

## Wer zu spät kommt...

Boris Bogner (B) betreibt in Berlin ein Speditionsunternehmen mit 8 Mitarbeitern, denen bislang das zur Bildung eines Betriebsrats nötige Engagement fehlte. Als Mitte 2003 die Auftragszahlen immer weiter zurückgehen, muss er den Mitarbeiter Wirbel (W) entlassen.

Ute Unger (U) ist 42 Jahre alt und seit Februar 1983 bei B als Sekretärin beschäftigt. Ihre Arbeitszeit erstreckt sich laut Arbeitsvertrag werktätlich von 09.00 Uhr bis 15.00 Uhr. Bislang stand sie in dem Ruf, die „treue Seele“ im Verwaltungsbüro des Unternehmens zu sein, und kam stets pünktlich zur Arbeit. Lediglich im Sommer 1989 und im Herbst 2003 war sie jeweils zweimal zu spät gekommen. Hierfür hatte B sie jeweils ordnungsgemäß abgemahnt.

Am 25.02.2004 erscheint U erst um 09.10 Uhr zur Arbeit. Ihr direkter Vorgesetzter Viktor Vogel (V), der seit zehn Minuten auf sie gewartet hat, herrscht sie bei ihrer Ankunft barsch an, daß sie doch inzwischen wissen müsse, daß die Arbeitszeit um 09.00 Uhr beginne, sie also jetzt zu spät zur Arbeit komme. U solle in Zukunft gefälligst um 09.00 Uhr erscheinen, sonst lasse die Kündigung nicht lange auf sich warten. Sie kenne ja B und seine Ansichten zur Genüge.

Am 01.04.2004 stellt B den Sachbearbeiter Zenk (Z) ein.

Am 15.04.2004 ruft U im Betrieb an um mitzuteilen, daß sie erst gegen 10.30 Uhr kommen könne. Ihrer fünfjährigen Tochter sei plötzlich übel geworden. Da auch keine andere Person zur Beaufsichtigung und Pflege erreichbar sei, könne sie ihre Tochter jetzt nicht allein lassen.

Am 18.04.2004 kommt U erst gegen 10.30 Uhr zur Arbeit. Sie erklärt B, ihr Wecker habe an diesem Morgen nicht geklingelt. B übergibt ihr daraufhin am 20.04.2004 ein Schreiben mit der Überschrift „Abmahnung“. Darin teilt er U mit, daß sie am 15.04.2004 beziehungsweise am 18.04.2004 jeweils erst um 10.30 Uhr erschienen sei. Dies stelle einen Verstoß gegen den Arbeitsvertrag dar, denn die tägliche Arbeitszeit der U beginne um 09.00 Uhr. Bei weiteren Verstößen müsse sie mit „arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur Kündigung“ rechnen.

Als U am 08.09.2004 erneut erst gegen 11.20 Uhr zur Arbeit erscheint, weil sie verschlafen hat, übergibt ihr B gleich am Eingang ein Schreiben folgenden Inhalts:

„Werte Frau U, wir kündigen Ihnen zum 01.04.2005. Mit freundlichen Grüßen, B“.

**Frage 1:** Am 15.09.2004 legt U Kündigungsschutzklage ein. Sie rügt ausdrücklich, daß ein Kündigungsgrund nicht bestehe, jedenfalls durch B nicht genannt worden sei. Mit Erfolg?

Im Lager des B wird ein mobiler Kran eingesetzt, der zum Heben schwerer Pakete dient. Er muß jeweils neben den zu be- oder entladenden LKW gefahren werden. Der Kran läßt sich wie ein Auto lenken. Zur Bedienung eines solchen Krans ist laut Gesetz neben dem Kfz-Führerschein ein spezieller Kran-Schein vorgeschrieben. Der Kranführer Kurt Kramer (K) ist seit 22 Jahren bei B beschäftigt und Inhaber eines Kranscheins. Er ist zwar dafür bekannt, daß er in seiner Freizeit gelegentlich „tief in die Flasche schaut“, während der Arbeit hat er bisher jedoch nie getrunken. Am Samstag, den 08.03.2004 feiert K seinen 50. Geburtstag ausgiebig in seiner Stammkneipe. Anschließend fährt er mit seinem Auto nach Hause. Er wird von einer Polizeistreife angehalten, die bei ihm 1,2 Promille Blutalkohol feststellt. K verliert seinen Führerschein sofort.

Als B, der gerade mit der Planung für die schon in der folgenden Woche neu zu besetzende Pfortnerstelle beschäftigt ist, hiervon hört, teilt er K mit, daß er ihm kündigen wolle. Von dem Kran im Lager gehe eine große Gefahr für die anderen Lagerarbeiter aus. Ein unvorsichtiges Schwenken mit dem Kranhaken könne andere Arbeiter ohne weiteres tödlich verletzen. Es müsse daher sichergestellt sein, daß ein stets zuverlässiger Kranfahrer den Kran bediene.

**Frage 2:** Kann B, der seinen guten Ruf bei der Arbeitnehmerschaft nicht verlieren will und daher eine außerordentliche Kündigung kategorisch ausschließt, K wirksam kündigen?

**Lösung Kündigungsschutzklage**

Die Kündigungsschutzklage der U ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

**A) Zulässigkeit**

**Beachte:** Die Zulässigkeit einer arbeitsgerichtlichen Klage ist absoluter Standard und daher ein undankbarer Teil der Klausur, der in der Regel keine Schwerpunkte enthält. Besonders gute, ausführliche Ausführungen werden nicht belohnt, Fehler werden mit Punktabzug bestraft.

Es ist anzuraten, die Gliederungspunkte und dazugehörigen Formulierungen *auswendig* zu lernen, um in der Klausur weder Zeit noch Punkte zu verlieren und sich auf die Begründetheit konzentrieren zu können.

