

Kündigungsschutz

Arbeitnehmer - Geschäftsführer - Vorstandsmitglieder

von
Stefan Lingemann

1. Auflage

Kündigungsschutz – Lingemann

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

Thematische Gliederung:

Kündigungsschutz, Mutterschutz



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60669 4

Die Arbeitsgerichte sind allerdings an **Einstellungsverfügungen** der Staatsanwaltschaft, § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO, oder **freisprechende Strafurteile**, § 267 Abs. 5 StPO, **nicht gebunden**.¹⁰⁵⁸ Darin liegen folglich auch keine die Restitution begründenden Tatsachen nach § 580 Nr. 7b ZPO.¹⁰⁵⁹ Der Arbeitnehmer hat demnach Tatsachen, die seine Entlassung im Nachhinein begründen, unmittelbar in ein ggf. noch laufendes Kündigungsverfahren einzubringen; das Arbeitsgericht muss diese Tatsachen im Einzelnen würdigen und zu einer eigenständigen Entscheidung kommen.

i) Besonderheiten der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG

Im Rahmen der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitteilen, dass es sich um eine **Verdachtskündigung**¹⁰⁶⁰ handelt.¹⁰⁶¹ Ferner hat er ihn – über die allgemeinen Anforderungen an eine Betriebsratsanhörung hinaus¹⁰⁶² – im Einzelnen über den **Verlauf der Anhörung**, namentlich die **Einlassung des Arbeitnehmers** zu dem gegen ihn bestehenden Verdacht, zu unterrichten. In praxi ist es daher ratsam, dass ein Mitglied des Betriebsrates an der Anhörung des Arbeitnehmers teilnimmt.

Wird der Kündigungssachverhalt später im Kündigungsschutzverfahren auf einzelne beweisbare Vorwürfe **beschränkt**, so muss deswegen die **Anhörung nicht wiederholt** werden.¹⁰⁶³

10. Leistungsbedingte Kündigung

Unzureichende Leistung des Arbeitnehmers („Low-Performer“) kann eine **personenbedingte Kündigung** begründen, wenn der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit zwar ausschöpft, gleichwohl aber über längere Zeit mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichtes zu rechnen ist.¹⁰⁶⁴

Schöpft der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit hingegen nicht aus, so kommt eine **verhaltensbedingte Kündigung** in Betracht.¹⁰⁶⁵ Hat der Arbeitgeber **Zweifel**, ob eine Kündigung personenbedingt oder verhaltensbedingt begründet werden kann, so sollte er vorsorglich eine **Abmahnung** aussprechen, um auch die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung zu schaffen.¹⁰⁶⁶ Nach Ausspruch der Abmahnung muss er dem Arbeitnehmer hinreichend Zeit für eine Verbesserung seiner Leistungen geben, wobei man von einem **Zeitraum von mehreren Monaten** ausgeht.¹⁰⁶⁷ Da regelmäßig schwer nachzuweisen ist, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht voll ausnutzt, wird bei leistungsbedingten Mängeln meist zumindest auch eine personenbedingte Kündigung ausgesprochen werden.¹⁰⁶⁸

Auch was die **Betriebsratsanhörung** nach § 102 BetrVG anbelangt, so kann es, wie dargelegt,¹⁰⁶⁹ in Zweifelsfällen sinnvoll sein, zu beiden Kündigungsformen anzuhören.

¹⁰⁵⁸ HaKo/Gallner § 1 KSchG Rdn. 612 ff.

¹⁰⁵⁹ HaKo/Gallner § 1 KSchG Rdn. 613 a.

¹⁰⁶⁰ Siehe dazu bereits oben Rn. 607 ff.

¹⁰⁶¹ Dazu i. E. Bengelsdorf, FA 2010, 354.

¹⁰⁶² Siehe Rn. 592 ff. sowie Teil 8.

¹⁰⁶³ BAG 27. 11. 2008 – 2 AZR 98/07 – AP Nr. 90 zu § 1 KSchG 1969 = EzA § 1 KSchG Verdachtskündigung Nr. 4 = NZA 2009, 604.

¹⁰⁶⁴ Dazu i. E. Rn. 674 ff.

¹⁰⁶⁵ BAG 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06 – AP Nr. 85 zu § 1 KSchG 1969 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 72 = NZA 2008, 693; LAG Schleswig-Holstein 26. 10. 2010 – 3 Sa 315/10 – AE 2011, 34.

¹⁰⁶⁶ Vgl. BAG 29. 7. 1976 – 3 AZR 50/75 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 9 = EzA § 1 KSchG Nr. 34 = DB 1976, 2356; HaKo/Gallner § 1 KSchG Rdn. 521.

¹⁰⁶⁷ Einzelheiten Rn. 687 ff.

¹⁰⁶⁸ Dazu i. E. Rn. 684.

¹⁰⁶⁹ Siehe Rn. 597 f., 62 f.

