

Beck Professionell

Wie kündige ich richtig?

Leitfaden für den Arbeitgeber

von
Bernhard Striegel

1. Auflage

Wie kündige ich richtig? – Striegel

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Einzelne arbeitsrechtliche Gesetze: Allgemeines – Arbeitsrecht



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65569 2

beck-shop.de

Der Arbeitnehmer kann seine Leistungspflicht nicht willkürlich selbst definieren. Er darf das **Verhältnis von Leistung und Gegenleistung** nicht einseitig nach freiem Belieben bestimmen. Er muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Ob er dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektiver Kriterien nur schwer zu erkennen. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbringt, muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft. In einer Vergleichsgruppe ist immer ein Angehöriger der Gruppe das „Schlusslicht“. Das kann seine Ursache entweder darin haben, dass alle anderen besonders leistungsstark sind oder dass der gruppenschwächste Arbeitnehmer besonders leistungsschwach ist. Aber das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichten Mittelwerts ist oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis darauf, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären (BAG Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02).

Nicht jede **Minder- oder Schlechtleistung** des Arbeitnehmers ist auch kündigungsrelevant! Ob eine Leistung als Schlecht- oder Minderleistung anzusehen ist, wird nach dem zugrundeliegenden Arbeitsvertrag beurteilt. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag nach Qualität und Quantität nicht näher beschrieben, richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Dabei ist kein objektiver Maßstab anzusetzen. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich immer an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers (BAG Urteil vom 17.1.2008 – 2 AZR 536/06).

Achtung!

Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Er muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Nicht weniger, aber auch nicht mehr.



Ein Arbeitnehmer genügt aber grundsätzlich seiner Vertragspflicht, wenn er unter **angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit** arbeitet. Kennt der Arbeitgeber lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt es, wenn die Leis-

tungen des Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten oder die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit erheblich überschreiten. Dann ist es Sache des Arbeitnehmers, zu erklären, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Legt der Arbeitgeber dies dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft. Trägt der Arbeitnehmer derartige Umstände nicht vor, gilt das Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden. Es ist dann davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft (BAG Urteil vom 17.1.2008 – 2 AZR 536/06; BAG Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02).

Absolute Bezugsgrößen im Hinblick auf die Fehler eines Arbeitnehmers – zB dass bei einer doppelten oder mehrfachen Fehlerquote ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund angenommen werden kann – gibt es nicht. Je nach Art der Tätigkeit und der dabei möglicherweise auftretenden Fehler kann diesen ein sehr unterschiedliches Gewicht zukommen. Es gibt Tätigkeiten, bei denen bereits ein einmaliger Fehler derart weitreichende Konsequenzen hat, dass eine Vertragspflichtverletzung eher anzunehmen ist. Es gibt aber auch Tätigkeiten, bei denen Fehler kaum zu vermeiden und vom Arbeitgeber deshalb hinzunehmen sind, weil ihre Folgen das Arbeitsverhältnis nicht allzu stark belasten. Deshalb ist über die bloße Betrachtung der Fehlerhäufigkeit hinaus immer eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der konkreten Arbeitsanforderungen und der konkreten Gegebenheiten des Arbeitsplatzes geboten. Die Prüfung hat sich dabei immer an einem Maßstab zu orientieren, ob und in welchem Umfang das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt ist. Dies ist vom Arbeitgeber anhand der tatsächlichen Fehlerzahl sowie der Art, der Schwere und der Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des betreffenden Arbeitnehmers näher darzulegen. Hierbei muss er insbesondere darlegen, welche betrieblichen Beeinträchtigungen durch die konkret darzulegenden Fehler verursacht werden und dass es sich dabei nicht lediglich um Fehler handelt, die trotz einer gewissen Häufigkeit angesichts der konkreten Umstände der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber hinzunehmen sind (BAG Urteil vom 17.1.2008 – 2 AZR 536/06).

Achtung!

Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Schlecht- oder Minderleistung ist grundsätzlich immer eine Abmahnung. Lesen Sie weiter zu den Voraussetzungen einer wirksamen Abmahnung ab Seite 145.

Eine personenbedingte Kündigung wegen Schlecht- oder Minderleistungen setzt nicht den Verstoß des Arbeitnehmers gegen eine Leistungspflicht voraus. Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechnete Erwartung des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein **Festhalten an dem Arbeitsvertrag unzumutbar** wird (BAG Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02).