**I) Rechtsweg**

Es handelt sich hier um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, so daß der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gemäß § 2 I Nr. 3 b ArbGG eröffnet ist.

**II) Verfahren**

Das Arbeitsgericht entscheidet gemäß § 2 V i.V.m. §§ 46 ff. ArbGG im Urteilsverfahren.

**Beachte:** Neben dem Urteilsverfahren gibt es vor den Arbeitsgerichten noch das sog. *Beschlußverfahren*. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ergibt sich hier aus dem Katalog des § 2 a I ArbGG, welcher insbesondere Materien des *kollektiven* Arbeitsrechts umfasst. Die speziellen Regelungen des Beschlußverfahrens sind in den §§ 2a II i.V.m. §§ 80 ff. ArbGG niedergelegt. Im übrigen finden durch die Verweisnorm des § 80 II 1 ArbGG die Vorschriften über das Urteilsverfahren (§§ 46 ff. ArbGG) entsprechende Anwendung.

**III) Instanzielle Zuständigkeit**

Im ersten Rechtszug ist gemäß § 8 I ArbGG das Arbeitsgericht zuständig.

**IV) Örtliche Zuständigkeit**

Gemäß §§ 46 II 1 ArbGG i.V.m. §§ 12,13 ZPO ist das Arbeitsgericht Berlin örtlich zuständig.

**Beachte:** Örtlich zuständig ist jeweils das Gericht, in dessen Bezirk der maßgebende Gerichtsstand des Beklagten liegt. Hierbei ist zwischen dem allgemeinen, dem besonderen und dem ausschließlichen Gerichtsstand zu unterscheiden. Im allgemeinen Gerichtsstand können alle Klagen gegen eine Person erhoben werden, sofern nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand gerade für diese Klage gegeben ist, § 12 ZPO. Im besonderen Gerichtsstand können

darüber hinaus jeweils nur bestimmte Rechtsstreitigkeiten anhängig gemacht werden. Zwischen mehreren eröffneten Gerichtsständen hat der Kläger die Wahl, § 35 ZPO.

Im Arbeitsrecht können insbesondere die besonderen Gerichtsstände des Erfüllungsorts (§ 29 I ZPO), der Niederlassung (§ 21) und der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) besondere Bedeutung erlangen.

## **V) Ordnungsgemäße**

### **Klageerhebung**

Von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung der U gemäß § 46 II 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 496, 253 ZPO ist auszugehen.

### **VI) Parteifähigkeit**

U und B sind als natürliche Personen gemäß § 1 BGB rechtsfähig und damit gemäß § 46 II 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 50 I ZPO parteifähig.

### **VII) Prozeßfähigkeit**

U und B sind als natürliche, volljährige Personen geschäftsfähig und somit prozeßfähig gemäß § 46 II 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 51, 52 ZPO.

### **VIII) besonderes**

#### **Feststellungsinteresse**

Das gemäß § 46 II 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 256 I ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse könnte sich unmittelbar aus der drohenden

Präklusionswirkung der §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG ergeben.

Da die Kündigung am 08.09.2004 zuzuging, findet das KSchG in seiner neuen, ab dem 01.01.2004 geltenden Fassung Anwendung.

Nach §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG n. F. erfasst die Präklusion 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung nicht mehr nur die soziale Rechtfertigung (so a. F.), sondern auch sämtliche außerhalb des KSchG normierten Unwirksamkeitsgründe. Zudem sind die §§ 4 S. 1, 7 KSchG von der Ausnahmeregelung des § 23 I 2, 3 KSchG ausdrücklich ausgenommen.

Somit kommt es für die Begründung des Feststellungsinteresses auch nicht mehr auf die persönliche und betriebliche Anwendbarkeit des KSchG (§§ 1 I, 23 I 2, 3 KSchG) an.

Mithin ist das Feststellungsinteresse gemäß § 46 II 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 256 I ZPO aufgrund der drohenden Präklusionswirkung der §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG gegeben.

**Beachte:** Keinesfalls ist im Rahmen der Zulässigkeit zu erörtern, ob die Frist nach §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG abgelaufen ist, da es sich hierbei um eine *materielle* Präklusionsfrist handelt, die erst im Rahmen der Begründetheit abzuhandeln ist.

Die Ausführungen zu den Auswirkungen der Änderung des KSchG, insbesondere

zum Wegfall der Prüfung der persönlichen und betrieblichen Anwendbarkeit des KSchG, sind zwecks Klarstellung zu empfehlen, da Korrektoren sonst hier die nach der *alten Rechtslage* erforderliche Erörterung der Anwendbarkeit des KSchG vermissen könnten.

## **IX) Zwischenergebnis**

Mithin ist die Kündigungsschutzklage der U zulässig.

## **B) Begründetheit**

Die Kündigungsschutzklage der U ist begründet, wenn das ursprünglich seit dem Februar 1983 mit B bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 08.09.2004 beendet wurde, sondern fortbesteht. Dies wäre der Fall, wenn die Kündigung vom 08.09.2004 unwirksam wäre.

### **I) schriftliche Kündigungserklärung**

Zunächst müßte eine schriftliche Kündigungserklärung vorliegen. B hat U am 08.09.2004 mitgeteilt, daß er das Arbeitsverhältnis zum 01.04.2005 kündigt. Diese Erklärung lässt sich inhaltlich unproblematisch als ordentliche Kündigungserklärung auslegen, §§ 133, 157 BGB.