V. Druckkündigung

1. Grundsätzliches

647 Kündigt der Arbeitgeber, weil Dritte, namentlich andere Arbeitnehmer, Kunden, Gewerkschaften oder auch staatliche Institutionen unter Androhung empfindlicher Nachteile Druck auf ihn ausüben, um ihn zur Kündigung eines bestimmten Arbeitnehmers zu veranlassen, so handelt es sich um eine **Druckkündigung**. Mögliche Druckmittel sind insbesondere Kündigungsdrohungen oder Arbeitsverweigerungen von Mitarbeitern oder Auftragsentzug durch Kunden.¹⁰⁷⁰

2. Echte und unechte Druckkündigung

648 Liegt – gleichzeitig zur Drucksituation – ein personen- oder verhaltensbedingter Kündigungsgrund vor, handelt es sich um eine **unechte Druckkündigung**. Bei der unechten Druckkündigung ist das Verlangen des Dritten gegenüber dem Arbeitgeber durch einen Grund im Verhalten oder in der Person des betroffenen Arbeitnehmers objektiv gerechtfertigt. In diesem Fall liegt es im **Ermessen des Arbeitgebers**, ob er eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung ausspricht.¹⁰⁷¹

649 Beruht die Kündigung hingegen **ausschließlich** auf dem ausgeübten Druck, so handelt es sich um eine **echte Druckkündigung**.¹⁰⁷² Die echte Druckkündigung wird überwiegend als betriebsbedingte Kündigung angesehen.¹⁰⁷³

650 Als Kündigungsgründe kommen beispielsweise in Betracht:

- bei einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer die Druckausübung durch Kunden und Mitarbeiter mit dem Vorwurf **autoritären Führungsstils** und mangelnder Fähigkeit zur Menschenführung¹⁰⁷⁴
- **nicht**: Abmeldung von vier Kindern aus einem **Kindergarten** als Grund für die Druckkündigung einer Mitarbeiterin des Kindergartens wegen Unzuträglichkeiten in der Kommunikation¹⁰⁷⁵
- Ankündigung mehrerer **Sponsoren** eines Fußballvereins, ihr Engagement für den Fall des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses eines Fußballspielers zu beenden, wenn es sich hierbei um wichtige Sponsoren handelt und sie mit erheblichem wirtschaftlichen Volumen am Etat des Fußballvereins beteiligt sind¹⁰⁷⁶
- **Weigerung** aller Mitarbeiter einer Station und des Chefarztes, mit einer Arbeitnehmerin als Stationsleiterin **zusammenzuarbeiten**, wenn die Mitarbeiter andernfalls ihre Eigenkündigung in Aussicht gestellt haben und erst nach längerer Einarbeitungszeit ersetzbar sind¹⁰⁷⁷
- **nicht**: bloße **Weigerung** einzelner Mitarbeiter, mit einem Arbeitnehmer zusammenzuarbeiten, wenn die Äußerungen der Mitarbeiter nicht erkennen lassen, dass sie ernstlich daran denken, den Arbeitgeber zu verlassen¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷⁰ Vgl. BAG 31. 1. 1996 – 2 AZR 158/95 – AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 13 = EzA BGB § 626 Druckkündigung Nr. 3 = NZA 1996, 581; v. *Hoyningen-Huene/Linck* § 1 KSchG Rdn. 318 ff.

¹⁰⁷¹ BAG 31. 1. 1996 – 2 AZR 158/95 – AP Nr. 13 zu § 626 BGB Druckkündigung = EzA § 626 BGB Druckkündigung Nr. 3 = NZA 1996, 581.

¹⁰⁷² BAG 19. 6. 1986 – 2 AZR 563/85 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 33 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 39 = NZA 1987, 21.

¹⁰⁷³ BAG 4. 10. 1990 – 2 AZR 201/90 – AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 12 = EzA § 626 BGB Druckkündigung Nr. 2 = NZA 1991, 468; KR/*Griebeling* § 1 KSchG Rdn. 474; a. A. v. *Hoyningen-Huene/Linck* § 1 Rdn. 205 f. m. w. N.

¹⁰⁷⁴ BAG 31. 1. 1996 – 2 AZR 158/95 – AP Nr. 13 zu § 626 BGB Druckkündigung = EzA § 626 BGB Druckkündigung Nr. 3 = NZA 1996, 581.

¹⁰⁷⁵ LAG Rheinland-Pfalz 18. 2. 2008 – 5 Sa 381/07 – BeckRS 2008, 54358.

¹⁰⁷⁶ ArbG Berlin 3. 6. 2009 – 27 Ca 4832/09 – BeckRS 2010, 71948.

¹⁰⁷⁷ BAG 4. 10. 1990 – 2 AZR 201/90 – AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 12 = EzA § 626 BGB Druckkündigung Nr. 2 = NZA 1991, 468.

