



## **XING Gruppe Arbeitsrecht Newsletter 2022**

### **Thema: "Verhaltensbedingte Kündigung"**

# **Verhaltensbedingte Kündigung**

## **Einleitung**

Soweit das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet auf das Beschäftigungsverhältnis benötigt der Arbeitgeber für eine Kündigung einen Kündigungsgrund. Eine Kündigung muss sozial gerechtfertigt sein (§ 1 Abs. 2 KSchG), dies ist der Fall, wenn eine Kündigung personenbedingt, verhaltensbedingt oder betriebsbedingt erfolgt. Dieser Newsletter beschäftigte sich eingehend mit dem Thema der verhaltensbedingten Kündigung. Auch hier gilt wieder der Schutz von Kleinbetrieben: Eine Ausnahme von der sozialen Rechtfertigung (vorliegen eines Grundes) gilt für sog. Kleinbetriebe i.S.v. § 23 KSchG, diese haben weitgehende Kündigungsfreiheit und benötigen daher grundsätzlich keinen Kündigungsgrund. Die verhaltensbedingte Kündigung greift ein, wenn ein steuerbares und schuldhaftes Verhalten eines Beschäftigten zur einer Haupt- oder Nebenpflichtverletzung aus dem Beschäftigungsverhältnis führt und kein milderes Mittel (z.B. eine Abmahnung oder eine Versetzung) als Sanktion greift. Dies ist unter Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers zu prüfen. Wie bei allen Kündigungsarten ist auf die Formalitäten zu achten, d.h. soweit besonderer Kündigungsschutz greift (z.B. Mutterschutz, Schwerbehinderung) sind die entsprechenden Ämter (z.B. Arbeitsschutzbehörde, Integrationsamt) vor der Aussprache und Erteilung einer Kündigung zu beteiligen. Soweit eine Arbeitnehmervertretung im Betrieb besteht ist diese wie bei jeder Kündigung vorher zu beteiligen. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrates ergeben sich aus dem Betriebsverfassungsrecht (§ 102 BetrVG) die Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung ergeben sich aus dem BetrVG i.V.m. SGB IX (z.B. § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

## **Verhaltensbedingt**

Die Zulässigkeit der verhaltensbedingten Kündigung beurteilt sich nach § 1 KSchG. Es muss danach ein Kündigungsgrund vorliegen, der in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegt.

### **§ 1 Abs. 1 S. 2 KSchG**

*(2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem **Verhalten** des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.*

### **Pflichtverletzung**

Ausgangspunkt für die Aussprache einer verhaltensbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber ist immer eine konkrete und schuldhafte Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten durch den Arbeitnehmer. Diese Pflichtverletzungen können unterschiedliche Bereiche des Arbeitsverhältnisses betreffen. Wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit verhaltensbedingter Kündigungen ist zudem stets, dass die Pflichtverletzung in vorwerfbarer Weise begangen worden sein muss. Trifft den Arbeitnehmer an dem beanstandeten Verhalten kein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), scheidet eine verhaltensbedingte regelmäßig aus.

Kündigungsrelevante Pflichtverletzungen betreffen insbesondere die folgenden Bereiche des Arbeitsverhältnisses: schuldhafte Verletzungen arbeitsvertraglicher Leistungspflichten, schuldhafte Verstöße gegen die betriebliche Ordnung, Begehung von Straftaten im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.

### **Verletzung arbeitsvertraglicher Leistungspflichten**

Diese zur Kündigung berechtigenden Pflichtverletzungen gehören dem Leistungsbereich an und betreffen damit die Art und Weise der arbeitsvertraglichen Pflichtenerfüllung durch den Arbeitnehmer. Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt insbesondere in Betracht, wenn ein Fall der Schlechtleistung vorliegt. In der Praxis ist eine Schlechtleistung (sog. „low-performer-Kündigung“) jedoch schwer durchzusetzen, da der Arbeitgeber in der Beweislast ist eine solche dauerhafte Abweichung darzulegen. Meistens fehlt es hierzu bereits an der genauen Definition der Leistung und an dem was „100 Prozent“ sein sollen. Neben der Schlechtleistung gibt es eine Vielzahl weiterer Pflichtverletzungen aus dem Bereich der arbeitsvertraglichen Leistungspflichten, die eine verhaltensbedingte Kündigung nach sich ziehen können z.B.:

- eigenmächtiger Urlaubsantritt
- wiederholte Unpünktlichkeit
- Weigerung, Überstunden zu leisten trotz (tarif-)vertraglicher Verpflichtung hierzu
- Arbeitsverweigerung (grundlos)

- Verletzen von Verschwiegenheitsverpflichtung
- Datenschutzverstoß etc.

