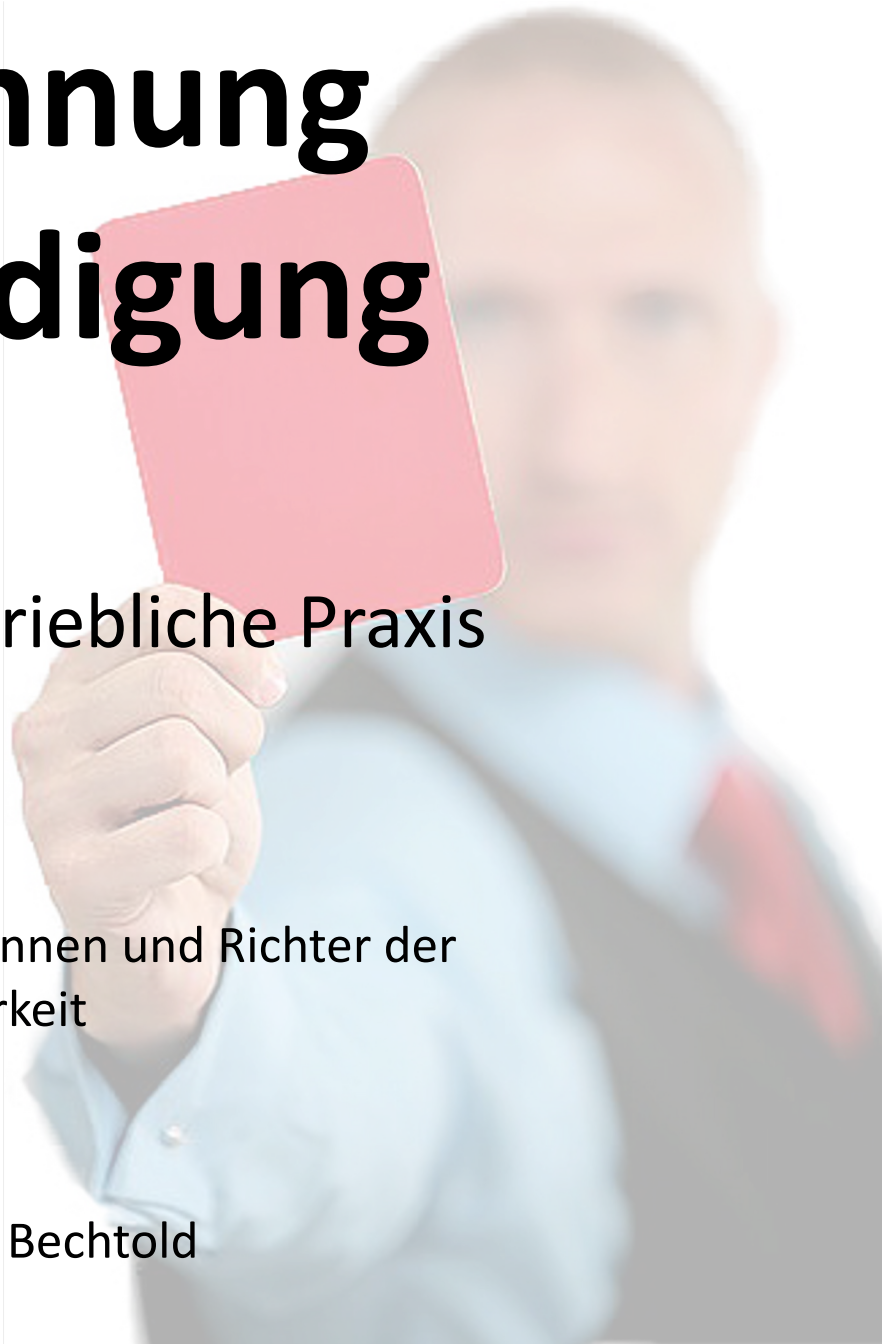
Abmahnung und Kündigung



Rechtsprechung und betriebliche Praxis

Seminar für ehrenamtliche Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit

Referent: RiArbG Frank Bechtold

Themenspektrum

- „Vertrauenskapital“ – spare in der Not ... ?
  - Fuhlrott, Die fristlose Kündigung wegen Vermögensdelikten zwei Jahre nach „Emmely“, ArbR Aktuell 2012, 498
  - Schrader, Abmahnung und „Vertrauenskapital“, NJW 2012, 342
  - Walker, Die begrenzte Bedeutung des Falles „Emmely“ für die Entwicklung zur außerordentlichen Kündigung, NZA 2009, 921
- Alkohol & Co.
  - Hey/Linse, Alkohol, Drogen und Sucht – Arbeitsrechtliche Anforderungen einer suchtbedingten Kündigung unter Berücksichtigung (auch zukünftiger) datenschutzrechtlicher Vorgaben, BB 2012, 2881
- Private Internetnutzung
  - Kramer, Kündigung eines leitenden Angestellten wegen privater Internetnutzung, NZA 2013, 311
  - Kramer, Kündigung wegen privater Internetnutzung, NZA 2006, 194
- Beleidigungen (insbesondere Facebook)
  - Deeg, Die verhaltensbedingte Kündigung wegen Beleidigung, ArbR Aktuell 2010, 547
  - Bauer/Günther, Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook, NZA 2013, 67
  - Kort, Kündigungsrechtliche Fragen bei Äußerungen des Arbeitnehmers im Internet, NZA 2012, 1321
- Videoüberwachung am Arbeitsplatz
  - Byers/Prachka, Die Zulässigkeit der Videoüberwachung am Arbeitsplatz, BB 2013, 760
  - Bauer/Schansker, (Heimliche) Videoüberwachung durch den Arbeitgeber, NJW 2012, 3537
- Verwertungsverbote
  - Bergwitz, Prozessuale Verwertungsverbote bei unzulässiger Videoüberwachung, NZA 2012, 353

Arten der Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen

- Verhaltensbedingte Kündigung gem. § 1 Abs.2 KSchG

- Außerordentliche Kündigung gem. § 626 BGB

Grundlagen

- Zu vertretende Pflichtverletzung
- Vorrang milderer Mittel
- Interessenabwägung

Pflichtverletzung

- Grundsätzlich ist eine schuldhafte Vertragsverletzung erforderlich bezüglich
