

Abmahnung und verhaltens- oder leistungsbedingte Kündigung

Bernhard Debong, Karlsruhe¹

Verhältnismäßigkeit – Ein Grundprinzip des Kündigungsrechts

Nach § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer rechtsunwirksam, wenn sie „sozial ungerechtfertigt“ ist. Das Gesetz bringt damit die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer, für die das Arbeitsverhältnis regelmäßig die Grundlage zur Erzielung des Lebensunterhalts darstellt, vor einer ungerechtfertigten arbeitgeberseitigen Kündigung zum Ausdruck. Zugleich klingt damit die Programmatik des Kündigungsschutzgesetzes an, einen sozialen Ausgleich zwischen dem Interesse der Arbeitnehmer am Bestandsschutz für ihr Arbeitsverhältnis und dem berechtigten Interesse der Arbeitgeber zu finden, sich notfalls von einem Arbeitnehmer trennen zu können, der seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht mehr erfüllen kann oder will.

Die arbeitgeberseitige Kündigung muss sich – auch dies Ausdruck der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer – am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen². Dies bedeutet, dass eine Kündigung sowohl im Hinblick auf dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, als auch als Reaktion auf Leistungsstörungen immer nur das äußerste Mittel, die ultima ratio, darstellen kann. Ausdruck dieses Verhältnismäßigkeitsprinzips ist auch das grundsätzliche Erfordernis, vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung, den Arbeitneh-

mer abmahnen zu müssen. Eine im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes erklärte verhaltensbedingte Kündigung ohne vorherige Abmahnung des Arbeitnehmers ist daher grundsätzlich unwirksam³.

Abmahnung

Die Abmahnung erfüllt eine doppelte Funktion: Mit ihr missbilligt der abmahnde Vertragspartner – in der Regel der Arbeitgeber – ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teils (Ermahnungsfunktion). Zugleich bringt der Abmahnde seine Absicht zum Ausdruck, im Wiederholungsfall das Vertragsverhältnis durch Kündigung zu beenden (Warnfunktion)⁴. Die Abmahnung ist also der berühmte „Schuss vor den Bug“, mit dem der vertragsuntreue Partner dazu gebracht werden soll, sich künftig vertragskonform zu verhalten, während ihm gleichzeitig warnend vor Augen geführt wird, dass er bei einer Wiederholung des vertragswidrigen Verhaltens den Bestand seines Arbeitsverhältnisses riskiert.

Ein Arbeitgeber, der gleichartige Pflichtverletzungen mehrfach abmahnt, läuft Gefahr, durch diese Wiederholung die Warnfunktion der Abmahnung zu schwächen⁵. Die Folge eines solchen geradezu kontraproduktiven Verhaltens ist, dass eine am Ende einer solchen Kette von Abmahnungen erklärte Kündigung nicht wirksam ist, weil der Arbeitnehmer sich mit Erfolg darauf berufen kann, er habe angesichts des Vorverhaltens des Arbeitgebers allen-

falls mit einer erneuten Abmahnung, keinesfalls aber nunmehr mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen müssen.

Die aufgezeigte Doppelfunktion bestimmt den notwendigen Inhalt einer Abmahnung: Der Abgemahnte muss aus dem Vorwurf in der Abmahnung zweifelsfrei entnehmen können, welches Verhalten von ihm in Zukunft erwartet wird und mit welchen Sanktionen er rechnen muss, wenn er sich nicht entsprechend verhält.

Nicht jede leistungs- oder verhaltensbedingte Störung rechtfertigt eine Abmahnung. Auch eine Abmahnung unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weshalb Bagatelverstöße nicht abgemahnt werden dürfen. Hier kommen als mildere Mittel der kollegiale Ratschlag, die Belehrung, Vorhaltungen, Ermahnungen, Verwarnungen oder Verweise in Betracht⁶. Diesen Vorstufen ist insbesondere gemeinsam, dass ihnen die Kündigungsandrohung fehlt. Sie können also die mit einer Abmahnung verbundene Warnfunktion nicht erfüllen und diese daher kündigungsrechtlich auch nicht ersetzen.

1 Rechtsanwalt Dr. Bernhard Debong, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Medizinrecht, Kanzlei für ArztRecht, Fiduciastraße 2, 76227 Karlsruhe

2 vgl. dazu näher Oetker, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Auflage 2010, § 1 KSchG Rdnr. 74 ff.