### **Verstöße gegen die betriebliche Ordnung**

Auch die nachhaltige Störung des innerbetrieblichen Friedens durch den Arbeitnehmer kann zu einer verhaltensbedingten Kündigung Anlass geben. Beispiele hierfür:

- sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz
- schuldhafte Missachtung von Sicherheits- und Schutzbestimmungen
- schuldhafte Missachtung von Alkohol- und Rauchverbot
- Diskriminierung von Mitarbeitern
- Straftaten am Arbeitsplatz

In diesen Fällen wird in der Regel die Vertrauensgrundlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entfallen sein. U.U. liegt ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB vor, der den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.

### **Vertrauensverlust/ Wiederholungsgefahr/Negative Prognose**

Eine Kündigung stellt immer das letzte Mittel der Sanktion dar. Ein weiteres Zusammenarbeiten darf nicht mehr möglich sein. Das Ziel einer verhaltensbedingten Kündigung ist die Vermeidung zukünftiger Verletzungen des Arbeitsvertrages bzw. die Beseitigung zukünftiger Belastungen des Arbeitsverhältnisses. Die verhaltensbedingte Kündigung dient nicht dazu, den Arbeitnehmer für ein in der Vergangenheit begangenes Fehlverhalten zu bestrafen. Aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers muss auch in der Zukunft mit sich negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkenden Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers zu rechnen sein. Grundsätzlich ist nur bei einer derartigen Wiederholungsgefahr eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt. Eine negative Prognose für die Zukunft kann sich aber auch daraus ergeben, dass durch das Verhalten des Arbeitnehmers die zur weiteren Zusammenarbeit **erforderliche Vertrauensgrundlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zerstört** ist.

### **Milderes Mittel**

Auch die verhaltensbedingte Kündigung muss verhältnismäßig sein. Daher ist zu prüfen ob ein milderes Mittel möglich ist und ob eine Kündigung unter Berücksichtigung des Einzelfalles und der Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers verhältnismäßig ist.

### **Abmahnung**

In aller Regel ist vor einer verhaltensbedingten Kündigung eine Abmahnung erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Da eine Kündigung für den Arbeitgeber immer nur das allerletzte Mittel darstellt, soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, sein pflichtwidriges

Verhalten (steuerbares Verhalten) zu ändern. Eine verhaltensbedingte Kündigung ohne Abmahnung wäre in vielen Fällen unwirksam, denn grundsätzlich muss dem Arbeitnehmer Gelegenheit gegeben werden, nach Hinweis auf die Pflichtverletzung seine vertraglich geschuldete Arbeit ordnungsgemäß zu erbringen. Nur wenn die Abmahnung keine Wirkung zeigt, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer verhaltensbedingt kündigen.

### **Form der Abmahnung**

Achten Sie darauf das Sie formwirksam abmahnen. Eine Abmahnung muss zwar nicht schriftlich erteilt werden, aus Beweisgründen ist dies jedoch anzuraten. Eine Abmahnung muss so konkret wie möglich die Pflichtverletzung benennen und auf das Richtige Verhalten hinweisen sowie bei Wiederholung arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zu einer Kündigung androhen. Dabei muss die Pflichtverletzung so konkret bezeichnet werden dass wenn mehrere Sachverhalte an einem Tag vorgeworfen würden, genau zu unterscheiden ist welche Pflichtverletzung gemeint ist. Häufig scheitert eine wirksame Abmahnung bereits daran, dass die Pflichtverletzung nicht eindeutig und konkret bestimmt ist. Sätze wie „Sie sind wiederholt zu spät zu Arbeit erschienen“ sind zu unkonkret. Hier muss der Vorfall genau beschrieben werden z.B. „am TT.MM.JJJJ sind Sie nicht wie arbeitsvertraglich vereinbart um 8:30 Uhr sondern um 9:00 Uhr erschienen - ein Entschuldigungsgrund lag nicht vor ...“

### **Funktionen einer Abmahnung**

- Hinweisfunktion
- Beweisfunktion
- Warnfunktion

Zu beachten ist auch der **Zusammenhang zwischen Abmahnung und Kündigung**. Eine vorherige Abmahnung ist zwar grundsätzlich erforderlich um eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Es kann jedoch nicht wegen derselben Sache abgemahnt und gekündigt werden. Die Abmahnung verbraucht sozusagen den Kündigungsgrund. Bei schweren Pflichtverletzungen ist daher zuerst zu überlegen, ob nicht doch wegen der Schwere eine ordentliche/außerordentliche Kündigung erteilt werden sollte.

