

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsätzliches
3. Prüfungsschema
4. Prognose
5. Ultima-Ratio-Prinzip und Interessenabwägung
6. Darlegungs- und Beweislast
7. Besonderer Kündigungsschutz und "Unkündbarkeit"
8. Rechtsprechungs-ABC
  - 8.1 Abgrenzung
  - 8.2 Abfindungsanspruch
  - 8.3 Außerordentliche Kündigung
  - 8.4 Betriebliche Fahrerlaubnis
  - 8.5 Eigenkündigung
  - 8.6 Eignungsmangel
  - 8.7 Erfolglosigkeit
  - 8.8 Fehlende Zuverlässigkeit
  - 8.9 Fortbildungskosten
  - 8.10 Kündigungserklärung
  - 8.11 Minderleistung
  - 8.12 Pensionsanspruch
  - 8.13 Personenbedingte Gründe
  - 8.14 Präventionsverfahren
  - 8.15 Sozialversicherungsfreiheit
  - 8.16 Studentische Hilfskraft
  - 8.17 Unzulässige Sonntagsarbeit
  - 8.18 Verdachtskündigung
  - 8.19 Verlust einer Fahrerlaubnis
  - 8.20 Vertrauenswürdigkeit

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss auch dann kündigen dürfen, wenn der **Grund** für diesen Schritt **in der Person des Arbeitnehmers** liegt. Die Krankheit eines Mitarbeiters ist ein Paradebeispiel personenbezogener Kündigung. Das **Arbeitsverhältnis** ist **gestört**, weil der Arbeitnehmer wegen seiner angeschlagenen Gesundheit nicht mehr in der Lage ist, die geschuldete Arbeit zu leisten. Da die Grundsätze der personenbedingten Kündigung **nur** in Arbeitsverhältnissen greifen, die in den **KSchG -Anwendungsbereich** fallen, brauchen personenbedingte Kündigung in nicht geschützten Arbeitsverhältnissen nur form- und fristgerecht zu sein.

#### **Praxistipp:**

Es gibt für eine erfolgreiche personenbedingte Kündigung kein allgemein gültiges Rezept. Vieles ist eine Frage des Einzelfalls. Und die obligatorische Abwägung der Interessen beider Vertragsteile kann mal so und mal so ausgehen. Mit dieser Rechtsunsicherheit muss ein Arbeitgeber leben. Eine große Hilfe für

personenbedingte Kündigungen bietet die im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Prüfungsschema hinterlegte Anleitung.

**Kernstück** der personenbedingten Kündigung ist die **negative Zukunftsprognose**. Der Arbeitgeber muss im Zeitpunkt der Kündigung davon ausgehen dürfen, dass der in der Person seines Arbeitnehmers liegende Grund **auch zukünftig** für **Störungen** sorgen wird. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und **Interessenabwägung** runden die personenbedingte Kündigung ab: Sie ist so lange ausgeschlossen, wie der Arbeitgeber sie durch **Einsatz milderer Mittel** vermeiden kann. Insgesamt hält die personenbedingte Kündigung für Arbeitgeber eine **Vielzahl von Fallstricken** bereit.

## 2. Grundsätzliches

Soweit in diesem Stichwort und in anderen Texten dieses Stichworts von personenbedingter Kündigung gesprochen wird, ist damit die **Kündigung** gemeint, die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG "*durch Gründe, die in der Person ... des Arbeitnehmers liegen, ... bedingt ist*". Sie muss nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG **sozial gerechtfertigt** sein.

Damit die Voraussetzungen für eine personenbedingte Kündigung greifen, muss

- der **Arbeitgeber** einen **Betrieb** führen, der in den Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 KSchG (mehr als fünf Arbeitnehmer bis 31.12.2003, **mehr als zehn Arbeitnehmer** ab 01.01.2004) fällt;
- das **Arbeitsverhältnis** des Arbeitnehmers in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung **länger als sechs Monate** bestanden haben, § 1 Abs. 1 KSchG .

Die - personenbedingte - Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, das nicht in den persönlichen und/oder betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt, braucht nicht sozial gerechtfertigt zu sein. Hier genügt es im Prinzip, wenn die **Kündigung im ungeschützten Arbeitsverhältnis nur form- und fristgerecht** erklärt wird. Zu beachten ist aber ein etwaiger **besonderer Kündigungsschutz** (s. dazu Gliederungspunkt 8. und das Stichwort Kündigung - personenbedingt: besonderer Kündigungsschutz ).