Beispiel:

Der Außendienstmitarbeiter einer Unternehmensberatung wird mit der Auftragsakquise beauftragt. Er bleibt jedoch über einen längeren Zeitraum hinweg völlig erfolglos. Auch nach zwei entsprechenden Abmahnungen kann er keinen einzigen Geschäftsabschluss vorweisen. Dabei hat er sich zwar ausreichend bemüht, durch zahlreiche Kundenbesuche zu Geschäftsabschlüssen zu kommen, sodass verhaltensbedingte Gründe nicht vorliegen. Der Arbeitgeber kann jedoch nach dem gesamten Verlauf des Arbeitsverhältnisses davon ausgehen, dass sein Außendienstmitarbeiter persönlich ungeeignet ist, Geschäfte in einem Umfang zu akquirieren, die seine Vergütung auch nur annähernd rechtfertigt. Aufgrund der erfolglosen Bemühungen zu irgendeinem Geschäftsabschluss zu gelangen, kann er weiter davon ausgehen, dass die Erfolglosigkeit anhalten wird. Weil auch der Außendienstmitarbeiter keinen nachvollziehbaren Grund für seine Erfolglosigkeit vorbringen kann, darf der Arbeitgeber von der fehlenden persönlichen Eignung ausgehen und eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung aussprechen (nach BAG Urteil vom 3.6.2004 – 2 AZR 386/03).

Hinweis:

Ob die Kündigung wegen Minderleistung als verhaltensbedingte oder als personenbedingte Kündigung begründet wird, muss bei der Formulierung des Schreibens nicht berücksichtigt werden. Der Grund sollte in das Schreiben nicht mit aufgenommen werden. Verwenden Sie bei einer ordentlichen Kündigung bitte das Muster auf Seite 81.

beck-shop.de

b. Druckkündigung

Von einer Druckkündigung wird gesprochen, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen (BAG Urteil vom 31.1.1996 – 2 AZR 158/95). Dritte können sowohl Kunden als auch ein Großteil der Arbeitnehmerschaft sein. Als Nachteile für den Betrieb kommen zB Streik, Eigenkündigungen der Arbeitnehmer oder der Abbruch von Geschäftsbeziehungen durch Kunden in Betracht.



Beispiel:

Die Werbeagentur arbeitet nahezu ausschließlich für einen Großauftraggeber. Einer der beiden Werbegrafiker überwirft sich mit der Geschäftsführung des Auftraggebers. Im Rahmen einer Besprechung der neuesten Entwürfe beschimpft der Grafiker die beiden Geschäftsführer als „Nazis, die keine Ahnung von Kunst haben“. In der aufgeheizten Stimmung fallen weitere grobe Beleidigungen. Nach der Besprechung erklären die Geschäftsführer des Kunden gegenüber dem Inhaber der Werbeagentur, dass sie mit diesem Werbegrafiker auf keinen Fall mehr zusammenarbeiten werden. Weil sie eine gedeihliche Zusammenarbeit für unmöglich erachten, wenn sie den Werbegrafiker auch nur noch einmal zu Gesicht bekommen, kündigen sie an, das Auftragsverhältnis unverzüglich zu beenden, wenn das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt wird. Weil der Inhaber der Werbeagentur befürchtet, seinen Hauptauftraggeber zu verlieren, erklärt er die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.



Druckkündigung:

Bei der Druckkündigung sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

- Das Verlangen des Dritten ist gegenüber dem Arbeitgeber durch ein Verhalten des Arbeitnehmers oder einen in dessen Person liegenden Grund objektiv gerechtfertigt.
- Es fehlt an einer objektiven Rechtfertigung der Kündigung.

Ist das Verlangen des Dritten **objektiv gerechtfertigt**, liegt es im Ermessen des Arbeitgebers, ob er eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung ausspricht. Allein der von Dritten ausgeübte Druck macht die Kündigung nicht unwirksam. Nur mit dem Druck kann die Kündigung aber auch nicht begründet werden. Es bedarf vielmehr eines personen- oder verhaltensbedingten Grundes.

Hinweis:

Lesen Sie hierzu weiter zur verhaltensbedingten Kündigung ab Seite 107 oder zur personenbedingten Kündigung ab Seite 93.

Fehlt es an einer **objektiven Rechtfertigung der Drohung**, kommt eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen in Betracht, wobei das bloße Verlangen Dritter, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen, nicht ohne Weiteres geeignet ist eine Kündigung zu rechtfertigen. Der Arbeitgeber muss sich zunächst einmal schützend vor den Arbeitnehmer stellen und alles Zumutbare tun, um die Dritten von ihrer Drohung abzubringen. Nur wenn er damit scheitert, kann in wenigen Ausnahmefällen eine Druckkündigung gerechtfertigt sein, wenn schwere Nachteile für den Betrieb drohen und der Arbeitgeber sie durch die Kündigung abwenden kann (BAG Urteil vom 19.6.1986 – 2 AZR 563/85).