#### **1) Mitteilung der Kündigungsgründe?**

Fraglich ist, ob es für eine ordnungsgemäße Kündigungserklärung erforderlich ist, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Kündigungsgründe

mitteilt. Gemäß § 626 II 3 BGB hat der Arbeitgeber dem Gekündigten bei einer *außerordentlichen* Kündigung nur auf dessen Verlangen den Kündigungsgrund zu nennen. Bedarf aber schon die schwerer wiegende außerordentliche Kündigung keiner Mitteilung der Kündigungsgründe, muß dies erst recht für die ordentliche Kündigung gelten.

Mangels einer gesetzlichen Verpflichtung ist es also unerheblich, daß B einen Kündigungsgrund nicht ausdrücklich genannt hat.

Beachte: Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht bei der Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen. Gemäß § 15 III BBiG ist die Begründung der Kündigung dort ein zwingendes Formerfordernis, so daß ein Verstoß gemäß § 125 BGB die Nichtigkeit der Kündigung nach sich zieht.

#### **2) Schriftform**

Schließlich ist auch die gemäß §§ 623, 126 BGB erforderliche Schriftform eingehalten.

## **II) Präklusion §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1**

### **KSchG**

Die Kündigung würde gemäß § 7 Hs. 1 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gelten, wenn U die Unwirksamkeit nicht binnen der Drei-Wochen-Frist des § 4 S. 1 KSchG gerichtlich geltend gemacht hätte. Diese materielle Präklusion würde sämtliche – auch außerhalb des KSchG

geregelte - Unwirksamkeitsgründe erfassen, ohne dass es auf die persönliche und betriebliche Anwendbarkeit des KSchG (§§ 1 I, 23 I 2 KSchG) ankäme (s. o.).

Indem U wegen der am 08.09.2004 erhaltenen Kündigung am 15.09.2004 vor dem Arbeitsgericht Berlin ihre Kündigungsschutzklage einlegte, hat sie auch die dreiwöchige materielle Präklusionsfrist eingehalten (§ 4 S. 1 KSchG, §§ 187 I, 188 II BGB), so dass die Wirksamkeitsfiktion ausscheidet.

**Beachte:** Ausführungen zum Prüfungspunkt „Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung“ sind nur zu machen, sofern Fragen der Minderjährigkeit oder Geisteskrankheit des Erklärenden oder des Empfängers, der ordnungsgemäßen Stellvertretung, der Sittenwidrigkeit der Erklärung etc. im Raum stehen.

Andernfalls entfällt der Prüfungspunkt !

### III) Ordnungsgemäße BR-Anhörung

Im Betrieb des B besteht kein Betriebsrat, so daß eine Unwirksamkeit der Kündigung mangels ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung, vgl. § 102 I 3 BetrVG, von vornherein ausscheidet.

**Beachte:** Ausführungen zum Prüfungspunkt „Besonderer Kündigungsschutz“ sind nur zu machen, sofern entsprechende Tatbestände

tatsächlich in Betracht kommen. Andernfalls entfällt der Prüfungspunkt !

In Klausuren häufig auftauchende Sätze wie „Für das Vorliegen eines besonderen Kündigungsschutzes (z. B. § 15 III KSchG, § 9 MuSchG...) liegen keine Anhaltspunkte vor.“ sind nicht nur überflüssig, sondern ärgern auch den Korrektor.

### IV) Allgemeiner Kündigungsschutz

Die Kündigung könnte jedoch gemäß § 1 I KSchG unwirksam sein, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt wäre.

#### 1) Anwendbarkeit des KSchG

Dann müsste das KSchG zunächst persönlich und betrieblich (§§ 1 I, 23 I 2, 3 KSchG) anwendbar sein.

#### a) betriebliche Anwendbarkeit, § 23 I 2, 3 Hs. 2 KSchG

Gemäß § 23 I 2 KSchG gelten die Vorschriften des 1. Abschnitts des KSchG - also insbesondere auch § 1 I KSchG (allgemeiner Kündigungsschutz) -, nicht für Betriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden. Im Betrieb des Bogner, der ursprünglich 8 Mitarbeiter beschäftigte und Mitte 2003 den W entließ und am 01.04.2004 den Z einstellte, werden 8 Arbeitnehmer beschäftigt, also grundsätzlich mehr als 5. Jedoch sind gemäß § 23 I 3 Hs. 2 die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. Dezember 2003 begonnen hat, bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten

Arbeitnehmer nach Satz 2 bis zur Beschäftigung von in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen. Danach wäre hier im Rahmen des § 23 I 2 KSchG der am 01.04.2004 eingestellte Z nicht zu berücksichtigen, da B insgesamt weniger als 10 Arbeitnehmer beschäftigt. Mithin werden im Betrieb des B gemäß § 23 I 2, 3 Hs. 2 KSchG 7 Arbeitnehmer beschäftigt, also mehr als 5, so dass dort gemäß § 23 I 2 KSchG die Vorschriften des 1. Abschnitts des KSchG gelten.

#### b) persönliche Anwendbarkeit, § 23 I 3 Hs. 1

##### i. V. m. § 1 I KSchG

Indessen gelten gemäß § 23 I 3 Hs. 1 KSchG in Betrieben, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden, die Vorschriften des 1. Abschnitts des KSchG - also insbesondere auch § 1 I KSchG (allgemeiner Kündigungsschutz) -, nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. Dezember 2003 begonnen hat. Von diesem Ausschluss wird die seit Februar 1983 bei B beschäftigte U nicht erfasst.

Da U zudem die sechsmonatige Wartezeit des § 1 I KSchG erfüllt, genießt sie auch allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG.

#### c) Zwischenergebnis

Gemäß § 1 I KSchG ist die Kündigung der U daher unwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist.

Vorliegend kommt einzig eine soziale Rechtfertigung aus verhaltensbedingten Gründen gemäß § 1 II 1 Alt. 2 KSchG in Betracht.