  - der Arbeitspflicht als Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag (z.B. unentschuldigtes Fehlen) *oder*
  - Nebenleistungspflichten (z.B. Anzeigepflicht bei Erkrankung)

- Negativprognose
  - Es muss auch in Zukunft mit weiteren Vertragsverletzungen zu rechnen sein *oder*
  - aufgrund der zurückliegenden Umstände ist das für eine weitere Zusammenarbeit notwendige Vertrauen zerstört

Mildere Mittel

- Abmahnung
  - In der Regel muss der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung in einem vergleichbaren Fall abgemahnt worden ist.
  - Eine Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn sie
    - sinn- und zwecklos gewesen wäre, z.B. weil der Arbeitnehmer nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten, *oder*
    - wenn die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens dem Arbeitnehmer klar erkennbar war und er nicht damit rechnen konnte, der Arbeitgeber werde sie hinnehmen (z.B. Vermögensstraftaten zu Lasten des Arbeitgebers).

Begriff und Funktion der Abmahnung

Eine Abmahnung liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise

- Vertragspflichtverletzungen genau bezeichnet nach Zeit, Ort und Inhalt der verletzten Pflicht beanstandet (Hinweis- oder Rügefunktion der Abmahnung)

und

- damit den Hinweis verbindet, dass im Wiederholungsfall der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist (Warnfunktion der Abmahnung).

Abmahnung

- Wirkung der Abmahnung
  - Mit der Abmahnung ist die Pflichtverletzung als Kündigungsgrund "**verbraucht**".
  - Bei einer **nachfolgenden weiteren** gleichgelagerten Pflichtverletzung kann eine Kündigung sozial gerechtfertigt sein.

- Beseitigung der Abmahnung (Anspruch aus § 1004 BGB)
  - Der Arbeitnehmer kann auf Widerruf und Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte klagen. *Ist das ratsam?*
  - Keine Klagefrist; auch in einem späteren Kündigungsschutz-prozess kann der Arbeitnehmer noch geltend machen, die Abmahnung sei zu Unrecht erfolgt.