### **Wichtig**

Auch die verhaltensbedingte Kündigung, bedarf wie jede Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland der **Schriftform** (§ 623 BGB), das bedeutet auf Papier und mit Unterschrift des Kündigungsberechtigten, ggf. unter Beilage einer Originalvollmacht soweit die Kündigungsberechtigung nicht bekannt ist (Beim Geschäftsführer selbst, oder Personalchef ist davon auszugehen, dass diese auch kündigen dürfen).

Bei **schweren Pflichtverletzungen** kann der Arbeitgeber ausnahmsweise auch ohne Abmahnung gekündigt werden. Diese Fälle sind meist so gelagert, dass der Arbeitgeber zudem außerordentlich nach § 626 BGB kündigen kann (z.B. Straftat).

### **Erforderlichkeit (Versetzung/ Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit)**

Auch vor einer verhaltensbedingten Kündigung muss der Arbeitgeber prüfen, ob die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer in dem Unternehmen an anderer Stelle weiter zu beschäftigen. Allerdings wird dem in den Fällen einer verhaltensbedingten Kündigung oftmals entgegenstehen, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers – je nach Abhängigkeit von Art und Schwere der konkreten Pflichtverletzung – nicht zuzumuten ist.

### **Wichtig**

Ein milderer Mittel kann im Einzelfall auch die ordentliche Kündigung anstatt einer außerordentlichen Kündigung sein. Soweit eine verhaltensbedingte Kündigung gerichtlich im Rahmen einer Kündigungsschutzklage überprüft wird und die Interessenabwägung nicht eindeutig zu klären ist, kann auch eine ordentliche Kündigung ein für beide Seiten sinnvolles Vergleichsergebnis darstellen.

### **Interessenabwägung**

Der Arbeitgeber muss vor einer verhaltensbedingten Kündigung eine umfassende Interessenabwägung vornehmen, in die er sämtliche be- und entlastenden Umstände einzustellen hat. Er darf also nicht ausschließlich diejenigen Tatsachen und Umstände seiner Entscheidung zugrunde legen, die gegen den Arbeitnehmer sprechen. In jedem Einzelfall müssen die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber abgewogen werden. Für den Arbeitgeber ist u.a. zu berücksichtigen wie erheblich das pflichtwidrige Verhalten den Betriebsfrieden gestört hat. Zu ihren Gunsten sind zu werten: Alter, die Chance auf dem Arbeitsmarkt, Dauer der Betriebszugehörigkeit und ob bereits Vorfälle insbesondere ähnliche Pflichtverletzungen, welche bereits abgemahnt wurden vorliegen. Erst wenn die Abwägung dazu führt, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung trotz alledem nicht mehr zumutbar ist, kann diese auch „sozial gerechtfertigt“ kündigen. Bei der Interessenabwägung im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung kommt es insbesondere an auf die Art, Schwere und Häufigkeit des Fehlverhaltens des Arbeitnehmers. Beispiele für Abwägungspunkte einer Interessenabwägung:

Arbeitgeber	Arbeitnehmer
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Betriebsablaufstörungen</li> <li>• Arbeits- und Betriebsdisziplin</li> <li>• Vermögensschaden</li> <li>• Wiederholungsgefahr</li> <li>• Ansehensschaden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• früheres einwandfreies Verhalten</li> <li>• Mitverschulden des Arbeitgebers</li> <li>• Dauer der Betriebszugehörigkeit</li> <li>• Lebensalter</li> <li>• Unterhaltspflichten</li> </ul>

- |  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Schutz der Belegschaft</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Arbeitsmarktsituation</li> </ul> |
|--|---|