#### 2) Verletzung einer AV-Pflicht

Für eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen ist zunächst erforderlich, daß der Arbeitnehmer eine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt hat.

U traf die arbeitsvertragliche Pflicht, jeden Werktag um 09.00 Uhr zur Arbeit zu erscheinen. Indem sie am 08.09.2004 erst um 11.20 Uhr erschien, hat sie somit eine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt.

#### 3) Verschulden

Grundsätzlich ist für eine verhaltensbedingte Kündigung eine schuldhaft, also vorsätzliche oder fahrlässige, vgl. § 276 I BGB, Pflichtverletzung erforderlich.

U hätte pflichtgemäß ausreichend Vorsorge dafür tragen müssen, daß sie rechtzeitig ihren Arbeitsplatz erreichte. Dieser sie allein treffenden Verantwortung hätte U durch entsprechende Vorkehrungen (Wecker usw.) auch ohne weiteres gerecht werden können. Sie handelte daher jedenfalls fahrlässig.

Damit hat U den Arbeitsvertrag auch schuldhaft verletzt.

#### 4) Ultima-ratio-Prinzip

Wegen der besonderen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer als seine Einnahmequelle und damit Lebensgrundlage ist eine Kündigung nur

wirksam, wenn dem Arbeitgeber keine zumutbaren, weniger einschneidenden Maßnahmen mehr zur Verfügung stehen (sog. Ultima-ratio-Prinzip).

Als milderes Mittel kommt bei einer verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich die Abmahnung in Betracht. Eine Abmahnung soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, sich in Zukunft vertragsgerecht zu verhalten. Stellt der Arbeitnehmer sein Fehlverhalten auch nach einer Abmahnung nicht ein, wird dem Arbeitgeber eine weitere Abmahnung in der Regel unzumutbar, so daß er zur Kündigung greifen darf.

**Beachte:** Im Ausnahmefall kann eine Abmahnung aber entbehrlich sein, wenn ihr Sinn und Zweck, dem Arbeitnehmer eine zweite Chance zu geben, sowieso nicht mehr erreicht werden kann oder dies dem Arbeitgeber unzumutbar wäre.

B hat bereits mehrere „Abmahnungen“ ausgesprochen, so daß der Ausspruch einer weiteren Abmahnung unzumutbar sein könnte.

Die Abmahnungen sind jedoch nur dann zu berücksichtigen, wenn sie jeweils von einer abmahnungsberechtigten Person formell und materiell wirksam erklärt wurden und dem der Kündigung zugrunde liegenden Sachverhalt entsprechen.

#### a) Abmahnung vom 25.02.2004

Zunächst könnte das Verhalten des V vom 25.02.2004 eine Abmahnung darstellen.

Insoweit ist zunächst fraglich, ob V überhaupt abmahnungsberechtigt war.

#### aa) Abmahnungsberechtigte Person

Eine Auffassung will nur kündigungsberechtigten Personen die Fähigkeit zur Erteilung von Abmahnungen zusprechen. Nach der Gegenauffassung sind alle Mitarbeiter, die befugt sind, verbindliche Anweisungen bezüglich des Orts, der Zeit sowie der Art und Weise der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu erteilen (Direktionsrecht gemäß § 106 GewO), abmahnungsberechtigt. Die erste Ansicht stützt sich darauf, daß die in einer Abmahnung enthaltene Warnfunktion, welche eine Kündigungsandrohung darstellt, nur von Personen, die auch zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen befugt sind, erfüllt werden könne. Dem ist jedoch mit der zweiten Meinung entgegenzuhalten, daß die Zuweisung einer Vorgesetztenfunktion in der Regel die konkludente Vollmacht, Abmahnungen zu erteilen, umfassen wird. Zudem würde die betriebliche Autorität von Vorgesetzten unerträglich ausgehöhlt, würde man ihre Handlungsmöglichkeiten im Falle des Erkennens von Schlechtleistungen der Arbeitnehmer derart beschränken. Daher ist jeder zur Ausübung des Direktionsrechts befugte Vorgesetzte als abmahnungsberechtigt anzusehen.

V ist als direkter Vorgesetzter der U berechtigt, ihr gegenüber das Direktionsrecht gemäß § 106 GewO

auszuüben. Somit ist er auch abmahnungsberechtigt.

**Beachte:** Der Gesetzgeber hat das bisher aus § 315 BGB hergeleitete Direktionsrecht des Arbeitgebers seit dem 01.01.2003 in § 106 GewO ausdrücklich normiert.

#### bb) Formelle Voraussetzungen (3 Funktionen der Abmahnung)

Eine Abmahnung ist formell nur dann wirksam erteilt, wenn sie die drei Funktionen einer Abmahnung - Dokumentationsfunktion, Hinweisfunktion und Warnfunktion - erkennen läßt. Eine besondere Form ist hingegen nicht erforderlich, so daß sie auch mündlich erfolgen kann.

Indem V auf das verspätete Erscheinen der U am 25.02.2004 um 09.10 Uhr abstellte, bezog er sich auf ein inhaltlich klar individualisiertes Verhalten, so daß der Dokumentationsfunktion genüge getan war.

Er machte ebenso deutlich, daß er dieses Verhalten für vertragswidrig halte, und zeigte ihr mit dem Verweis auf den korrekten Arbeitsbeginn (09.00 Uhr) eine klare Handlungsalternative auf. Damit ist auch die Hinweisfunktion der Abmahnung erfüllt.

Schließlich hat er sie auch deutlich darauf hingewiesen, daß bei wiederholtem Fehlverhalten der gerügten Art der Inhalt oder Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet seien. Die Erklärung vom

25.02.2004 genügte somit ebenfalls der Warnfunktion.