Abmahnung

- Beseitigung der Abmahnung
  - Die Abmahnung kann durch Zeitablauf ihre kündigungsrechtliche Wirkung verlieren.
  - Feste Fristen gibt es nicht, maßgebend sind die Umstände des Einzelfalles (Faustregel 2-3 Jahre).
  - Ob ein Entfernungsanspruch infolge Zeitablauf besteht, ist fraglich *(Emmely-Entscheidung – Nachweis von Vertragsstörungen)*.
- Kein Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Abmahnung

Außerordentliche Kündigung

- Kündigungsgrund, § 626 Abs.1 BGB

- Eine außerordentliche Kündigung setzt voraus, dass

  Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung

  - aller Umstände des Einzelfalles *und*
  - unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile
  - die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** nicht zugemutet werden kann.

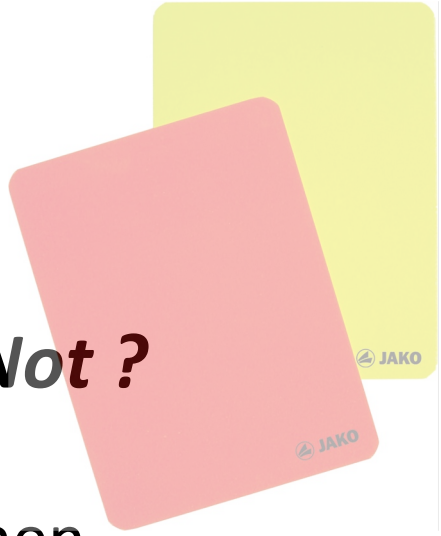
Außerordentliche Kündigung

- Verdachts-/Tatkündigung

- Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs.2 BGB

  – Unterschiedl. Fristen je nach Art der Kündigung
  – Kenntnis d. Kündigungsberechtigten entscheidend

Vertrauenskapital



... Spare in der Zeit, dann hast du in der Not ?

- Problemkreis: Diebstahl geringwertiger Sachen

Kündigungsgrund:

  - Vermögensdelikte zu Lasten des AG sind typische Sachverhalte für einen Kündigungsgrund (fristlos oder verhaltensbedingt
  - Strafrechtliche (Be-) Verurteilung ist nicht entscheidend
  - Wirtschaftlicher Schaden (Wert) ist nicht entscheidend

Vertrauenskapital

- Abmahnungserfordernis:
  - Im Regelfall entbehrlich, da AN wissen muss, dass Eingriffe in die Vermögenssphäre nicht geduldet werden
  - Gilt anderes, wenn der AN über lange Jahre hinweg beanstandungsfrei und loyal gearbeitet hat und ein bloßes Bagatelldelikt vorliegt?

Vertrauenskapital

- So BAG in der „Emmely-Entscheidung“
  (BAG vom vom 10.6.2010, NZA 2010, 1227)
  - Als milderes Mittel ist die Abmahnung ausreichend, wenn
    - Die Vertrauensbeziehung zwischen AN und AG durch eine erstmalige Täuschung nicht vollständig und unwiederbringlich zerstört wird
    - Der AN über lange Zeit beanstandungs- und abmahnungsfrei gearbeitet hat

Vertrauenskapital

- Bagatellgrenze?
  - Keine Grenze in arbeitsgerichtlichen Entscheidungen definiert und erkennbar

- Diskutiert wird:
  - Verfolgungsgrenze, § 248a StGB (50,--€)
    (Gesetzentwurf der SPD-Fraktion v.9.2.10)
  - Tatrichterlicher Entscheidungsspielraum

Vertrauenskapital

- Zeitgrenze?
  - Lange Jahre
    - Bei diskutierten Folgeverfahren werden auch Zeiträume von 12, 13 und 20 Jahren als unbeachtlich angesehen
  - Störungsfreier Verlauf
    - Nicht allein rechtl. Bestand des Arbeitsverhältnisses entscheidet, sondern der „reibungslose“ Ablauf
    - Kein störungsfreier Verlauf, wenn AV bereits zuvor (beispielsweise durch Abmahnungen dokumentiert) belastet ist

Konsequenzen aus „Emmely“

- Weiterhin strenger Maßstab bei Vermögensdelikten
- „Absolute“ Kündigungsgründe gibt es nicht
- Interessenabwägung im Einzelfall ist „als Korrektiv“ für überzogene Maßnahmen heranzuziehen

→ Eigentlich nichts neues !