Das KSchG kennt in § 1 Abs. 2 Satz 1 **drei unterschiedliche Kündigungsgründe**. Eine Kündigung kann demnach

- betriebs-,
- personen- und/oder
- verhaltensbedingt sein.

Die **Abgrenzung** ist oft schwierig - vor allem in Fällen, in denen **mehrere Kündigungsgründe** vorliegen oder **ein Kündigungssachverhalt** mehrere gesetzliche Kündigungsgründe bedient. Weitere Informationen dazu im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Abgrenzung . Wie bei jeder anderen Kündigung in mitbestimmten Betrieben: Der Arbeitgeber muss das **Anhörungsverfahren** nach § 102 BetrVG durchführen und seinen **Betriebsrat** auch vor einer personenbedingten Kündigung anhören (mehr Hinweise dazu im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Mitbestimmung ).

## 3. Prüfungsschema

Arbeitgeber brauchen für eine Kündigung ein **Höchstmaß an Rechtssicherheit**. Ein Prüfungsschema, das ihnen mit mathematischer Genauigkeit zum Erfolg verhilft, gibt es allerdings nicht. Darf es auch nicht geben, weil unterm Strich immer die **Einzelfallgerechtigkeit** Ausschlag gebend ist. In der Praxis hat sich ein **Fünf-Stufen-Schema** entwickelt, mit dem die Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung sinnvoll geprüft werden können:

1. Feststellung, dass eine in der Person des Arbeitnehmers eingetretene **Leistungsstörung** des Schritt: Arbeitsverhältnisses vorliegt.
2. Feststellung, dass sich die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses auch zukünftig auf das Schritt Arbeitsverhältnis auswirken wird (**Negativprognose**).

3. Feststellung, dass die zukünftigen Leistungsstörungen erhebliche betriebliche Auswirkungen haben werden (**Beeinträchtigungen**).
4. Feststellung, dass die Kündigung wegen der zukünftig zu erwartenden Leistungsstörungen nicht durch **Einsatz eines milderer Mittels** abgewendet werden kann.
5. Feststellung, dass das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers das Interesse seines Mitarbeiters, den Arbeitsplatz zu behalten, überwiegt (**Interessenabwägung**).

Das **BAG** wendet bei der Prüfung einer personenbedingten Kündigung ein **Drei-Stufen-Schema** an. Schritt 1 des fünfstufigen Schemas wird vom BAG zusammen mit Schritt 2 auf der ersten Stufe, und die Möglichkeit, eine Kündigung zu vermeiden, zusammen mit der Interessenabwägung auf der dritten Stufe geprüft. Welches Schema nun angewendet wird, ist keine Frage von falsch oder richtig. Das **fünfstufige Prüfungsschema** hat allerdings den **Vorteil**, dass die Punkte Leistungsstörung und Vermeidung der Kündigung durch Einsatz milderer Mittel nicht vergessen werden. Weitere Informationen zum Fünf-Stufen-Schema sind im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Prüfungsschema hinterlegt.

Auch bei der Kündigung wegen eines Grundes, der in der Person eines Arbeitnehmers liegt, gibt es **kein Konditionalschema** nach dem Motto: immer dann, wenn Sachverhalt xy vorliegt, ist eine personenbedingte sozial gerechtfertigt.

Ein Überblick über **einzelne Fälle**, in denen eine personenbedingte Kündigung in Betracht kommt, ist im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Krankheit hinterlegt.

Mit besonderen persönlichen Eigenschaften von Arbeitnehmern im Zusammenhang mit einer personenbedingten Kündigung befasst sich das Stichwort Kündigung - personenbedingt: AGG-Merkmale .

#### 4. Prognose

Die personenbedingte Kündigung ist **keine "Denkzettel"-Kündigung**. Nur weil in der Person des Arbeitnehmers ein gewisser Umstand eingetreten ist, berechtigt das den Arbeitgeber nicht gleich dazu, dessen Arbeitsverhältnis zu beenden.

##### **Beispiel:**

Mitarbeiter M ist Mitglied eine Band und nimmt in der Freizeit bisweilen Drogen. Arbeitgeber A bekommt davon Kenntnis und möchte M wegen dessen "Drogensucht" kündigen. Selbst wenn M tatsächlich drogensüchtig wäre, wäre das allein kein Grund, sein Arbeitsverhältnis zu beenden. Die "Drogensucht" muss Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben.