#### cc) Materielle Voraussetzungen

Das gerügte Zuspätkommen der U stellte auch *tatsächlich* einen Verstoß gegen ihre arbeitsvertragliche Pflicht dar, so daß die Abmahnung auch materiell wirksam war.

#### dd) Gleichartigkeit der Pflichtverletzung

##### („Einschlägigkeit“)

Schließlich betrifft die Abmahnung vom 25.02.2004 mit der Unpünktlichkeit inhaltlich auch das gleiche Fehlverhalten der U, welches der Kündigung zugrunde liegt. Folglich ist die Erklärung des V vom 25.02.2004 auch einschlägig und stellt eine bei der Kündigung vom 08.09.2004 zu berücksichtigende Abmahnung dar.

#### ee) Anzahl der erforderlichen Abmahnungen

Fraglich ist, ob B bereits allein durch die Abmahnung vom 25.02.2004 das Ultima-ratio-Prinzip ausreichend beachtet hat.

Wie viele Abmahnungen einem Arbeitgeber vor der Kündigung des Arbeitnehmers zuzumuten sind, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls. Dabei sind insbesondere die Art und Schwere der Verfehlungen zu berücksichtigen. Unpünktlichkeit wird in der Regel als eher leichte Pflichtverletzung anzusehen sein. Daher folgt aus dem Ultima-ratio-Prinzip, daß eine Kündigung wegen Unpünktlichkeit regelmäßig nicht bereits nach Ausspruch nur einer einzigen Abmahnung zulässig ist.

Folglich ist zu prüfen, inwieweit die weiteren Maßnahmen des B wirksame Abmahnungen darstellten.

#### b) Abmahnung vom 18.04.2004

Als weitere Abmahnung kommt das von B ausdrücklich als „Abmahnung“ bezeichnete Schreiben vom 18.04.2004 in Betracht.

#### aa) Abmahnungsberechtigung/formelle

##### Voraussetzungen

Dieses Schreiben des abmahnungsberechtigten B, welches sich auf eine Unpünktlichkeit der U am 15.04.2004 und 18.04.2004 bezieht, erfüllt formell unproblematisch die drei Funktionen der Abmahnung.

#### bb) Materielle Voraussetzungen

Problematisch erscheint indes die materielle Wirksamkeit der Abmahnung, ob also in der Verspätung der U vom 15.04.2004 auch tatsächlich ein Pflichtverstoß lag.

Am 15.04.2004 erschien U statt um 09.00 Uhr erst gegen 10.30 Uhr im Betrieb. Eine solche Verspätung stellt grundsätzlich eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Arbeitspflicht dar. Indessen würde eine Pflichtverletzung ausscheiden, wenn U ausnahmsweise in diesem Zeitraum nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet war. Hier könnte ihr gemäß § 275 III BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden haben. In ihrem Telefonanruf hat U die Arbeitsleistung zwischen 09.00 Uhr und 10.30 Uhr ausdrücklich verweigert. Weiterhin müßte ihr die

Arbeitsleistung unter Abwägung des ihrer Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Arbeitgebers unzumutbar gewesen sein, vgl. § 275 III BGB. U mußte sich in dem fraglichen Zeitraum plötzlich und unerwartet um ihre fünfjährige Tochter kümmern. In Ermangelung einer anderen Aufsichtsperson konnte von ihr nicht erwartet werden, das minderjährige Kind hilflos zurückzulassen, um rechtzeitig zur Arbeit zu erscheinen. Sie kam insofern ihrer elterlichen Fürsorgepflicht nach, vgl. die §§ 1626 ff. BGB. Da U die Leistungserbringung unzumutbar war, hat sie ihre Leistung gemäß § 275 III BGB in zulässiger Weise verweigert. Ihr verspätetes Erscheinen im Betrieb am 15.04.2004 stellt mithin keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar.

#### cc) Ergebnis zur Abmahnung vom 18.04.2004

Mithin war die Abmahnung vom 18.04.2004 zumindest hinsichtlich des gerügten Verhaltens vom 15.04.2004 materiell unwirksam.

Hinsichtlich des gerügten Verhaltens vom 18.04.2004 bestehen bezüglich der materiellen Wirksamkeit zwar an sich keine Bedenken. Eine Abmahnung ist jedoch, soweit sie zum Teil unberechtigte Vorwürfe enthält, als insgesamt unwirksam anzusehen. Daher ist die Abmahnung vom 18.04.2004 in ihrer *Gesamtheit* unwirksam.

**Beachte:** Es gilt der Grundsatz: „Ein faules Ei verdirbt den Brei“. Ein rechtskundiger Arbeitgeber würde in der Praxis daher solche sog. Sammelabmahnungen, also Abmahnungen, die sich auf mehrere Vertragsverstöße beziehen, vermeiden und statt dessen jeden Verstoß einzeln abmahnen.

#### c) Abmahnungen Sommer 1989/Herbst 2003

Weiterhin hat B die U im Sommer 1989 und im Herbst 2003 jeweils zweimal wegen Unpünktlichkeit ordnungsgemäß abgemahnt.

**Beachte:** U ist laut Sachverhalt „im Sommer 1989 und im Herbst 2003 *jeweils* zweimal zu spät gekommen“, also *zweimal* im Sommer und *zweimal* im Herbst!

Eine Abmahnung verliert jedoch ihre Warnfunktion und daher letztlich ihre Wirkung, wenn der Arbeitnehmer im Anschluß an die Abmahnung für längere Zeit tadelloses Verhalten gezeigt hat. Wie lang dieser Zeitraum sein muß, ist unter Prüfung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei insbesondere die Schwere des abgemahnten Verhaltens berücksichtigt werden muß.