Alkohol, Drogen und Sucht

- Verhaltensbedingter Kündigungsgrund ?
  - Abgrenzung zwischen steuerbaren und krankheitsrelevanten Ausprägungen

Nur wenn keine Suchterkrankung vorliegt, kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht ?

Alkohol, Drogen und Sucht

- <u>Nein</u>, mögliche Fallgruppen:

  a) Steuerbarkeit trotz (behaupteter) Abhängigkeit

  a) Verschuldete Herbeiführung einer Abhängigkeit

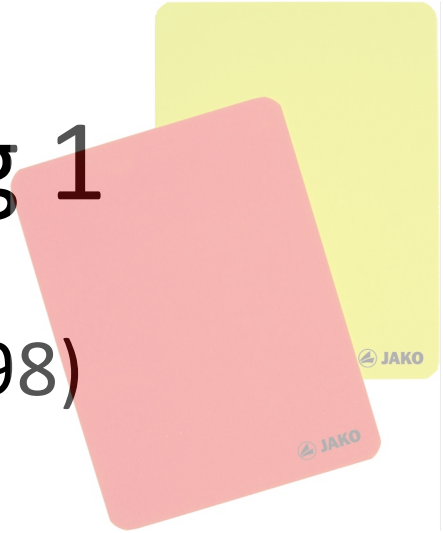
  a) Verstoß gegen betriebliches Verbot (fraglich)

Einstieg: Missbrauch von Firmen-PC

- Azubi im Einzelhandel, 3. Lehrjahr
- Abgemahnt wegen unerlaubter Nutzung der Betriebsmittel und Herunterladen pornographischer Dateien aus dem Internet

- Kündigungsrelevanz?
- Abmahnungserfordernis?
- „Sonstiges“, insbesondere § 22 Abs.3 BBiG

Private Internetnutzung 1

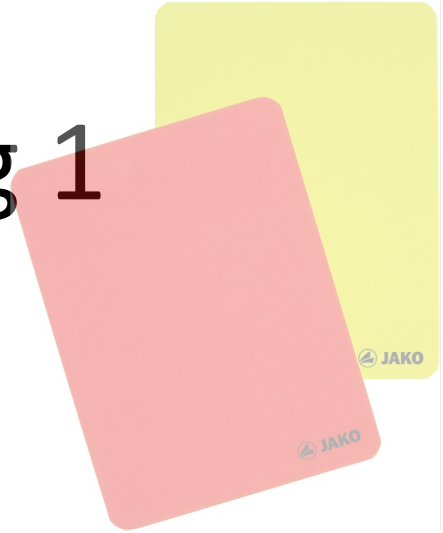


Ausgangsfall: BAG 7.7.2005 (NZA 2006, 98)

- AN 40 Jahre, 2 Kinder
- Seit 18 Jahren als Schichtführer tätig
- Keine Abmahnungen

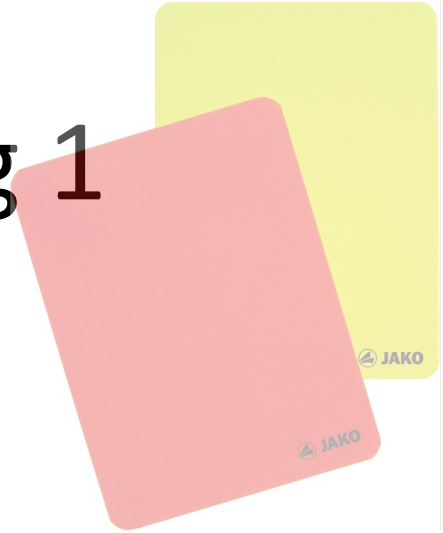
- Keine betriebliche Regelung zur privaten Internetnutzung
- Tägl. Pausenzeiten 1 Stunde, Lage nicht festgelegt