Die personenbedingte Kündigung ist ein **Mittel**, mit dem der Arbeitgeber **zukünftigen Leistungsstörungen begegnen** kann. Dazu muss er eine Prognose treffen. Im **Zeitpunkt der Kündigung** muss die Annahme gerechtfertigt sein, dass es wegen des Grundes, der in der Person des Arbeitnehmers liegt, **auch in Zukunft wieder Störungen** gibt. Diese Prognose ist Teil des Kündigungsgrunds.

##### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N ist Auslieferungsfahrer bei Arbeitgeber A. Er wird krank und fällt einige Monate aus. A stellt für diese Zeit Aushilfen ein und lässt einige Touren über Kurierdienste fahren. Die Verteilung der Aufträge auf mehrere Aushilfen und die Kurierdienste ist sehr aufwändig. Zudem hat A Kosten, die er sonst nicht gehabt hätte, wenn N gesund geblieben und weiter gefahren wäre. Nach sechs Monaten ist N's Krankheit ausgeheilt. Bevor N dem A sagen kann, dass er in der nächsten Woche wieder arbeiten wird, bekommt er die Kündigung. Im Zeitpunkt des Zugangs dieser Kündigung war die Prognose objektiv nicht mehr negativ. A's Kündigung ist zum Scheitern verurteilt.

Maßgeblich für die Prognose ist der Kündigungszeitpunkt. Die prognostizierten Störungen sind nur dann geeignet, eine personenbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn die zu erwartenden Auswirkungen zu einer erheblichen **Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen** führen. Mehr zum Thema Prognose steht im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Prognose .

## 5. Ultima-Ratio-Prinzip und Interessenabwägung

Eine personenbedingte Kündigung im Sinn des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG muss **sozial gerechtfertigt** sein. Die soziale Rechtfertigung verpflichtet den Arbeitgeber zur **Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**. Ausfluss dieses Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die Anwendung des Ultima-Ratio-Prinzips: eine Kündigung wegen eines Grundes in der Person des Arbeitnehmers ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sie nicht durch **Einsatz milderer Mittel** verhindert werden kann. Milderer Mittel kann auch die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz sein (dazu: Kündigung - personenbedingt: Weiterbeschäftigung ).

### **Beispiel:**

Mitarbeiter M ist häufiger krank, weil er im zugigen Kassenbereich eines Supermarkts arbeitet. Bevor Arbeitgeber A jetzt daran denkt, M wegen Krankheit personenbedingt zu kündigen, sollte er sich Gedanken darüber machen, ob und wie er diese Kündigung durch Einsatz milderer Mittel verhindern kann. So kommt als milderer Mittel möglicherweise die Versetzung in einen Arbeitsbereich in Betracht, in dem M nicht der Zugluft ausgesetzt ist. Zudem könnte A darüber nachdenken, ob er den Arbeitsplatz nicht so einrichtet, dass M vor Zugluft geschützt ist.

Ein **milderer Mittel** als eine personenbedingte Beendigungskündigung ist auch eine **personenbedingte Änderungskündigung** (dazu das Stichwort Kündigung - personenbedingt: Änderungskündigung ). Unterm Strich kann ein Arbeitnehmer den Einsatz eines milderen Mittels trotzdem nicht auf Biegen und Brechen einfordern. Der Einsatz eines milderen Mittels muss

- **objektiv möglich** und
- **subjektiv zumutbar**

sein. Bei Prüfung der subjektiven Zumutbarkeit sind auf Seiten des Arbeitgebers auch **wirtschaftliche Gesichtspunkte** zu berücksichtigen (alles Weitere zu diesem Punkt im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Ultima Ratio ).

Nach Prüfung der Frage, ob eine Kündigung vermieden werden kann, schließt sich eine **Interessenabwägung** an. Hier muss

- das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers
- mit dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers

abgewogen werden. **Beendigungs- und Bestandsinteresse** sind nur zwei Schlagwörter, die mit Leben gefüllt werden müssen - dazu wird auf das Stichwort Kündigung - personenbedingt: Interessenabwägung verwiesen. Zum betrieblichen **Eingliederungsmanagement** nach § 84 Abs. 2 SGB IX s. Kündigung - personenbedingt: Eingliederungsmanagement .