Nach den beiden Abmahnungen im Sommer 1989 ist U bis zum Herbst 2003, also ca. 14 Jahre, nicht mehr zu spät gekommen. Angesichts der Geringfügigkeit des Verstoßes ist die Wirkung der Abmahnungen nach dieser

Zeit durch ihr einwandfreies Verhalten entfallen.

Seit den beiden Abmahnungen im Herbst 2003 ist jedoch weniger als ein Jahr vergangen, und sie stehen bereits in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem nunmehr gehäuften Fehlverhalten der U, welches sich in der Unpünktlichkeit vom 25.02.2004 fortsetzte. Diese beiden Abmahnungen sind also weiterhin wirksam und zu berücksichtigen.

#### d) Zwischenergebnis zu den Abmahnungen

Zum Zeitpunkt der Kündigung am 08.09.2004 waren also die zwei Abmahnungen wegen Zuspätkommens vom Herbst 2003 und die Abmahnung vom 25.02.2004 zu berücksichtigen.

#### e) Ergebnis zum Ultima-ratio-Prinzip

Auch wenn U sich über 21 Jahre als pflichtbewußte Mitarbeiterin erwiesen hat, ist es B angesichts der Häufung von Vertragsverletzungen in der jüngsten Zeit letztlich nicht mehr zuzumuten, der U durch Ausspruch einer vierten Abmahnung eine erneute Chance einzuräumen. Angesichts des Ausspruchs von 3 Abmahnungen mußte U der Ernst der Lage bewußt sein. Daher ist die Entscheidung des B, gegenüber U am 08.09.2004 eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung auszusprechen, auch mit dem Ultima-ratio-Grundsatz zu vereinbaren.

#### 5) Umfassende Interessenabwägung

Wegen der weitreichenden Konsequenzen einer Kündigung ist stets noch eine

umfassende, abschließende Abwägung zwischen Bestandsschutz- und Auflösungsinteresse vorzunehmen. Danach ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers einen gerechten und sozialen Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würde.

Bei der Interessenabwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen, insbesondere Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, persönliche Umstände, Grad des Verschuldens, Betriebsablaufsstörungen. Wenn allerdings die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers den Arbeitgeber an sich zur ordentlichen Kündigung berechtigt, müssen besondere Umstände des Einzelfalls auf Seiten des Arbeitnehmers vorliegen, die zu einem außergewöhnlichen, untypischen Ungleichgewicht zu dessen Gunsten führen.

Die lange Betriebszugehörigkeit der U kann angesichts der wiederholten Verfehlungen und Abmahnungen in letzter Zeit keine Ausnahmesituation in diesem Sinne begründen. Weitere Umstände, die für eine Unwirksamkeit der Kündigung sprechen könnten, sind nicht ersichtlich.

#### 6) Zwischenergebnis zum allgemeinen Kündigungsschutz

Damit beruht die Kündigung der U auf verhaltensbedingten Gründen im Sinne des § 1 II 1 Alt. 2 KSchG, so daß sie sozial

gerechtfertigt ist und kein allgemeiner Kündigungsschutz eingreift.

### V) Kündigungsfrist

Zuletzt müßte B mindestens die Kündigungsfrist des § 622 II BGB eingehalten haben. Dies hängt von der Beschäftigungsdauer ab. U ist seit Februar 1983 bei B beschäftigt, mithin über 21 Jahre. Jedoch sind gemäß § 622 II 2 BGB Zeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegen, nicht zu berücksichtigen. Die heute 42-jährige U wurde 1987 25 Jahre alt. Daher ist Ihre Beschäftigungsdauer mit 17 Jahren anzusetzen, so daß die Kündigungsfrist gemäß § 626 II 2 Nr. 6 sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats beträgt. Indem B zum 01.04.2005 kündigte, hat er diese Frist gewahrt.

**Beachte:** Die Nennung einer zu kurzen Frist in der Kündigungserklärung ist unschädlich. Die Erklärung wird gemäß § 140 BGB dahingehend umgedeutet, daß die gesetzlich zulässige Frist als erklärt gilt.

### C) Ergebnis

Damit ist die Kündigung des B vom 08.09.2004 wirksam. Die zulässige Kündigungsschutzklage der U ist somit unbegründet, hat also keine Aussicht auf Erfolg.

**Beachte:** Eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen kann auch

*außerordentlich* erklärt werden. Die häufig bei ordentlichen Kündigungen im Rahmen des § 1 II 1 Alt. 2 KSchG behandelte Wirksamkeitsproblematik kann also in gleicher Weise unter dem Prüfungspunkt „Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 I BGB“ und dem insoweit ebenfalls zu beachtenden Ultima-ratio-Prinzip begegnen. So ist z.B. auch eine verhaltensbedingte *außerordentliche* Kündigung in der Regel wegen Verstoßes gegen das Ultima-ratio-Prinzip unwirksam, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht vorher wirksam abgemahnt hat.

## Frage 2: Kündigung des K

B muß für eine wirksame ordentliche Kündigung grundsätzlich nur die Frist nach § 622 II BGB einhalten.

Etwas anderes würde allerdings gelten, wenn für K der allgemeine Kündigungsschutz im Sinne des KSchG eingreifen würde. Soweit K nach einer erfolgten Kündigung nicht die materielle Präklusionsfrist verstreichen ließe, vgl. §§ 4 S. 1, 7 Hs. 1 KSchG, wäre die Kündigung in einem solchen Fall nur dann sozial gerechtfertigt und wirksam, vgl. § 1 I KSchG, wenn sie aus einem der im KSchG abschließend aufgeführten Gründe gerechtfertigt wäre

### A) Anwendbarkeit des KSchG

Dann müsste das KSchG zunächst persönlich und betrieblich (§§ 1 I, 23 I 2, 3 KSchG) anwendbar sein.