Private Internetnutzung 1



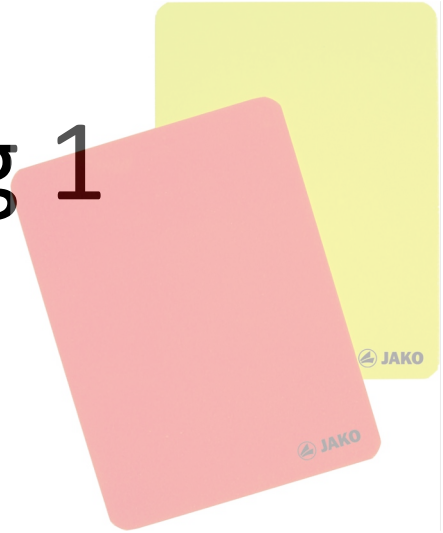
- Private Nutzung unstreitig
  - An zwei Tagen (87 Min. und 134 Min)
  - Dabei 55, bzw. 70 Min. mit pornographischem Inhalt
- Fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung nach Anhörung des AN

Private Internetnutzung 1



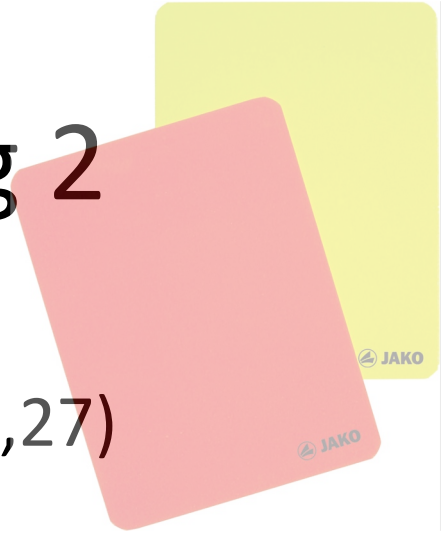
- § 626 Abs.1 BGB
  - Abstrakte Eignung als Kündigungsgrund
    - Herunterladen erheblicher Datenmengen
    - Privatnutzung als solche
    - Beeinträchtigung der Arbeitspflicht
  - Abmahnungserfordernis
    - Sozialadäquanz?
    - Umfang der Nutzung

Private Internetnutzung 1



- Interessenabwägung
  - Dauer des Beschäftigungsverhältnisses
  - Position und Arbeitsaufgaben
  - Schwere der Pflichtverletzung
  - Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt
  - Lebensalter
  - Unterhaltspflichten

Private Internetnutzung 2



Ausgangsfall: BAG vom 19.4.2012 (NZA 2013,27)

- AN, 43 Jahre alt
- Seit 15 Jahren tätig, Leiter Abt. Baufinanzierung
- Mit Prokura ausgestatteter leitender Angestellter
- Keine Abmahnungen

- Rundschreiben, dass jegliche Privatnutzung von Internet/Intranet/E-mail unzulässig ist und auch bei einmaligem Verstoß mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen (Abmahnung, Kündigung) gerechnet werden muss.

Private Internetnutzung 2

- Zumindest an drei Tagen (mehrere Stunden) Zugriff auf pornographische Internetseiten
- Unstreitig
- AN trägt vor, dass die Zugriffe während der Entspannung und Erholung in Arbeitspausen erfolgten.
  - Keine festen Arbeitszeiten, daher frei in Pausengestaltung
  - Ausgefallene Arbeitszeit sei am Abend und an Wochenenden ausgeglichen worden

Private Internetnutzung 2

- Keine Privatnutzung während der Arbeitszeit feststellbar, da keine festen Arbeits- und Pausenzeiten
  - > keine Beeinträchtigung der Arbeitspflicht

- Abmahnung erforderlich
  - Kein nachgewiesener Schaden
  - Beanstandungsloser langer Verlauf des Arbeitsverhältnisses

Was ist eigentlich mit dem Rundschreiben?

Beleidigende Äußerungen

insbesondere:

facebook®

Beleidigende Äußerungen

- Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers können einen Grund für eine fristlose / ordentliche Kündigung bilden

- Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 GG gilt nicht schrankenlos

- Einzelfallabwägung
  - geschütztes und verletztes Rechtsgütern
  - Umstände der Äußerung (insbes. Vertraulichkeit)

  ist stets zu treffen

Facebook-Aktivitäten

- Vertrauliche Kommunikation auf facebook?