### Prüfungspunkte verhaltensbedingte Kündigung

- Vertragswidriges Verhalten: Objektiver, verhaltensbedingter Kündigungsgrund, d.h. Verletzung von Vertragspflichten (Haupt- oder Nebenpflichten) durch steuerbares Verhalten, die den Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung grds. rechtfertigt
- Verschulden (vorsätzlich oder fahrlässig)
- Negative Prognose
- Vorherige Abmahnung (ausnahmsweise entbehrlich)
- Kein milderes Mittel (z.B. Abmahnung, Versetzung)
- Interessenabwägung, die zugunsten des Arbeitgebers ausfällt
- Formalia: besteht besonderer Kündigungsschutz? Müssen Behörden, Ämter beteiligt werden?
- Beteiligung Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung

### Beispiele:

Andauernde Unpünktlichkeit - Dauernder, verspäteter Arbeitsbeginn kann nach Abmahnung zu einer verhaltensbedingten Kündigung führen (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. Januar 2011, Az. 10 Sa 445/10). Ist das Ausmaß der Unpünktlichkeit so groß, dass es einer beharrlichen Arbeitsverweigerung gleichkommt, kann Ihr Arbeitgeber sogar außerordentlich fristlos kündigen.

Betrug und Diebstahl zulasten des Arbeitgebers („Fall Emmely“) - Beide Straftaten stellen unabhängig von der Höhe des Schadens sogar einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Eine Abmahnung kann im Einzelfall erforderlich sein. Fehlt eine solche, ist die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ebenfalls nicht wirksam. Außerdem ist immer eine Interessenabwägung vorzunehmen (BAG, Urteil vom 10. Juni 2010, Az. 2 AZR 541/09). I.d.F. hat das BAG nach Abwägung der Interessen eine vorheriger Abmahnung als milderes Mittel für erforderlich gesehen und die verhaltensbedingte (auch Verdachtskündigung) für unwirksam erklärt.

Arbeitszeitbetrug ist auch ein Klassiker bei den verhaltensbedingten Kündigungen. Der Missbrauch von Stempeluhren kann sowohl eine verhaltensbedingte ordentliche als auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (BAG 24.03.2011 Az. 2 AZR 381/10).

### Außerordentliche Kündigung

Verhaltensbedingte Kündigungen werden häufig als außerordentliche Kündigung i.S.v. § 626 BGB ausgesprochen. In diesem Fall muss der Arbeitgeber die außerordentliche (fristlose) Kündigung innerhalb von zwei Wochen erklären. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem er von den

zur Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Innerhalb dieser Frist muss auch die Arbeitnehmervertretung beteiligt werden (§1 02 Abs. 2 BetrVG).

### **§ 626 BGB - Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund**

*(1) Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.*

*(2) Die Kündigung kann nur **innerhalb von zwei Wochen** erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.*

### **Darlegungs- und Beweislast**

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes liegt beim Arbeitgeber. Dies bezieht sich ebenso auf das Vorliegen eines etwaigen Verschuldens des Arbeitnehmers. Ebenso trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast einer vorher erfolgten Abmahnung.

### **Wichtig**

Soweit neben der außerordentlichen Kündigung hilfsweise noch eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll muss der Betriebsrat zu **beiden** Kündigungsarten angehört werden.

### **Sperrzeit beim Arbeitslosengeld**

Wichtig ist hierbei zu wissen, dass bei einer verhaltensbedingten Kündigung regelmäßig eine Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld droht. Dies wird von der Agentur für Arbeit damit begründet, dass der Arbeitnehmer selbst dafür verantwortlich ist, dass er keinen Arbeitsplatz mehr hat. Gemäß § 159 SGB III kann die Agentur für Arbeit eine Sperrzeit verhängen, wenn der Arbeitnehmer sich ohne wichtigen Grund versicherungswidrig verhalten hat. In diesem Fall ist der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Dauer der Sperrzeit verwirkt. Das bedeutet, dass der Anspruch nicht ruht, sondern für die Dauer der Sperrzeit komplett verfällt und auch nicht nachgezahlt wird.

Die verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt in der Regel eine Sperrzeit, da dem Arbeitnehmer vorgeworfen wird, dass er den Versicherungsfall, also den Eintritt der Arbeitslosigkeit und die Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld selbst und schuldhaft herbeigeführt hat. Allein daher wird der Arbeitgeber damit rechnen müssen eine Kündigungsschutzklage vom Arbeitnehmer konfrontiert zu werden. Dies vor Ausspruch der Kündigung mit abgewogen werden.