¹⁰⁷⁸ LAG Nürnberg 9. 12. 2003 – 6 Sa 676/02 – NZA-RR 2004, 298.

3. Schutzpflicht des Arbeitgebers

Vor Ausspruch einer **echten** Druckkündigung muss der Arbeitgeber sich zunächst **schützend vor den betreffenden Arbeitnehmer stellen** und alles Zumutbare versuchen, um die Druckausübenden von ihrer Drohung abzubringen. Nur wenn diese weiterhin **auf der Kündigung bestehen**, dem Unternehmen andernfalls **schwere Schäden drohen** und es **keine anderen Mittel** gibt, die Schäden abzuwenden, ist die Druckkündigung sozial gerechtfertigt.¹⁰⁷⁹ 651

4. Betriebsratsanhörung

Bei der **unechten Druckkündigung** bestehen im Hinblick auf die Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG **keine Unterschiede** zu der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung.¹⁰⁸⁰ 652

Im Falle einer **echten Druckkündigung** muss der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat die **besondere Drucksituation** darlegen, insbesondere also die Person des Druckausübenden, die Art der angedrohten Nachteile sowie die befürchteten Folgen für den Betrieb. Ferner ist der Betriebsrat über die **Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers** zur Abwendung der Kündigung zu unterrichten. Da die echte Druckkündigung überwiegend als **betriebsbedingte Kündigung** angesehen wird,¹⁰⁸¹ sind im Übrigen die insoweit für die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG geltenden Besonderheiten¹⁰⁸² entsprechend heranzuziehen. 653

5. Schadensersatzpflichten

Nicht entschieden ist, ob der **druckausübende** Arbeitnehmer oder Geschäftspartner dem aufgrund des Drucks gekündigten Arbeitnehmer zum **Schadensersatz** verpflichtet ist. Insoweit werden als Rechtsgrundlage insbesondere die §§ 826, 824, 823 Abs. 2 BGB i. V.m. §§ 185, 240 StGB oder auch § 823 Abs. 1 BGB i. V.m. einem absoluten Recht am Arbeitsplatz diskutiert.¹⁰⁸³ 654

In jedem Falle würde die tatbestandsmäßige Verletzung eines – bisher nicht anerkannten – Rechts am Arbeitsplatz oder am Arbeitsverhältnis nicht die Rechtswidrigkeit indizieren. Vielmehr bedürfte diese wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht und beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der gesonderten Feststellung: Voraussetzung wäre insoweit eine zu missbilligende Art der Schädigung, die der Geschädigte nicht dulden muss.¹⁰⁸⁴ 655

Richtigerweise wird man einen solchen Anspruch nur unter den strengen Voraussetzungen des § 826 BGB gewähren können, wenn also der Druck auf den Arbeitgeber nur zu dem **Zwecke** ausgeübt wurde, **dem betreffenden Arbeitnehmer zu schaden** (Vorsatz!), und wenn der Arbeitnehmer seinerseits keinen vertretbaren Anlass dazu gesetzt hat.¹⁰⁸⁵ 656

VI. Personenbedingte Kündigung

1. Allgemeine Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung

Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist die Kündigung auch sozial ungerechtfertigt, *„wenn sie nicht durch Gründe bedingt ist, die in der Person des Arbeitnehmers liegen“*. 657

¹⁰⁷⁹ BAG 19. 6. 1986 – 2 AZR 563/85 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 33 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 39 = NZA 1987, 21.

¹⁰⁸⁰ Siehe dazu jeweils Rn. 505 ff. bzw. Rn. 657 ff.

¹⁰⁸¹ Siehe oben Rn. 647 ff.

¹⁰⁸² Siehe dazu i. E. Rn. 414 ff.

¹⁰⁸³ Vgl. BAG 4. 6. 1998 – 8 AZR 786/96 – AP BGB § 823 Nr. 7 = EzA BGB § 823 Nr. 9 = NZA 1998, 1113.

¹⁰⁸⁴ BAG 4. 6. 1998 – 8 AZR 786/96 – AP BGB § 823 Nr. 7 = EzA BGB § 823 Nr. 9 = NZA 1998, 1113.

¹⁰⁸⁵ Vgl. BAG 4. 6. 1998 – 8 AZR 786/96 – AP BGB § 823 Nr. 7 = EzA BGB § 823 Nr. 9 = NZA 1998, 1113; v. *Hoyningen-Huene/Linck* § 1 KSchG Rdn. 321; vgl. zum Ganzen *Schleusener*, NZA 1999, 1078.