- Beispiel:

  AN trägt in seinem Profil unter Rubrik „Arbeitgeber“ ein:
  „Arbeitgeber, Menschenschinder & Ausbeuter, Leibeigener?? Dämliche Scheiße für Mindestlohn minus 20% erledigen“

  a) Der Eintrag ist als „öffentlich“ eingestellt
  b) Der Eintrag ist für „Freunde und Freunde von Freunden“ sichtbar
  c) Der Eintrag ist auf „Freunde“ beschränkt (AN hat 112 Freunde)

Facebook-Aktivitäten

- Im Beispiel a) liegt die Annahme einer vertraulichen Kommunikation fern
- Im Beispiel b) ist zwar grundsätzlich der Zugriffskreis beschränkt, jedoch durch „Freunde von Freunden“ völlig unkontrolliert.
- Im Beispiel c) ist am ehesten an eine vertrauliche Kommunikation zu denken – aber:
  - Aufgrund der hohen Freundeszahl besteht keine Kontrollmöglichkeit wo, wann und von wem Kenntnis genommen wird.
  - Auch der eingeschränkt zugängliche Eintrag ist daher nicht mit einem vertraulichen Gespräch gleichzusetzen

Facebook-Aktivitäten

- Weiteres Problem: auch auf engeren Kreis beschränkte Mitteilungen können durch
  - „Gefällt Mir“-Button
  - Kommentare anderer Nutzer
  - Folgeeinträge

  problemlos weiter verbreitet werden

→ im Regelfall wird keinerlei Schutz der Mitteilung wegen Vertraulichkeit zu erwarten sein

Facebook-Aktivitäten

Reaktion auf Meinungskundgabe Dritter

- Beispiel:
  - Ehemann der AN teilt in seiner Chronik mit: „Hab gerade mein Sparschwein R-T getauft. Irgendwann stehen alle Schweine vor dem Metzger.“

    (R und T sind übrigens die Vorgesetzten der AN)
  - Zusätzlich war eine Bilddarstellung eines Fisches enthalten, bei der das Mittelstück durch das Firmensymbol ersetzt war. Als Anmerkung schrieb der Ehemann: „Unser Fisch stinkt vom Kopf“
  - Die Chronik war für 155 Freunde, darunter auch AN und Kunden, einsehbar
  - Die AN betätigte den „Gefällt-Mir“-Button

Facebook-Aktivitäten

- Die virtuelle Sympathiebekundung wird mit Profilname des Nutzers und ggf. Profilbild
  - In der Chronik des Empfängers
  - Bei dessen Freunden

angezeigt! **(Das Internet vergisst nie!)**

- Durch

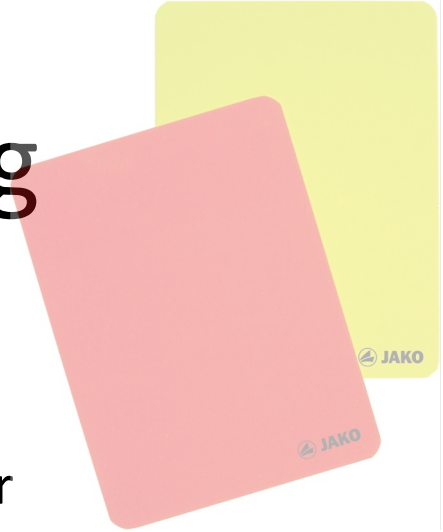
macht sich der Nutzer die beleidigende Aussage zu eigen.
- Fraglich ist, inwieweit berücksichtigt werden muss, dass eine spontane Reaktion ohne nähere Überlegung vorliegen kann:
  - Dem Button kommt eine hohe Bedeutung im Nutzerkreis zu, da die Anzahl oft als Maßstab für Bedeutung der Aussage gewertet wird.
  - Keine generelle Bedeutungslosigkeit; Eine Abwägung im Einzelfall ist zwingend erforderlich

