrieblichen Aufgabenbereich vorliegt oder die Eignung des Arbeitnehmers für die Arbeitsleistung entfallen ist oder durch greifbare Tatsachen zu belegende **berechtigte Sicherheitsbedenken** bestehen (vgl. LAG Niedersachsen, Urt. v. 12.3.2018 – 15 Sa 319/17, NZA-RR 2018, 421; PLUM, NZA 2019, 497).

Die vorstehende zweitinstanzliche Entscheidung des LAG Niedersachsen belegt, dass die **Kündigung mutmaßlicher Gefährder** für den Arbeitgeber **kein „leichtes Terrain“** ist (PLUM, NZA 2019, 497, 498; HOHENHAUS, NZA 2016, 1046). Bereits die rechtlich tragfähige Erfassung des Kündigungsgrundes und sein Nachweis etwa als

- **strafrechtlich relevantes Verhalten,**
- **Verdacht der Förderung des Terrorismus,**
- **Verstoß gegen Verhaltensgrundsätze und/oder**
- **Eignungsmangel aufgrund von Sicherheitsbedenken** (= personenbedingte Kündigung),

bereitet dem Arbeitgeber mit Blick auf die vor dem Arbeitsgericht nötige Substantiierung und den Beweis, erhebliche streitentscheidende Probleme. Hat doch das LAG Niedersachsen in seinem Fall keinen dieser „Gründe“ als ausreichend zur sozialen Rechtfertigung der Streitgegenständlichen Kündigung erachtet.

Ein Umstand, der einen **Terrorverdacht** auf eine Person fallen lässt, beschränkt sich i.d.R. auf das Private. Es handelt sich um außerdienstliches Verhalten, das außerhalb der Arbeitszeit stattfindet und dessen Wirkung noch nicht einmal auf das Arbeitsverhältnis gerichtet ist. Ein „**Verhalten als Gefährder**“ kann eine verhaltensbedingte Kündigung deshalb **nur rechtfertigen**, falls es sich dabei **gleichzeitig um ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers** handelt. Außerdienstliches Verhalten kann nur vertragswidrig sein, soweit sich aus dem Arbeitsvertrag eine Verpflichtung ergibt, ein solches Verhalten zu unterlassen (HOHENHAUS, NZA 2016, 1046, 1048).

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von (mutmaßlichen) „Gefährdern“ hat i.d.R. deshalb **nur unter dem Gesichtspunkt von Sicherheitsbedenken** eine hinreichende **Aussicht auf Erfolg** (vgl. BAG, Urt. v. 20.7.1989 – 2 AZR 114/87, BAGE 62, 256; PLUM, NZA 2019, 497, 502). Dafür spricht auch, dass das Maß der Treue- und Loyalitätspflichten einen fließenden Maßstab darstellt, der wie die Interessen-

Basiswissen: Verhaltensbedingte Kündigung

abwägung zur Prognoseunsicherheit bei der Bestimmung der Auswirkung eines Verhaltens auf die Eignung zur Ausübung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit führt (vgl. STEINAU-STEINRÜCK, NJW-Spezial 2018, 626).

IX. Klassiker Verdachtskündigung

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern auch schon der **dringende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schwerwiegenden Verfehlung** einen **Kündigungsgrund** darstellen kann. Eine solche Verdachtskündigung, die neben der Tatkündigung einen eigenständigen Kündigungstatbestand bildet (BAG, Urt. v. 31.1.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893), liegt vor, wenn der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der **Verdacht** eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche **Vertrauen zerstört** (BAG, Urt. v. 13.3.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809). Dies kann zum einen als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zur Rechtfertigung einer **außerordentlichen (Verdachts-)Kündigung** führen. Zum anderen ist auch eine (ggf. hilfsweise ausgesprochene) **ordentliche Verdachtskündigung** denkbar, bei der es sich stets um eine personenbedingte Kündigung handelt, wobei die Kündigung nur dann durch den bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers bedingt ist, wenn das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist, – wäre es erwiesen – auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte, sodass im Hinblick auf den Kündigungsgrund die **Anforderungen an die fristgerechte Verdachtskündigung den Anforderungen an eine fristlose Verdachtskündigung entsprechen** (BAG, Urt. v. 31.1.2019 – 2 AZR 426/18, a.a.O.; KLINKHAMMER, ArbRAktuell 2020, 7; vertiefend zur Verdachtskündigung und ihren Problemen EYLERT, NZA-RR 2014, 393).

Die Voraussetzungen einer außerordentlichen verhaltensbedingten Verdachtskündigung sind u.a.:

1. **Dringender Verdacht einer Straftat oder schweren Pflichtverletzung,**
2. **Sachverhaltsaufklärung, insb. fristengebundene Anhörung des Arbeitnehmers binnen einer Woche,**
3. **Interessenabwägung** zugunsten des Arbeitgebers und
4. **Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist** nach § 626 Abs. 2 BGB (**Zwei-Wochenfrist**).

Vor allem die **Ermittlung und Aufklärung des Kündigungssachverhalts**, einschließlich der Anhörung des Arbeitnehmers einerseits und die sorgfältige Einführung und **Darlegung von Indiztatsachen** zur Begründung eines dringenden Tatverdachts in den Kündigungsschutzprozess andererseits, sind und bleiben die entscheidenden **Stellschrauben in der Praxis**. Hier entscheidet sich die (Un-)Wirksamkeit der Verdachtskündigung (vgl. EYLERT, NZA-RR 2014, 393).

X. Fazit

Ob bestimmte Verhaltensweisen Pflichtverstöße darstellen und eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, muss **immer einzelfallbezogen** geprüft und festgestellt werden. Gleichwohl handelt es sich bei der verhaltensbedingten Kündigung um kein „Buch mit sieben Siegeln“, wie die vorstehenden aktuellen, im Fluss der Entwicklung befindlichen Beispiele zeigen. Allerdings muss der **Arbeitgeber vor dem Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung** „seine Hausaufgaben machen“, d.h. die **Kündigung sorgfältig und zeitnah** (auch durch Ausspruch vorheriger, einschlägiger Abmahnungen) **vorbereiten**, die nötigen **Verfahrensschritte** – wie etwa die Anhörung des Arbeitnehmers – kennen und sowohl **rechtssicher** als auch **fristgerecht** (§ 626 Abs. 2 BGB) **umsetzen** sowie **Sonderkündigungsschutztatbestände** ebenso wie **Mitbestimmungsrechte** beachten. Dieses beträchtliche und komplexe arbeitsrechtliche Pflichtenprogramm erfordert sowohl **tragfähige Strukturen und Abläufe** als auch entsprechend geschultes, **qualifiziertes Personal im HR-Bereich**, dass in der Lage ist, die mit einer verhaltensbedingten Kündigung einhergehenden An- und Herausforderungen in der Praxis zu meistern. Wer glaubt, ohne Sachkenntnis und Erfahrung wirksam und erfolgreich verhaltensbedingt kündigen zu können, wird oft vor den Arbeitsgerichten verbunden mit hohen Verfahrens- und Annahmeverzugskosten sowie nach einer langen Verfahrensdauer eines Besseren belehrt.