- 658 Diese Kündigungsmöglichkeit beruht darauf, dass bei einem **personenbedingten Kündigungsgrund** das Verhältnis von Leistung (Arbeitsleistung des Arbeitnehmers) und Gegenleistung (Vergütungspflicht des Arbeitgebers) erheblich gestört sein kann, sodass für den Arbeitgeber eine Fortsetzung nicht länger zumutbar ist.¹⁰⁸⁶ Im Gegensatz zur verhaltensbedingten Kündigung¹⁰⁸⁷ liegt der personenbedingten **kein steuerbares Verhalten** des betreffenden Mitarbeiters zugrunde. Daher kommt auch eine Abmahnung¹⁰⁸⁸ in der Regel nicht in Betracht.
- 659 In der Praxis **vorherrschend** ist die personenbedingte Kündigung wegen **Krankheit**.¹⁰⁸⁹ Eine personenbedingte Kündigung kann aber auch gestützt werden auf mangelnde körperliche oder geistige Eignung,¹⁰⁹⁰ Schlechtleistung aufgrund mangelnder Qualifikation,¹⁰⁹¹ Unzuverlässigkeit des Arbeitnehmers¹⁰⁹² oder auch Exmatrikulation einer studentischen Hilfskraft.¹⁰⁹³
- 660 Unter 2. werden eine Reihe von **Einzelfällen** zur personenbedingten Kündigung dargestellt, im Anschluss unter 3. entsprechend ihrer enormen praktischen Bedeutung eingehend die **krankheitsbedingte Kündigung**.

2. Einzelfälle zur personenbedingten Kündigung

a) Altersgrenze

- 661 Kein personenbedingter Kündigungsgrund ist das Erreichen einer bestimmten **Altersgrenze** (vgl. § 41 Satz 1 SGB VI). Das gilt auch für die allgemeine Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung zwischen 65 und 67 Jahren gemäß §§ 35 S. 2, 235 Abs. 2 SGB VI. Sie kann aber bei betriebsbedingten Kündigungen im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse an einer **ausgewogenen Alterstruktur** i.R.v. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berücksichtigt werden.¹⁰⁹⁴
- 662 Auch das **Alter als solches** kann eine personenbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Nur wenn das Alter Eignung oder Fähigkeit des Arbeitnehmers, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, in erheblichem Maß beeinträchtigt, kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht, wobei die Beeinträchtigung **über das altersbedingt übliche Maß deutlich hinausgehen** muss.¹⁰⁹⁵

b) Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen

- 663 Ein Arbeitnehmer kann aus **Gewissensgründen** oder aus **religiösen Gründen** gehindert sein, die Arbeitsleistung zu erbringen. Das kann, sofern er dadurch nicht mehr die Arbeitsaufgabe erfüllen kann, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, eine personenbedingte Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigen.
- 664 Insoweit muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zunächst mitteilen, worin genau die religiösen oder gewissensbedingten Gründe bestehen und aufzeigen, an welchen Tätigkeiten er sich gehindert sieht. Besteht für den Arbeitgeber im Rahmen der von ihm zu bestimmenden betrieblichen Organisation die **Möglichkeit**, den Arbeitnehmer **vertragsgemäß** in

¹⁰⁸⁶ Vgl. *Herschel/Löwisch* § 1 KSchG Rdn. 134 ff.

¹⁰⁸⁷ Dazu im Einzelnen oben Rn. 505 ff.

¹⁰⁸⁸ Zur Abmahnung bei der verhaltensbedingten Kündigung im Einzelnen oben Rn. 537 ff.

¹⁰⁸⁹ Dazu im Einzelnen unten Rn. 695 ff.; *Bauer/Röder/Lingemann* Krankheit im Arbeitsverhältnis, 99 ff.; *Lepke* Kündigung bei Krankheit, 159 ff.; *Lingemann/Ludwig* ArbR 2010, 385 ff.

¹⁰⁹⁰ Vgl. LAG Brandenburg 21. 3. 1994 – 4 (5/4) Sa 369/92 – LAGE § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 12.

¹⁰⁹¹ Vgl. *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386.

¹⁰⁹² BAG 27. 11. 2008 – 2 AZR 193/07 – AP Nr. 219 zu § 626 BGB = NZA 2009, 671.

¹⁰⁹³ BAG 18. 9. 2008 – 2 AZR 193/07 – NZA 2009, 425; der Wegfall der Sozialversicherungsfreiheit bei einem Studenten begründet jedoch keinen personenbedingten Kündigungsgrund: BAG 18. 1. 2007 – 2 AZR 731/05 – AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 20 = NZA 2007, 680.

¹⁰⁹⁴ Dazu im Einzelnen oben Rn. 325.