Verdeckte Videoüberwachung

BAG 21.6.2012, NJW 2012, 1025

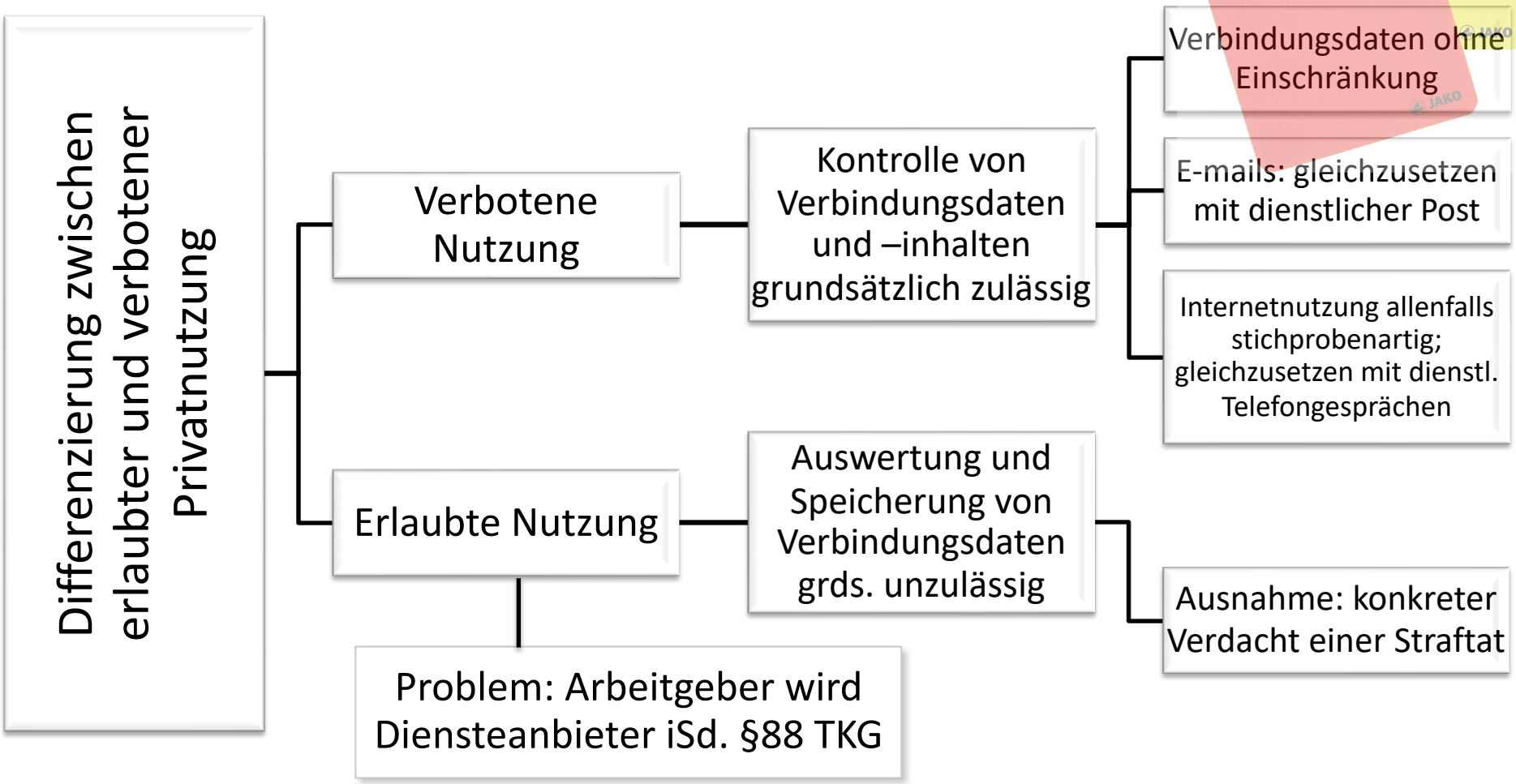
- Persönlichkeitsrecht des AN wird durch heimliche Überwachung verletzt
- Nur bei erheblichen Eingriffen in geschützte Rechtsgüter zulässig
  - Allein das Beweissicherungsinteresse reicht nicht aus
  - Konkrete Verdachtsmomente für strafbare Handlungen müssen bestehen
  - Weniger einschneidende Mittel sind vollständig ausgeschöpft
  - Videoüberwachung verbleibt als einziges taugliches Mittel
  - In Gesamtbetrachtung darf der Eingriff nicht unverhältnismäßig sein