#### 1) betriebliche Anwendbarkeit, § 23 I 2, 3 Hs. 2 KSchG

Im Betrieb des B werden gemäß § 23 I 2, 3 Hs. 2 KSchG 7 Arbeitnehmer beschäftigt, also mehr als 5, so dass dort gemäß § 23 I 2 KSchG die Vorschriften des 1. Abschnitts des KSchG gelten (s. o.).

#### b) persönliche Anwendbarkeit, § 23 I 3 Hs. 1 i. V. m. § 1 I KSchG

Der seit 22 Jahren bei B beschäftigte K wird von dem Ausschluss des § 23 I 3 Hs. 1 KSchG nicht erfasst und erfüllt die sechsmonatige Wartezeit des § 1 I

KSchG, genießt mithin allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG.

#### c) Zwischenergebnis

Gemäß § 1 I KSchG ist die Kündigung des K daher unwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist.

### B) Verhaltensbedingter Kündigungsgrund

Die Trunkenheitsfahrt des K könnte eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 II 1 Alt. 2 KSchG rechtfertigen. Dazu müßte dieses Verhalten zunächst eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellen.

Zwar trifft den Arbeitnehmer die vertragliche Nebenpflicht, seine Arbeitsfähigkeit nicht durch Alkoholgenuß zu beeinträchtigen. Der Alkoholgenuß darf also insbesondere nicht dazu führen, daß der Arbeitnehmer sich in einem Zustand befindet, in dem er seine Arbeitspflichten nicht mehr vertragsgemäß erfüllen kann oder sich und andere gefährdet.

Die Trunkenheitsfahrt des K erfolgte jedoch an einem Samstag, also außerhalb der Arbeitszeit.

Ein außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers kann wegen seiner Grundrechte aus Art. 2 I, 1 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht/allgemeine Handlungsfreiheit) aber nur im Ausnahmefall eine arbeitsvertragliche

Pflichtverletzung begründen, nämlich wenn dadurch gleichzeitig eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt.

Es kann davon ausgegangen werden, daß K am folgenden Montag wieder vollkommen ausgenüchert am Arbeitsplatz erschienen ist, so daß eine Ausstrahlung der außerdienstlichen Trunkenheitsfahrt auf sein Arbeitsverhalten nicht gegeben ist. Mithin scheidet eine verhaltensbedingte Kündigung mangels arbeitsvertraglicher Pflichtverletzung aus.

## **C) Personenbedingter Kündigungsgrund**

Eine soziale Rechtfertigung könnte sich jedoch aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, ergeben, § 1 II 1 Alt. 1 KSchG.

Für eine personenbedingte Kündigung im Sinne des § 1 II 1 Alt. 1 KSchG ist erforderlich, daß der Arbeitnehmer aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften nicht mehr in der Lage ist, künftig seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise zu erfüllen; ein Verschulden ist hingegen nicht vorausgesetzt.

### **I) Unzuverlässigkeit**

Zunächst könnte die Eignung des K zur Erbringung seiner Arbeitsleistung aufgrund einer allgemeinen Unzuverlässigkeit entfallen sein. Die fehlende Eignung eines

Arbeitnehmers, seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen, kann sich insbesondere auch bei außerdienstlichem Verhalten daraus ergeben, daß sich darin ein allgemeiner Charaktermangel offenbart, der dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung unzumutbar macht.

Die Benutzung des Krans birgt erhebliche Gefahren für Leib und Leben der in seiner Nähe tätigen Arbeitnehmer. Daher verlangt schon die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber diesen Arbeitnehmern, daß der von ihm mit der Bedienung des Krans eingesetzte Arbeitnehmer stets die Gewähr dafür bietet, seine Arbeit mit der notwendigen Vorsicht und Sorgfalt auszuführen. Dies bedeutet insbesondere, daß der Kranführer für die Zeit seiner Tätigkeit nicht unter Alkoholeinfluß stehen darf. Der Arbeitnehmer muß insofern absolut zuverlässig sein, so daß keinerlei konkrete Befürchtung bestehen darf, daß der Arbeitnehmer unter Alkoholeinfluß den Kran bedient. Dies gilt hier umso mehr, als der Betrieb des Geräts ein erhebliches Gefahrenpotential in sich birgt. K hat am 08.03.2004 die Bereitschaft gezeigt, unter Alkoholeinfluß ein Kraftfahrzeug zu führen. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verhalten den Schluß auf eine allgemeine charakterliche Schwäche im Umgang mit Alkohol nahe legt. Es ist zu berücksichtigen, daß dieser Alkoholkonsum sowie die Benutzung des Kraftfahrzeugs in der Freizeit des K, also

im reinen Privatbereich, stattfanden. Auf ein entsprechendes dienstliches Verhalten kann hier nicht ohne weiteres geschlossen werden, zumal es sich um einen bisher einmaligen Vorfall handelt. Auch war K offenbar bislang in der Lage, Alkoholkonsum und das Führen von Fahrzeugen strikt zu trennen. Aus seinem „Ausreißer“ anlässlich des 50. Geburtstags kann somit nicht auf eine mangelnde charakterliche Eignung zur verantwortungsvollen Führung eines Krans geschlossen werden.

## II) Verlust des Führerscheins

Ein personenbedingter Grund zur Kündigung nach § 1 II 1 Alt. 1 KSchG könnte sich aber aus dem Verlust des Führerscheins ergeben. Sofern zur Ausübung bestimmter Berufe besondere behördliche Erlaubnisse erforderlich sind, können das Fehlen oder der spätere Wegfall dieser Erlaubnisse grundsätzlich eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen.