¹⁰⁹⁵ BAG 28. 9. 1961 – 2 AZR 428/60 – AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung = NJW 1962, 73; *HaKo/Gallmer* § 1 KSchG Rdn. 494.

einer Art und Weise **zu beschäftigen**, die den religionsbedingten Einschränkungen Rechnung trägt, so muss er dem Arbeitnehmer diese Tätigkeit zuweisen. So hat das BAG mit Urteil vom 24. 2. 2011 auch hinsichtlich der Kündigung eines als „Ladenhilfe“ in einem Einzelhandelsmarkt beschäftigten Angehörigen muslimischen Glaubens entschieden, der sich aufgrund seines Glaubens weigerte, alkoholische Getränke zu transportieren.¹⁰⁹⁶

Der Arbeitgeber ist allerdings nur dann verpflichtet, nach anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten zu suchen, wenn die **Gewissensnot und Ernsthaftigkeit der Gewissensentscheidung erkennbar** sind; Erheblichkeit und Gewicht der Gewissensbildung sollen dann keiner weiteren gerichtlichen Kontrolle unterliegen.¹⁰⁹⁷ **665**

c) Eheschließung/Ehescheidung

Eheschließung und Ehescheidung sind grundsätzlich arbeitsrechtlich irrelevant. **666**

Etwas anderes kann in kirchlichen Einrichtungen gelten, soweit nicht § 9 AGG entgegensteht.¹⁰⁹⁸ Je näher der geschützte Bereich dem Verkündungsbereich und damit Kernbereich verfassungsrechtlich geschützter Religionsfreiheit kommt, desto eher ist eine personenbedingte Kündigung aufgrund spezifischer kirchlicher Regelungen gerechtfertigt.¹⁰⁹⁹ Insoweit kann ein Verstoß in der Lebensführung gegen kirchliche Grundsätze auch eine verhaltensbedingte Kündigung begründen.¹¹⁰⁰

d) Fehlende Erlaubnisse

Das Fehlen einer für die Tätigkeit erforderlichen **Erlaubnis**¹¹⁰¹ oder auch der Verlust einer **Fahrerlaubnis** bei einem Kraftfahrer¹¹⁰² kann eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen. Auch hier ist aber nach dem Ultima-Ratio-Grundsatz jeweils zu prüfen, ob der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz **weiterbeschäftigt** werden kann, auf dem diese Erlaubnis nicht erforderlich ist, oder ob und ggf. wie lange dem Arbeitgeber ein Zuwarten auf die (Wieder-)Erteilung der Erlaubnis zuzumuten ist.¹¹⁰³ Ist die (Wieder-)Erteilung völlig ungewiss oder gar unwahrscheinlich, so kann die personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt sein.¹¹⁰⁴ Insoweit gelten vergleichbare Grundsätze wie bei einer Kündigung wegen lang anhaltender Erkrankung.¹¹⁰⁵ **667**

e) Freiheitsstrafe/Haft

Die Verbüßung einer mehrjährigen **Freiheitsstrafe** ist grundsätzlich geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Hat die zugrundeliegende Straftat einen Bezug zum Arbeitsverhältnis, so kann auch eine **verhaltensbedingte** Kündigung sozial gerechtfertigt sein;¹¹⁰⁶ fehlt ein solcher Bezug, so kommt nur eine personenbedingte Kündigung in Betracht. **668**

¹⁰⁹⁶ BAG 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09 – PM 16/11 m. Anm. Bauer, ArbRAktuell 2011, 143; ähnlich schon BAG 24. 5. 1989 – 2 AZR 285/88 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit = EzA § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 3 = NZA 1990, 144.

¹⁰⁹⁷ BAG 24. 5. 1989 – 2 AZR 285/88 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit = EzA § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 3 = NZA 1990, 144; 20. 12. 1984 – 2 AZR 436/83 – AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht = NZA 1986, 21.

¹⁰⁹⁸ Dazu PWW/Lingemann § 9 AGG Rdn. 4.

¹⁰⁹⁹ Vgl. BAG 14. 10. 1980 – 1 AZR 1274/79 – AP Nr. 7 zu Art. 140 GG = EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr. 30 = NJW 1981, 1228; PWW/Lingemann § 9 AGG Rdn. 3.

¹¹⁰⁰ HaKo/Gallner § 1 KSchG Rdn. 518.

¹¹⁰¹ BAG 31. 1. 1996 – 2 AZR 68/95 – AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 13 = NZA 1996, 819 – Entzug einer Fluglizenz; 11. 7. 1980 – 7 AZR 552/78 – AP Nr. 18 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten = EzA § 134 BGB Nr. 11.

¹¹⁰² Vgl. BAG 25. 4. 1996 – 2 AZR 74/95 – AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 14 = NZA 1996, 1201; 30. 5. 1978 – 2 AZR 630/76 – AP Nr. 70 zu § 626 BGB = EzA § 626 n. F. BGB Nr. 66 = NJW 1979, 332.

¹¹⁰³ Vgl. BAG 7. 2. 1990 – 2 AZR 359/89 – AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 8 = NZA 1991, 341.

¹¹⁰⁴ Vgl. HaKo/Gallner § 1 KSchG Rdn. 498.

¹¹⁰⁵ Vgl. HaKo/Gallner § 1 KSchG Rdn. 498.

¹¹⁰⁶ Dazu oben Rn. 509 ff. (27).