Internet-Überwachung



- Erlaubte Internet- und E-Mail-Nutzung
  - Grds. gleiche Ausgangssituation wie bei verdeckter Videoüberwachung
  - AN ist gegen Zugriff auf Daten geschützt, TKG, BDSG, allg. Persönlichkeitsrecht
  - Eingriff nur unter strengen Voraussetzungen möglich
- Verbotene Internet- und E-Mail-Nutzung
  - Kein Eingriff in gesetzlich geschützte Positionen des AN
  - In verhältnismäßigem Umfang ist Kontrolle möglich (Verbindungsdaten, stichprobenartige Auswertung)

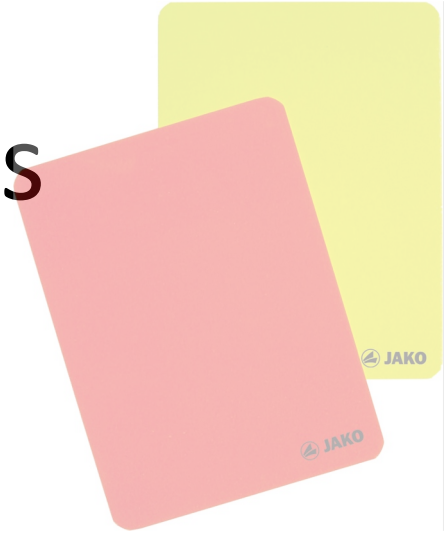
Überprüfungsmöglichkeiten durch den Arbeitgeber



Verwertung im Prozess

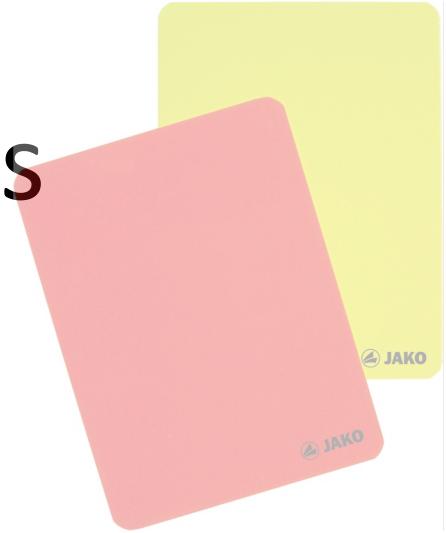
- Das Gericht kann Parteivortrag nicht als „unverwertbar“ unberücksichtigt lassen
- Unbestrittener Sachvortrag ist bindend, § 138 Abs.3 ZPO
- Fraglich ist, ob der AN „mit bloßem Nichtwissen“ bestreiten kann, § 138 Abs.4 ZPO

Verwertung im Prozess



- Bei (relevantem) Bestreiten des AN:
  - Beweisverwertungsverbot ?
    - Abwägung zwischen geschützten Rechtsgütern – insbes. „notwehrähnliche Situation“
    - Eingriffe in Beteiligungsrechte des BR führen nicht zu einem Verwertungsverbot
    - Eingriff in allg. Persönlichkeitsrecht – insbes. Identitätstäuschung oder „Überwinden“ von Zugangsbeschränkungen
    - Führt Verstoß gegen § 32 BDSG „in der Regel“ zum Verwertungsverbot?

Verwertung im Prozess



- Konsequenzen eines Verwertungsverbotes:
  - Partei kann sich auf die Rechtswidrigkeit der Informationsgewinnung berufen, wenn sie den Vortrag nicht ohne Lüge bestreiten kann
  - Andere Beweismittel bleiben jedoch verwertbar; die beweisbelastete Partei kann sich Zeugenaussagen und anderer Beweismittel bedienen, die aus dem unverwertbaren Beweis hervorgegangen sind.
  - Beweisverwertungsverbot hat keine „Fernwirkung“

➡ Verwertungsverbot läuft idR. leer

Vielen Dank für ihre Aufmerksamkeit !

Weiterführende Links, Informationen und Kontakt:
www.frank-bechtold.de