### **Tipp:**

Fachliche Weisungen der Agentur für Arbeit bzgl. Sperrzeit: [https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-iii-159\\_ba015166.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-iii-159_ba015166.pdf)

## **Abgrenzung zur personenbedingten Kündigung**

Die verhaltensbedingte Kündigung ist von der personenbedingten Kündigung wie zu unterscheiden: Einer verhaltensbedingten Kündigung liegt immer ein willensgesteuertes (steuerbares) Verhalten des Arbeitnehmers zugrunde (z.B. Zuspätkommen, Beleidigung). D.h. der Arbeitnehmer hat es selbst in der Hand sich alternativ (vertragsgemäß) zu verhalten. Die personenbedingte Kündigung beruht dagegen auf einem Verhalten des Arbeitnehmers, dass dieser nicht steuern kann (z.B. Krankheit).

## **Besonderer Kündigungsschutz**

Sollte der Grund einer Kündigung im Verhalten eines Beschäftigten liegen, hilft insoweit auch nicht der besondere Kündigungsschutz - insbesondere, wenn die verhaltensbedingte als außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird. Dennoch sind auch die Spielregeln für den jeweiligen besonderen Kündigungsschutz zu beachten.

Achten Sie auf die Formalitäten. Eine fehlende Einhaltung der formalen Voraussetzungen (z.B. ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung, ordnungsgemäße Anhörung Schwerbehindertenvertretung) führen häufig zur Unwirksamkeit von verhaltensbedingten Kündigungen.

## **Beteiligung Betriebsrat**

Soweit im Betrieb ein Betriebsrat besteht ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören, § 102 BetrVG (auch vor Probezeitkündigungen). Bei Kündigung von Schwerbehinderten/Gleichgestellten ist ebenso die Schwerbehindertenvertretung entsprechend anzuhören.

### **Anhörung Betriebsrat**

Es besteht eine gesetzliche Anhörungspflicht. Der Betriebsrat ist nach § 102 BetrVG vor jeder Kündigung (ordentliche, außerordentliche oder Änderungskündigung) anzuhören. Eine Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats ist unwirksam. Eine Anhörung des Betriebsrats ist ordnungsgemäß, wenn sie vor Ausspruch der Kündigung erfolgt und der Arbeitgeber mind. die betroffene Person, die Art der



Kündigung, Kündigungstermin und -gründe angibt. Gründe, die dem Betriebsrat nicht genannt wurden, können in einem Kündigungsschutzprozess nicht verwertet werden. Die Anhörung bedarf nicht der Schriftform, aus Beweisgründen erfolgt sie aber regelmäßig in Schriftform. Grundsätzlich ersetzt die Anhörung des Betriebsrats zu einer außerordentlichen Kündigung nicht die Anhörung des Betriebsrats zu einer (hilfsweisen ordentlichen Kündigung). Die Anhörungsfrist des Betriebsrats beträgt nach § 102 Abs. 2 BetrVG, bei ordentlicher Kündigung eine Woche, bei außerordentlicher Kündigung drei Tage. Vorher kann eine Kündigung nur wirksam ausgesprochen werden, wenn sich der Betriebsrat abschließend geäußert hat. Der Betriebsrat kann der Kündigung zustimmen, ihr widersprechen oder keine Stellungnahme abgeben.

### **Ein Widerspruch des Betriebsrats**

Der Widerspruch des Betriebsrates gegen eine ordentliche Kündigung aus den in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Gründen hat für den betroffenen Arbeitnehmer Vorteile, denn dadurch erhält dieser einen sog. betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch für die Dauer des laufenden Kündigungsschutzprozesses (§ 102 Abs. 5 BetrVG). Zwar führt der ordnungsgemäße Widerspruch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Der Arbeitgeber kann trotz Widerspruchs kündigen, er muss dem Arbeitnehmer lediglich mit der Kündigung eine Abschrift des Widerspruchs zuleiten, § 102 Abs. 4 BetrVG. Unter Bezugnahme auf den Widerspruch kann dann der betroffene Arbeitnehmer i.V.m. mit einer fristgemäßen Kündigungsschutzklage den so genannten betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG geltend machen.