- 669 Sowohl bei den Anforderungen an den **Kündigungsgrund** als auch bei der abschließenden einzelfallbezogenen **Interessenabwägung** ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsunmöglichkeit und die damit einhergehende Störung des Arbeitsverhältnisses **selbst zu vertreten** hat. Das BAG stellt daher an den Arbeitgeber auch geringere Anforderungen hinsichtlich der **Überbrückung** von Fehlzeiten als bei einer personenbedingten Kündigung, die beispielsweise wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit erfolgt. Zu berücksichtigen ist ferner die **Dauer** der Leistungsunmöglichkeit. Wohl in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Kündigung wegen lang andauernder Erkrankung¹¹⁰⁷ ist der Arbeitgeber jedenfalls dann in der Regel berechtigt, den Arbeitsplatz dauerhaft neu zu besetzen, wenn gegen den Arbeitnehmer rechtskräftig eine **Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren** verhängt wurde.¹¹⁰⁸
- 670 Zum Teil wird allerdings eine Verpflichtung des Arbeitgebers bejaht, den Arbeitnehmer bei dem Versuch, den **Freigänger-Status** zu erlangen, zu unterstützen, sofern die Straftat keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweist und auch keine anderen schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers einer derartigen Bemühung entgegenstehen, da der Arbeitgeber dadurch verhindert, dass die künftige Arbeitsleistung unmöglich wird.¹¹⁰⁹

f) HIV-Infektion/AIDS-Erkrankung

- 671 Eine **HIV-Infektion** ist jedenfalls dann weder ein Kündigungsgrund nach § 626 BGB noch nach § 1 Abs. 2 KSchG, wenn mit der Tätigkeit des HIV-Infizierten die Gefahr der Infizierung anderer Arbeitnehmer oder Dritter, mit denen sie in Berührung kommen, nicht verbunden ist.¹¹¹⁰ Besteht hingegen ein gesteigertes Ansteckungsrisiko, so kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber dem durch geeignete und zumutbare Schutzmaßnahmen begegnen oder ggf. eine entsprechende Versetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz durchführen kann.¹¹¹¹
- 672 Verlangen andere Arbeitnehmer die Kündigung (**Druckkündigung**), so muss sich nach den allgemeinen Grundsätzen der Arbeitgeber jedoch zunächst schützend vor den Arbeitnehmer stellen.¹¹¹²
- 673 Liegt hingegen eine **AIDS-Erkrankung** vor, so gelten die allgemeinen Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung: es muss also eine negative Gesundheitsprognose vorliegen, betriebliche Interessen müssen erheblich beeinträchtigt sein und die Interessenabwägung muss zu Lasten des Arbeitnehmers ausfallen. Davon wird man wohl erst ab dem letzten Stadium der AIDS-Erkrankung ausgehen können.¹¹¹³

g) „Low Performance“ – unzureichende Arbeitsleistung

- 674 Eine personenbedingte Kündigung kann auch wegen **unzureichender Arbeitsleistung** ausgesprochen werden.
- 675 **aa) Verhaltens- oder personenbedingte Kündigung?** Die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer wegen Minderleistung kann nach § 1 Abs. 2 KSchG als **verhaltensbedingte** oder als personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein.
- 676 Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt voraus, dass dem Arbeitnehmer eine **Pflichtverletzung** vorzuwerfen ist. Insoweit kann eine längerfristige deutliche Unterschreitung der durchschnittlichen Arbeitsleistung ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer weniger arbeitet als er könnte.

¹¹⁰⁷ Dazu unten Rn. 740 ff.

¹¹⁰⁸ BAG 24. 3. 2011 – 2 AZR 790/09 – PM 24/11 m. Anm. *Bauer/Winzer* NZG 2011, 696; 25. 11. 2010 – 2 AZR 984/08 – NZA 2011, 686.

¹¹⁰⁹ BAG 9. 3. 1995 – 2 AZR 497/94 – AP Nr. 123 zu § 626 BGB = EzA § 626 n. F. BGB Nr. 154 = NZA 1995, 777; *HaKo/Gallner* § 1 KSchG Rdn. 528.

¹¹¹⁰ LAG Berlin 16. 6. 1987 – 24 Ca 319/86 – NZA 1987, 637; *HaKo/Gallner* § 1 KSchG Rdn. 485; *Bauer/Röder/Lingemann* Krankheit im Arbeitsverhältnis, 107 ff.; *Löwisch*, DB 1987, 941.

¹¹¹¹ *HaKo/Gallner* § 1 KSchG Rdn. 485; *Bauer/Röder/Lingemann* Krankheit im Arbeitsverhältnis, 107 ff.

¹¹¹² Einzelheiten Rn. 647 ff.

¹¹¹³ Einzelheiten bei *Bauer/Röder/Lingemann* Krankheit im Arbeitsverhältnis, 108; *Koch*, NZA 1987 Beilage 2, 2 ff.; *Löwisch*, DB 1987, 942.