An die Zulässigkeit einer **objektiv nicht gerechtfertigten Druckkündigung** hat die Rechtsprechung strenge Anforderungen gestellt. Dem Verlangen der Belegschaft bzw. eines Teils der Belegschaft, einen Arbeitnehmer zu entlassen, darf der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres nachgeben, um Unannehmlichkeiten aus dem Weg zu gehen. Der Arbeitgeber muss sich in diesem Fall aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht schützend vor den betroffenen Arbeitnehmer stellen und alles Zumutbare versuchen, die Belegschaft von ihrer Drohung abzubringen. Nur wenn daraufhin trotzdem ein Verhalten in Aussicht gestellt wird – zB Streik oder Massenkündigung – und dadurch schwere wirtschaftliche Schäden für den Arbeitgeber drohen, kann die Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Dabei ist es jedoch eine Voraussetzung, dass die Kündigung das einzige praktisch in Betracht kommende Mittel ist, um die Schäden abzuwenden. Diese Grundsätze sind auch dann anzuwenden, wenn Kunden des Arbeitgebers die Entlassung des Arbeitnehmers unter Androhung des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen verlangen (BAG Urteil vom 19.6.1986 – 2 AZR 563/85).

Achtung!

Eine Druckkündigung ist nur in absoluten Ausnahmefällen gerechtfertigt. Beachten Sie dabei auch immer, dass eine schwere wirtschaftliche Schädigung drohen muss und ggf. Arbeitnehmer oder Kunden als Zeugen vor Gericht aussagen müssen.



**Hinweis:**

Neben dem allgemeinen Kündigungsschutz, der in diesem Kapitel behandelt wurde, müssen Sie unbedingt überprüfen, ob auch ein besonderer Kündigungsschutz besteht. Lesen Sie zum besonderen Kündigungsschutz ab Seite 153. Anhand der Checkliste können Sie schnell prüfen, ob ein Sonderkündigungsschutz zu beachten ist.

Die Abmahnung

In der Regel ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer vor dem Ausspruch einer Kündigung wegen vertragswidrigem Verhalten die Pflichtwidrigkeit seines Handelns hinreichend deutlich vor Augen zu halten und ihn so darauf hinzuweisen, dass im Wiederholungsfall eine Kündigung droht. Er muss den Arbeitnehmer **rügen und warnen**. Der Arbeitnehmer soll durch diese Abmahnung die Möglichkeit haben, sein Verhalten zu korrigieren, bevor ihm eine Kündigung ausgesprochen wird.

Beispiel:

Der Kurierfahrer ist unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen. Er hat sich weder dienstunfähig gemeldet noch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Eine verhaltensbedingte Kündigung wegen vertragswidrigem Verhalten ist (noch) ausgeschlossen, weil der Arbeitnehmer zunächst im Rahmen einer Abmahnung darauf hingewiesen werden muss, dass derartige Vertragsverstöße nicht geduldet werden und beim nächsten Mal die Kündigung droht.



Für die Abmahnung ist es unerheblich, ob das beanstandete Verhalten subjektiv vorwerfbar ist. Es reicht aus, wenn ein **objektiver Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten** gerügt wird (BAG Urteil vom 11.12.2001 – 9 AZR 464/00).

**Achtung!**

Wenn der Arbeitgeber wegen eines Vertragsverstößes eine Abmahnung ausspricht, verzichtet er für diesen Fall des Pflichtverstößes auf sein Recht, eine Kündigung zu erklären. Aus dem gleichen Grund kann nicht gleichzeitig eine Abmahnung und eine Kündigung erklärt werden.

Berechtigt eine Abmahnung auszusprechen, sind nicht nur der Arbeitgeber oder die kündigungsberechtigten Personen, sondern alle Mitarbeiter, die befugt sind, verbindliche Anweisungen bezüglich des Ortes, der Zeit sowie der Art und Weise der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu geben (BAG Urteil vom 18.1.1980 – 7 AZR 75/78).

**Achtung!**

Ein Arbeitnehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, gegen eine Abmahnung vorzugehen. Unterlässt er es, die Berechtigung der Abmahnung gerichtlich überprüfen zu lassen, kann er trotzdem in einem späteren Kündigungsschutzprozess den Inhalt der Abmahnung bestreiten. Dann muss der Arbeitgeber die Richtigkeit der abgemahnten, aber bestrittenen Pflichtwidrigkeit beweisen. Hierin liegt ein großes Risiko für den Arbeitgeber: Die Kündigung kann nämlich nur dann Bestand haben, wenn auch die zeitlich vielleicht schon viele Monate zurückliegende Abmahnung ebenfalls gerechtfertigt war. Aufgrund des Zeitablaufs ist es dann oft schwer, diesen Beweis zu führen.

Allerdings ist nicht jede Vorhaltung des Arbeitgebers auch eine Abmahnung. **Belehrungen, Ermahnungen oder Verwarnungen** sind Vorstufen der Abmahnung. Sie enthalten im Gegensatz zur Abmahnung keine Kündigungsandrohung und sind deshalb kündigungsrechtlich ohne Bedeutung.

I. Wann ist eine Abmahnung erforderlich und wann entbehrlich?

Eine Abmahnung ist erforderlich bei einem **Fehlverhalten im Leistungsbereich** und **grundsätzlich auch bei einem solchen im Vertrauensbereich**. Sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung für eine auf vertragswidriges Verhalten gestützte Beendigungskündigung oder Änderungskündigung. Dies gilt sowohl für die außerordentliche als auch für die ordentliche Kündigung. Bei personenbedingten Störungen