### **Weiterbeschäftigung**

Weiterbeschäftigung bedeutet die vorübergehende weitere Tätigkeit des Arbeitnehmers während einer Zeit i.d.R. während eines noch schwebenden Prozesses, also während der Zeit so lange noch unklar ist, ob das Arbeitsverhältnis weiterbesteht oder nicht. Zu unterscheiden ist der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch vom allgemeinen Beschäftigungsanspruch. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch resultiert aus dem Beschäftigungsanspruch und dem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht resultierenden Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung. Der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigung hingegen stellt einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis dar, der durch § 102 Abs. 5 BetrVG ausgestaltet wird. Liegen die Voraussetzungen des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs vor, kann der Arbeitnehmer verlangen, für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits (ggf. durch alle Instanzen) zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt zu werden.

Wirtschaftliche Risiken des Arbeitgebers während eines Kündigungsschutzprozesses ergeben sich aus Annahmeverzugslohnansprüchen. Diese können durch die § 615 Abs. 2 BGB bzw. § 11 Nr. 2 KSchG eingeschränkt werden indem anderweitiger (Zwischen-) Verdienst böswillig unterlassener Verdienst bzw. angerechnet wird.

## **§ 615 BGB Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko**

*Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.*

## **Übersicht betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch:**

- Ordentliche Kündigung
- Widerspruch des Betriebsrates gegen diese ordentliche Kündigung
- Arbeitnehmer erhebt fristgerecht einen Kündigungsschutzklage und macht i.V.m. dieser den Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG geltend.

## **§ 102 BetrVG - Mitbestimmung bei Kündigungen**

*(1) Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.*

*(2) Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens **innerhalb einer Woche** schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. § 99 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.*

*(3) Der Betriebsrat kann **innerhalb der Frist** des Absatzes 2 Satz 1 der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn*

- 1. der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat,*
- 2. die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 verstößt,*
- 3. der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,*

4. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder

5. eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat.

**(4) Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Betriebsrat nach Absatz 3 der Kündigung widersprochen hat, so hat er dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.**

(5) Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß **widersprochen**, und hat der Arbeitnehmer nach dem **Kündigungsschutzgesetz Klage** auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen. Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht ihn durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nach Satz 1 entbinden, wenn

1. die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint oder

2. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder

3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.

(6) Arbeitgeber und Betriebsrat können vereinbaren, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.

(7) Die Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats nach dem Kündigungsschutzgesetz bleiben unberührt.

## Fazit

Auch eine verhaltensbedingte Kündigung erfordert eine sorgfältige Vorbereitung. In einer Personalabteilung ist es immer sehr sinnvoll sich für bestimmte Angelegenheiten eine Checkliste anzulegen, damit in der Hektik nicht wichtige Punkte vergessen werden. Wichtig ist bei einer verhaltensbedingten Kündigung eine vorherige Abwägung der Verhältnismäßigkeit zu treffen und auch genau zu überlegen ob eine außerordentliche oder (hilfsweise) ordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll. Gerade, wenn die verhaltensbedingte Kündigung als fristlose ausgesprochen werden soll ist eine Checkliste sehr hilfreich, da auch noch innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB -

soweit vorhanden – auch noch der Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung angehört werden muss bzw. die Zustimmung des Integrationsamt eingeholt werden muss.

### **Hinweis I**

Das Thema „Verhaltensbedingte Kündigung“ kann gerne für Sie als Inhouse-Seminar oder Webinar durchgeführt werden. Details hierzu gerne auf Anfrage.

Weitere Seminarthemen finden Sie unter:

<http://www.kanzleijuenger.de/seminare/seminarthemen-arbeitsrecht/>

### **Hinweis II**

Unser Newsletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Newsletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Weitere interessante Newsletter mit aktuellen arbeitsrechtlichen Themen finden Sie auf unserer Homepage unter folgendem Link: <http://www.kanzleijuenger.de/medien/newsletter/>

Beste Grüße

Jean-Martin Jünger

Rechtsanwalt

XING Moderator Gruppe Arbeitsrecht



**RA Jean-Martin Jünger**  
Kanzlei für Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Jean-Martin Jünger  
LB Wirtschafts- und Arbeitsrecht Hochschule Heidelberg und DHBW Mannheim  
Kanzlei für Arbeitsrecht  
Friedrich-König-Str. 3-5  
68167 Mannheim  
Phone: +49 (0)621-49076513  
Fax: +49 (0)621-49076514  
Mobil: +49 (0)178-8535717  
E-Mail: [ra.juenger@kanzlei-juenger.de](mailto:ra.juenger@kanzlei-juenger.de)  
Online: <http://www.KanzleiJuenger.de>