Demgegenüber kommt eine **personenbedingte** Kündigung in Betracht, wenn bei einem über längere Zeit erheblich leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichts zu rechnen ist.¹¹¹⁴ 677

bb) Negative Prognose. Wie bei der krankheitsbedingten Kündigung bedarf somit auch die **personenbedingte** Kündigung wegen „Low Performance“¹¹¹⁵ einer Prognose, nach der auch in Zukunft mit länger anhaltenden, erheblich unterdurchschnittlichen Leistungen des Arbeitnehmers und damit einer schwerwiegenden Störung des Vertragsgleichgewichtes zu rechnen ist.¹¹¹⁶ 678

Auch wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer sich ausreichend bemüht hat, kommt daher eine Kündigung in Betracht, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers gleichwohl entweder **völlig erfolglos** ist¹¹¹⁷ oder sehr **deutlich** hinter den Leistungen vergleichbarer Arbeitnehmer **zurückbleibt**. Insoweit hat das BAG bei einer durchschnittlichen Leistung des Arbeitnehmers, die auf Dauer lediglich bei **66%** der Normalleistung liegt, eine solche Kündigung bestätigt.¹¹¹⁸ 679

Letztlich kommt es für die Begründetheit der personenbedingten Kündigung darauf an, ob die Arbeitsleistung die **berechtigte Erwartung des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit** der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, dass dem Arbeitgeber ein Festhalten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird.¹¹¹⁹ Denn der Arbeitnehmer, der trotz angemessener Bemühung die Normalleistung erheblich unterschreitet oder nicht erbringt, verstößt zwar nicht gegen den Vertrag, unterschreitet aber die nicht zur Vertragsbedingung erhobene berechnete Erwartung des Arbeitgebers von einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.¹¹²⁰ 680

Der Arbeitgeber muss insoweit im Rahmen der **abgestuften Darlegungslast** zunächst nur die Minderleistung vortragen. Es ist dann Sache des Arbeitnehmers, darzulegen, warum er trotz unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausgeschöpft bzw. woran die Störung des Leistungsgleichgewichts liegen könnte und ob in Zukunft eine Besserung zu erwarten ist.¹¹²¹ 681

cc) Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten – Ultima Ratio. Allerdings ist auch in Fällen von „Low Performern“ stets zu prüfen, ob das gegenüber der Kündigung **mildere Mittel** in einer zumutbaren Beschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen liegen kann, wobei das BAG hier ausdrücklich auch eine **Vergütungsreduzierung** in Betracht zieht.¹¹²² 682

dd) Interessenabwägung. Im Rahmen einer **abschließenden Interessenabwägung** sind dann die individuellen, noch nicht im Kündigungsgrund berücksichtigten beidersei-

¹¹¹⁴ BAG 3. 6. 2004 – 2 AZR 386/03 – AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 27 = NZA 2004, 1380; 11. 12. 2003 – 2 AZR 667/02 – AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = NZA 2004, 784; s. auch oben Rn. 644 ff.

¹¹¹⁵ Dazu eingehend *Friemel/Walk*, NJW 2010, 1557.

¹¹¹⁶ BAG 29. 1. 1997 – 2 AZR 9/96 – AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 42 = NZA 1997, 709; dazu *Lingemann*, BB 1998, 1106.

¹¹¹⁷ BAG 3. 6. 2004 – 2 AZR 386/03 – AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 27 = NZA 2004, 1380.

¹¹¹⁸ BAG 3. 6. 2004 – 2 AZR 386/03 – AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 27 = NZA 2004, 1380; 11. 12. 2003 – 2 AZR 667/02 – AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = NZA 2004, 784; 26. 9. 1991 – 2 AZR 132/91 – AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 10 = NZA 1992, 1073; LAG Hamm 1. 2. 2005 – 19 (11) Sa 1167/01 – LAG Report 2005, 337.

¹¹¹⁹ BAG 11. 12. 2003 – 2 AZR 667/02 – AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = NZA 2004, 784.

¹¹²⁰ BAG 11. 12. 2003 – 2 AZR 667/02 – AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = NZA 2004, 784.

¹¹²¹ BAG 3. 6. 2004 – 2 AZR 386/03 – AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 27 = NZA 2004, 1380.

¹¹²² BAG 11. 12. 2003 – 2 AZR 667/02 – AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = NZA 2004, 784.

tigen Interessen gegeneinander abzuwägen, wobei dem Schutz älterer, langjährig beschäftigter und unverschuldet beeinträchtigter Arbeitnehmer Rechnung getragen werden muss.¹¹²³

684 **ee) Nachweisprobleme.** Für die Praxis gestaltet sich der **Nachweis der qualitativen Minderleistung** sehr schwierig. Die Erfolgsaussichten einer personenbedingten Kündigung wegen Minderleistung hängen in erster Linie von einer soliden und detailliert vorzutragenden Erhebung geeigneter Leistungsdaten ab.