## 6. Darlegungs- und Beweislast

Der **Arbeitgeber** hat nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die *"Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen"*. Ihm obliegt es daher, zur sozialen Rechtfertigung seiner personenbedingten Kündigung **alle Punkte vorzutragen und im Streitfall zu beweisen**, die seiner Kündigung zum Erfolg verhelfen (sollen). Dazu gehören mindestens die **Tatsachen aus den fünf Prüfungsschritten** (s. dazu oben Gliederungspunkt 3.):

- (1) Leistungsstörung

- (2) Negativprognose
- (3) Beeinträchtigungen
- (4) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- (5) Interessenabwägung

**Prozessual** gilt im Kündigungsrechtsstreit das **Prinzip der abgestuften Darlegungs- und Beweislast**.

**Beispiel:**

Arbeitgeber A kündigt Arbeitnehmer N. N erhebt eine Kündigungsschutzklage und behauptet lapidar, dass seine Kündigung sozial ungerechtfertigt sei - es läge kein Grund im Sinn des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor. A trägt im Gütertermin vor, dass N's Kündigung aus personenbedingten Gründen erfolgt sei, nämlich wegen Krankheit. N bestreitet das und behauptet, seine Erkrankung könne die Kündigung nicht rechtfertigen - er sei bald wieder gesund und könne dann wieder ohne Störung arbeiten. Nun muss A alle Tatsachen vortragen, die seine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit stützen. N wiederum muss eventuell seinen Arzt oder seine Ärzte von der Schweigepflicht entbinden, um bei der Aufklärung seines Gesundheitszustands mitzuhelfen.

In jedem Fall bleibt es bei der gesetzlichen Beweislast aus § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG : Der Arbeitnehmer braucht für **entlastende Tatsachen** keinen Gegenbeweis zu führen. Am Ende trägt der **Arbeitgeber die Beweislast** dafür, dass die für den Arbeitnehmer günstigen Tatsachen nicht vorliegen. Im Übrigen wird wegen weiterer Fragen zur Darlegungs- und Beweislast auf das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Darlegungs- und Beweislast verwiesen.

**7. Besonderer Kündigungsschutz und "Unkündbarkeit"**

Während das **KSchG** erst dann greift, wenn eine gewisse **Mindestbetriebszugehörigkeit** und eine gewisse **Mindestbetriebsgröße** erreicht sind, schlägt der besondere Kündigungsschutz schon dann durch, wenn nur ein **bestimmtes Merkmal in der Person** des Arbeitnehmers vorliegt. Am bekanntesten ist der besondere Kündigungsschutz für

- Betriebsräte,
- Elternzeitler,
- Schwangere und
- Schwerbehinderte.

Im Stichwort Kündigung - personenbedingt: besonderer Kündigungsschutz sind **über 40 unterschiedliche Tatbestände** besonderer Kündigungsbeschränkungen hinterlegt. Oft erschweren sie eine Kündigung nur oder lassen sie bloß aus bestimmten Gründen zu. Absolute Kündigungsverbote sind eher die Ausnahme.

Ein weiterer **wichtiger Kündigungsschutz** ist die **so genannte "Unkündbarkeit"**, die **tariflich verankert** ist. Maßgebenden Einfluss hat hier die Regelung in § 55 Abs. 2 BAT ausgeübt, die seit einigen Jahren von § 34 Abs. 2 TVöD abgelöst worden ist. "Unkündbarkeits"-Regelungen gibt es aber **nicht nur im öffentlichen Dienst**. Sie sorgen auch in anderen Branchen für einen großzügigen Schutz von

- (älteren) Arbeitnehmern mit
- längerer Betriebszugehörigkeit.

Während das **Recht zur außerordentlichen Kündigung** beim **Dauerschuldverhältnis Arbeitsvertrag** nicht ausgeschlossen werden kann, kann auf das **Recht zur ordentlichen Kündigung** unter anderem per

- Arbeitsvertrag,
- Betriebsvereinbarung und
- Tarifvertrag

verzichtet werden. "Unkündbarkeit" heißt aber nicht, dass einem Mitarbeiter nur noch dann gekündigt werden kann, wenn er "goldene Löffel geklaut hat". Die Rechtsprechung hat hier das

- **Institut der außerordentlichen Kündigung**
- **mit notwendiger Auslaufzeit**

geschaffen (z.B. BAG, 18.10.2000 - 2 AZR 627/99) - das bei einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit beispielsweise eingesetzt werden kann, wenn das **Arbeitsverhältnis sinnlos** geworden ist, weil auf Dauer gesehen **kein Leistungsaustausch** mehr stattfinden wird (mehr zur "Unkündbarkeit" im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Unkündbarkeit).