K ist laut Arbeitsvertrag als Kranführer angestellt. Die Ausübung dieser Tätigkeit ist jedoch gesetzlich nur erlaubt, soweit ein Arbeitnehmer sowohl Inhaber des Kfz- als auch des speziellen Kranführerscheins ist. Durch den Verlust des Kfz-Führerscheins kann B den K somit nicht mehr als Kranführer einsetzen, ohne gegen das Beschäftigungsverbot zu verstoßen. Folglich ist K aufgrund einer persönlichen Eigenschaft nicht mehr in der Lage, seine arbeitsvertraglichen

Verpflichtungen zu erfüllen, so daß grundsätzlich ein personenbedingter Grund im Sinne des § 1 II 1 Alt. 1 KSchG vorliegt.

**Beachte:** Das Fehlen einer Berufsausübungserlaubnis führt nicht etwa zur *Nichtigkeit* des Arbeitsvertrags nach § 134 BGB, sondern lediglich zu einem Beschäftigungsverbot des Arbeitnehmers.

## III) Ultima-ratio-Prinzip

Wegen der besonderen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer als seine Einnahmequelle und damit Lebensgrundlage ist aber auch eine Kündigung aus personenbedingten Gründen nur wirksam, wenn dem Arbeitgeber keine zumutbaren, weniger einschneidenden Maßnahmen mehr zur Verfügung stehen (sog. Ultima-ratio-Prinzip).

Vor dem Ausspruch eine Beendigungskündigung aus personenbedingten Gründen hat der Arbeitgeber daher vorher insbesondere zu prüfen, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers auf einem anderen vergleichbaren freien Arbeitsplatz besteht, bei dem die Mängel nicht mehr oder nur unbedeutend relevant werden. Als frei gelten dabei solche Arbeitsplätze, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind oder die mit hinreichender Sicherheit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden.

Insofern kommt eine Weiterbeschäftigung des K auf der von B geplanten Pfortnerstelle in Betracht. Zwar scheidet für B eine Zuweisung dieses Arbeitsplatzes kraft Direktionsrechts gemäß § 106 GewO aus, weil K als Kranführer beschäftigt ist und sich diese Weisung somit nicht als Konkretisierung *bestehender* arbeitsvertraglicher Pflichten darstellen würde. Jedoch könnte B als milderes Mittel eine entsprechende Änderungskündigung aussprechen. Es sind auch keine tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse ersichtlich, die es für B unzumutbar machen würden, K als Pfortner weiterzubeschäftigen. Die Pfortnerstelle soll auch bereits in der nächsten Woche besetzt werden, so daß der Arbeitsplatz vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist frei werden würde.

Prüfungspunkt „Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 I BGB“ und dem insoweit ebenfalls zu beachtenden Ultima-ratio-Prinzip vorkommen. So wäre z.B. auch eine personenbedingte außerordentliche Kündigung wegen Verstoßes gegen das Ultima-ratio-Prinzip in der Regel unwirksam, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kündigt, obwohl eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers auf einem anderen vergleichbaren freien Arbeitsplatz besteht.

## D) Ergebnis

Mithin würde eine Beendigungskündigung aus personenbedingten Gründen wegen Verstoßes gegen das Ultima-ratio-Prinzips unwirksam sein. B kann daher K nicht wirksam kündigen.

**Beachte:** Eine Kündigung aus personenbedingten Gründen kann auch außerordentlich erklärt werden kann. Die häufig bei ordentlichen Kündigungen im Rahmen des § 1 II 1 Alt. 1 KSchG behandelte Wirksamkeitsproblematik kann also in gleicher Weise unter dem

## Nacharbeit und Vertiefung

### I) Zur Nacharbeit :

**Zulässigkeit** : Lernen Sie KK IAR 66 auswendig.

**Ordentliche Kündigung** : Lernen Sie KK IAR 26 auswendig. Die ordentliche Kündigung bildet den Einstieg in zahlreiche Klausuren.

**Außerordentliche Kündigung** : Lernen Sie KK IAR 59 und 60 auswendig.

**Anwendbarkeit KSchG** : Arbeiten Sie KK IAR 36 noch einmal gründlich durch.

**Verhaltensbedingte Kündigung** : Arbeiten Sie KK IAR 42 und 43 gründlich durch.

**Ultima-ratio-Prinzip** : Arbeiten Sie allgemein KK IAR 54 und 55, sowie speziell zur Abmahnung KK IAR 44 - 46 gründlich durch. Zur Abmahnung lesen Sie bitte Hoß „Die arbeitsrechtliche Abmahnung“, in: MDR 1999, S. 333 – 341.

**Personenbedingte Kündigung** : Arbeiten Sie KK IAR 38 und 39 gründlich durch.

### II) Kontrollfragen

Prüfen Sie, ob Sie alles verinnerlicht haben und beantworten Sie folgende Fragen :

- 1) Welcher Prüfungsaufbau ist auf eine ordentliche Kündigung anzuwenden ?
- 2) Unter welchen Voraussetzungen ist eine verhaltensbedingte Kündigung möglich ?
- 3) Welche Bedeutung kommt der Abmahnung zu ?
- 4) Welchen Inhaltes Bedarf eine Abmahnung zur Wirksamkeit ?
- 5) Kann eine verhaltensbedingte Kündigung auch auf außerdienstliches Verhalten gestützt werden ?
- 6) Unter welchen Voraussetzungen ist eine personenbedingte Kündigung möglich ?
- 7) Welche Gesichtspunkte sind im Rahmen des ultima-ratio-Prinzips stets zu prüfen ?
- 8) Nehmen Sie ein Blatt und schreiben Sie (auswendig !) das Schema zur Prüfung der Zulässigkeit einer Kündigungsschutzklage auf.
- 9) Nennen Sie die Anwendbarkeitsvoraussetzungen des KSchG.