3 Oetker a.a.O. Rdnr. 196 ff.

4 vgl. dazu näher Küttner/ Eisemann, Personalbuch 2009 Stichwort Abmahnung Rdnr. 1

5 Küttner/ Eisemann, a.a.O. Rdnr. 22

6 so Küttner/ Eisemann a.a.O. Rdnr. 6

Auf der anderen Seite gibt es Fallkonstellationen, in welchen eine Abmahnung von vornherein entbehrlich ist: schwerwiegende Pflichtverletzungen insbesondere im sog. Vertrauensbereich wie z.B. betrügerisches Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber, vor allem auch Unredlichkeiten gegenüber dem Krankenhausträger im Zusammenhang mit der Abführung von Liquidationsabgaben, grobe Beleidigungen von Vorgesetzten oder Arbeitgebern, unsittliches Verhalten gegenüber Mitarbeitern, der Verrat von Betriebsgeheimnissen usw.⁷ In diesen Fällen kann auch ohne vorangegangene Abmahnung wirksam gekündigt werden. Gleiches gilt bei personenbedingten Störungen wie z.B. einer krankheitsbedingten Kündigung, weil eine Abmahnung in diesen Fällen sinnlos wäre. Eine Abmahnung ist als Voraussetzung für eine wirksame Kündigung auch dann entbehrlich, wenn sie keinen Erfolg verspricht, etwa weil der Arbeitnehmer hartnäckig und uneinsichtig seine Vertragspflichten bewusst verletzt.

Grundsätzlich müsste auch ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber abmahnen, bevor er wegen eines Verhaltens des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis kündigt. Da der Arbeitgeber aber keinen Kündigungsschutz genießt, hat die Abmahnung des Arbeitnehmers praktische Bedeutung nur, wenn dieser eine außerordentliche (fristlose) Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Erwägung ziehen sollte. Will er gar im Anschluss hieran wegen einer durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlassten Kündigung Schadensersatzansprüche ge-

mäß § 628 Abs. 2 BGB geltend machen, setzt dies eine wirksame außerordentliche Kündigung und diese wiederum regelmäßig eine vorherige Abmahnung des Arbeitgebers voraus.

Auf Arbeitgeberseite kann auch abmahnen, wer nicht zur Kündigung berechtigt ist. Abmahnungsberechtigt ist grundsätzlich jeder, der dem Arbeitnehmer gegenüber weisungsbefugt ist. Daher kann grundsätzlich auch der Chefarzt seine nachgeordneten Ärzte abmahnen⁸. Von dieser Befugnis sollte der Chefarzt aber nur nach vorheriger Abstimmung mit dem Krankenhausträger Gebrauch machen. Denn wenn der Arbeitgeber die vom Chefarzt ausgesprochene Abmahnung nicht zur Personalakte des abgemahnten Mitarbeiters nimmt, geht die Abmahnung ins Leere. Andererseits muss der Krankenhausträger die vom Chefarzt erklärte Abmahnung in einem etwaigen arbeitsgerichtlichen Verfahren verteidigen, wenn der abgemahnte Arbeitnehmer auf Rücknahme der Abmahnung und/oder Entfernung aus der Personalakte klagen sollte.

Rechtsschutz bei Abmahnungen

Ein abgemahnter Arbeitnehmer hat unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten, sich gegen eine un gerechtfertigte Abmahnung zur Wehr zu setzen. Im Regelfall ist es aus der Sicht eines abgemahnten Arbeitnehmers nicht angezeigt, Beseitigung und Rücknahme einer ungerechtfertigten Abmahnung zu verlangen und notfalls mit diesem Ziel das Arbeitsgericht anzurufen. Käme nämlich der Arbeitsrichter entgegen der Auffassung des Arbeitnehmers zu dem Ergebnis, dass die Abmahnung gerechtfertigt ist, ist diese Feststellung (unnötig) gerichtlich zementiert, zumal der Arbeitnehmer nach einer gewissen Wohlverhaltensphase auch die Entfernung einer ursprünglich ge-

rechtfertigten Abmahnung aus seiner Personalakte verlangen kann. Da der Arbeitnehmer andererseits die Rechtfertigung der Abmahnung noch in einem späteren Kündigungsschutzprozess, sollte es jemals hierzu kommen, bestreiten kann, wird er im Regelfall eine Gegendarstellung zur Personalakte reichen und sich darin die Geltendmachung weiterer Rechte etwa für den Fall eines späteren Kündigungsschutzprozesses vorbehalten. In die Entscheidung, wie auf eine Abmahnung reagiert werden soll, muss der abgemahnte Arbeitnehmer auch den Umstand mit einbeziehen, dass auf den Sachverhalt, den der Arbeitgeber zum Anlass einer Abmahnung genommen hat, nur bei erneuter gleichartiger Pflichtverletzung eine Kündigung gestützt werden kann⁹. Mit anderen Worten: Die Abmahnung verbraucht den Kündigungsgrund. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach der Abmahnung regelmäßig die Möglichkeit zu einer Änderung des Verhaltens geben muss. Der Arbeitgeber kann also grundsätzlich nicht im unmittelbaren Anschluss an eine Abmahnung das Arbeitsverhältnis wegen einer dem Arbeitgeber erst nach der Abmahnung bekannt gewordenen Pflichtverletzung, die allerdings vor Erteilung der Abmahnung begangen wurde, wirksam kündigen.