## 8. Rechtsprechungs-ABC

Ob eine personenbedingte **Kündigung sozial gerechtfertigt** ist, beurteilt der Arbeitgeber nicht allein. Die **Entscheidung** trifft irgendwann ein **Arbeitsgericht** oder in letzter Instanz sogar das BAG. Nachfolgend werden wichtige **Entscheidungen** der Gerichte für Arbeitssachen nach Stichworten **in alphabetischer Reihenfolge** vorgestellt:

### 8.1 Abgrenzung

Die **Kündigung eines leistungsschwachen Arbeitnehmers** kann verhaltens- oder personenbedingt sein. Im ersten Fall wird vorausgesetzt, dass dem Arbeitnehmer eine **Pflichtverletzung** vorzuwerfen ist. Das könnte man annehmen, wenn er weniger arbeitet als er eigentlich könnte und seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft. Im zweiten Fall wird vorausgesetzt, dass bei einem über längere Zeit leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren **Störung des Vertragsgleichgewichts** zu rechnen ist (BAG, 11.12.2003 - 2 AZR 667/02; hier: Kommissionierer in einem Einzelhandelsunternehmen).

### 8.2 Abfindungsanspruch

Die Ordnung zur Sicherung von Arbeitnehmern bei "*Rationalisierungsmaßnahmen und anderen Einschränkungen - insbesondere der Aufgabe von Tätigkeitsfeldern*" zu den **Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werks** der Evangelischen Kirche Deutschlands sieht unter bestimmten Voraussetzungen Abfindungsansprüche für Arbeitnehmer vor, die aus dem Arbeitsverhältnis - sei es durch Kündigung, sei es durch Aufhebungsvertrag - **ausscheiden**. Die Sicherungsordnung betrifft aber nur die Fälle einer betriebsbedingten Kündigung wegen "Rationalisierungsmaßnahmen und anderen Einschränkungen" - nicht die Beendigung wegen Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Bei einer Kündigung aus Krankheitsgründen gibt es keine Abfindung (BAG, 19.04.2012 - 6 AZR 677/10 - mit dem Hinweis, dass sich die Kontrolle der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Sicherungsordnung nach den §§ 305 ff. BGB wie bei Tarifverträgen nur auf eine reine Rechtskontrolle bezieht) und § 307 BGB nicht anzuwenden ist).

### 8.3 Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen eines Grundes in der Person des Arbeitnehmers ist nur bei **Vorliegen besonderer Bedingungen** zulässig. Bei einem angestellten **Studienreferendar** gilt das umso mehr, als auch die Entlassung eines Beamten auf Widerruf mangels hinreichender **Eignung** die Einhaltung einer Frist voraussetzt (BAG, 06.03.2003 - 2 AZR 232/02; zur Kündigung eines angestellten Lehramtsreferendars wegen fachlicher und pädagogischer Defizite).

### 8.4 Betriebliche Fahrerlaubnis

Der Entzug einer vom Arbeitgeber **zusätzlich zum Führerschein** erteilten "betrieblichen Fahrerlaubnis" durch den Betriebsleiter rechtfertigt für sich weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung aus personenbedingten Gründen. Der Verlust der "betrieblichen Fahrerlaubnis" ist nicht mit dem **Verlust einer gesetzlichen Fahrerlaubnis** gleichzusetzen. Wäre es anderes, hätte es der Arbeitgeber in der Hand, sich selbst einen Kündigungsgrund zu schaffen und so die **Regelungen zur verhaltensbedingten Kündigung** bei der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten zu umgehen (BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 984/06).

## 8.5 Eigenkündigung

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmerin A war seit 1999 als hauswirtschaftliche Helferin in Arbeitgeber G's Seniorenzentrum beschäftigt. Ihr Arbeitsvertrag sah eine Gegenseitigkeitsregelung für die Einhaltung verlängerter Kündigungsfristen vor. Danach hätte sie bei ihrer Kündigung im Jahr 2015 eine **6-monatige Kündigungsfrist** einhalten müssen. A kündigte am 24.03.2015 außerordentlich fristlos. Begründung: Sie sei wegen einer Konfliktsituation am Arbeitsplatz einer nachhaltigen **psychischen Belastung** (neurasthenische Erschöpfungsreaktion und reaktive depressive Entwicklung) ausgesetzt und ihr Gesundheitszustand mache es ihr **unzumutbar**, die 6-monatige Kündigungsfrist einzuhalten.