685 So hat das BAG mit Urteil vom 17. 1. 2008¹¹²⁴ entschieden, dass der Vortrag des Arbeitgebers, die **Fehlerquote** der Gekündigten **übersteige diejenige ihrer Kollegen deutlich**, für sich genommen den Anforderungen an die Darlegungslast nicht genüge, da die bloße Abweichung vom Durchschnitt nicht maßgeblich sei. Insoweit kommt der Bildung der **zu treffenden Vergleichsgruppe** maßgebliche Bedeutung zu. Sie muss zum einen **transparent**¹¹²⁵ und auch in der **Größe** zutreffend gewählt sein.¹¹²⁶ Vergleichbar müssen auch die Arbeitsbedingungen sein.¹¹²⁷ Auch sind nur solche Leistungswerte vergleichbar, die unter etwa **gleichen Bedingungen** erzielt wurden.¹¹²⁸

686 Ebenso wie bei der krankheitsbedingten Kündigung kommt es überdies auf die **Dauer der deutlichen Unterschreitung** der Durchschnittsleistung an, wobei das BAG hier keine verlässlichen Zeiträume nennt. Wahrscheinlich wird man auf die der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen zugrunde gelegten Zeiträume abstellen müssen.¹¹²⁹

687 **ff) Abmahnung?** Da der Arbeitgeber regelmäßig nicht vorhersehen kann, ob es sich um eine **verhaltensbedingte oder eine personenbedingte Leistungsstörung** handelt, ist ihm zu raten, vor Ausspruch einer Kündigung eine **Abmahnung** zu erteilen, um auch den Anforderungen an eine verhaltensbedingte Kündigung zu genügen.¹¹³⁰

688 Allerdings stellt das BAG auch schon an diese Abmahnung **hohe Anforderungen**. Die Abmahnung muss zwar nicht konkrete Pflichtverletzungen belegen, da deren Vorliegen ja offen ist,¹¹³¹ sie muss aber jedenfalls die Feststellungen zur unterdurchschnittlichen Leistung im Einzelnen enthalten und auch darlegen, welche konkrete Erwartung der Arbeitgeber an den Arbeitnehmer hat.¹¹³²

689 Im Anschluss an die Abmahnung muss der Arbeitgeber zudem einen **ausreichenden Zeitraum** verstreichen lassen, um dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, seine Leistung anzupassen, wobei ein Zeitraum von **mehreren Monaten** vorgeschlagen wird.¹¹³³

h) Nichtverlängerung der Arbeiterlaubnis

690 Die Nichtverlängerung der **Arbeiterlaubnis** eines ausländischen Arbeitnehmers kann eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen.¹¹³⁴

¹¹²³ BAG 11. 12. 2003 – 2 AZR 667/02 – AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = NZA 2004, 784; LAG Köln 26. 2. 1999 – 11 Sa 1216/98 – NZA-RR 2000, 25.

¹¹²⁴ BAG 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06 – AP Nr. 85 zu § 1 KSchG 1969 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 72 = NZA 2008, 693.

¹¹²⁵ LAG Rheinland-Pfalz 22. 1. 2009 – 10 Sa 535/08 – BeckRS 2009, 61403.

¹¹²⁶ LAG Hamm 12. 7. 2007 – 17 Sa 64/07 – BeckRS 2007, 46771.

¹¹²⁷ Vgl. LAG Schleswig-Holstein – 5 Sa 398/07 – NZA-RR 2008, 573.

¹¹²⁸ BAG 27. 11. 2008 – 2 AZR 675/07 – AP Nr. 33 zu § 611 BGB Abmahnung = EzA § 314 BGB 2002 Nr. 4 = NZA 2009, 842.

¹¹²⁹ Dazu unten Rn. 703 ff.; vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz 22. 1. 2009 – 10 Sa 535/08 – BeckRS 2009, 61403.

¹¹³⁰ Einzelheiten unter Rn. 537 ff.; auch LAG Rheinland-Pfalz 15. 10. 2008 – 8 Sa 345/08 – BeckRS 2009, 56477.

¹¹³¹ BAG 27. 11. 2008 – 2 AZR 675/07 – AP Nr. 33 zu § 611 BGB Abmahnung = EzA § 314 BGB 2002 Nr. 4 = NZA 2009, 842; a. A. noch Vorinstanz: LAG Saarland 25. 7. 2007 – 1 Sa 51/07 – BeckRS 2009, 66270.

¹¹³² BAG 27. 11. 2008 – 2 AZR 675/07 – AP Nr. 33 zu § 611 BGB Abmahnung = EzA § 314 BGB 2002 Nr. 4 = NZA 2009, 842.

¹¹³³ *Friemel/Walk*, NJW 2010, 1557.

¹¹³⁴ BAG 7. 2. 1990 – 2 AZR 359/89 – AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 8 = NZA 1991, 341; 19. 1. 1977 – 3 AZR 66/75 –