Verhaltensbedingte Kündigung

Kommt es trotz einer vorangegangenen Abmahnung zu einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus einem Grund, der in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegt, kündigen. Gleiches gilt auch ohne vorherige Abmahnung, wenn eine nicht abmahnungsbedürftige – in der Regel schwerwiegende – Pflichtverletzung vorliegt.

Die Bandbreite der potentiellen Gründe für eine verhaltensbedingte

7 vgl. dazu auch die Beispielfälle bei Oetker a.a.O. § 1 KSchG Rdnr. 210

8 Steffen, Worüber kann der Chefarzt selbstständig entscheiden?, *ArztR* 1995, 263 ff., 265 f.

9 KR-Fischermeier, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz*, 9. Auflage 2009, § 626 BGB, Rdnr. 281

Kündigung ist sehr weit. Sie reicht von Fällen der Arbeitsverweigerung über Schlechtleistungen, wie z.B. das Begehen von Behandlungsfehlern, über Unkorrektheiten im Hinblick auf Eigentum oder Vermögen des Arbeitgebers, die Verletzung von Loyalitätspflichten bis hin zum Begehen von Straftaten. Wiegt der Kündigungsgrund so schwer, dass dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht (mehr) zugemutet werden kann, kommt auch eine außerordentliche (fristlose) Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 BGB in Betracht.

Hat der Arbeitgeber eine unwirksame Kündigung erklärt, ist das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Liegen jedoch Gründe vor, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen, kann das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung an den Arbeitnehmer auflösen (§ 9 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz). Eine solche gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses setzt kein schuldhaftes Verhalten des betroffenen Arbeitnehmers voraus¹⁰.

Personenbedingte Kündigung

Hat der Arbeitnehmer seine Fähigkeiten oder seine Eignung verloren,

die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder zum Teil zu erbringen, kann dies die personenbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Da die personenbedingte Kündigung keinen Schuldvorwurf an die Adresse des Arbeitnehmers erfordert, setzt die Wirksamkeit einer solchen Kündigung voraus, dass neben der Störung bei der Leistungserbringung noch die betrieblichen und wirtschaftlichen Belange des Arbeitgebers konkret und erheblich beeinträchtigt werden¹¹. Der praktisch wichtigste Fall der personenbedingten Kündigung ist der der krankheitsbedingten Kündigung¹². Hierzu hat die Rechtsprechung unterschiedliche Wirksamkeitsanforderungen entwickelt, je nachdem ob die Kündigung wegen einer lang andauernden Erkrankung, wegen häufiger Kurzerkrankungen oder wegen krankheitsbedingter Leistungsminderungen des Arbeitnehmers erklärt wird. Auch kann das Fehlen einer Approbation oder Berufsausübungserlaubnis gemäß §§ 2, 10 Bundesärzteordnung die personenbedingte Kündigung eines Arztes rechtfertigen, weil dieser wegen der fehlenden Berufsausübungserlaubnis nicht (mehr) beschäftigt werden darf¹³.

Rechtsschutz gegen ungerechtfertigte Kündigungen

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, muss er innerhalb von drei Wochen nach

Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist (§ 4 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz). Bei Nichteinhaltung dieser Drei-Wochen-Frist riskiert der Arbeitnehmer, dass das Arbeitsgericht seine Klage ohne Sachprüfung abweist, so dass die Kündigung trotz etwaiger Sozialwidrigkeit das Arbeitsverhältnis beendet. Die Zulassung verspäteter Klagen kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben (§ 5 Kündigungsschutzgesetz).

10 KR-Spilger, a.a.O. § 9 KSchG Rdnr. 57

11 Oetker a.a.O. § 1 KSchG Rdnr. 103

12 Oetker a.a.O. § 1 KSchG Rdnr. 110 ff.; Küttner/ Eisemann a.a.O. Stichwort Kündigung, personenbedingte Rdnr. 7 ff.

13 Oetker a.a.O. § 1 KSchG Rdnr. 158