Das BAG hat A's außerordentliche Eigenkündigung nicht beanstandet und den wichtigen Grund für ihre Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB bejaht. Im Wesentlichen hat es die **Rechtmäßigkeit der Kündigung** mit folgenden Argumenten begründet: Der von A behauptete Kündigungssachverhalt ist zunächst **an sich geeignet**, einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zu liefern. A war es **nach den Einzelfallumständen** auch nicht zumutbar, ihr Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der 6-monatigen Kündigungsfrist fortzusetzen. Nach Aussage der behandelnden Ärztin habe sich ihr Gesundheitszustand weiter verschlechtert und es war ein "Abrutschen" in die Psychiatrie zu befürchten. A konnte ihre Genesung nur durch die außerordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses beschleunigen. Auf Seiten G's gab es dagegen nur ein geringes Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses. Sein Verhalten hatte den Konflikt sogar noch verstärkt (BAG, 22.03.2018 - 8 AZR 190/17) .

## 8.6 Eignungsmangel

Der vereinfachte Fall: Bewerber B bewarb sich bei der Berliner Polizei als **Objektschützer**. Auf einem Arm trug er eine sichtbare Tätowierung: das Wort "omerta" mit Revolverpatronen und Totenköpfen. B's Bewerbung wurde abgelehnt - und das mit Recht. Der zukünftige Dienstherr durfte Zweifel an der Eignung des Bewerbers haben, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung i.S.d. Grundgesetzes einzutreten. **"Omerta"** ist die Schweigepflicht der Mafia, die eine Zusammenarbeit mit Behörden verbietet. Allein das Tragen des Tattoos reicht schon aus, Zweifel an der **Verfassungstreue** zu begründen. Es kommt auf die Sicht des Betrachters an - insoweit ist es sogar unerheblich, ob der Bewerber tatsächlich doch verfassungstreu sei (LAG Berlin-Brandenburg, 25.04.2019 - 5 Ta 730/19) .

## 8.7 Erfolglosigkeit

Gelingt es einem **"Business Development Executive"** in knapp zweijähriger Tätigkeit nicht, für seinen Arbeitgeber **Neuaufträge zu akquirieren**, kann das Grund für eine personenbedingte Kündigung sein. Hier liegt eine schwere **Störung des Vertragsgleichgewichts** vor. Der Leistung des Arbeitgebers - 148.274,65 EUR (290.000 DM) Grundgehalt plus Provision - stand null Erfolg gegenüber ( BAG, 03.06.2004 - 2 AZR 386/03 ).

## 8.8 Fehlende Zuverlässigkeit

"1. Die Versagung der **Feststellung der luftsicherheitsrechtlichen Zuverlässigkeit**" bei einer alkoholkranken Flugbegleiterin "gehört nicht zu den Tatbeständen, für die nach dem MTV Lufthansa eine Ausnahme von dem an sich gegebenen Ausschluss der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung langjährig beschäftigter Arbeitnehmer gilt. (...). 2. Die Versagung der Feststellung der luftsicherheitsrechtlichen Zuverlässigkeit kann eine außerordentliche personenbedingte Kündigung mit Auslaufzeit rechtfertigen, wenn sie dazu führt, dass der Arbeitnehmer **dauerhaft leistungsunfähig** ist. 3. Die Gerichte für Arbeitssachen haben nicht eigenständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Versagung der Feststellung der luftsicherheitsrechtlichen Zuverlässigkeit gegeben waren. Diese Prüfung ist allein Sache der nach dem LuftSiG zuständigen Stellen und der Verwaltungsgerichte. (...). 4. Hat die zuständige Behörde eine für den Arbeitnehmer zeitlich unbefristete negative Entscheidung getroffen, ist bezogen auf den Kündigungszeitpunkt davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer **dauerhaft gehindert** war, seine geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Auf die Erfolgsaussichten des von ihm angestrebten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens kommt es nicht an" ( LAG Köln, 16.09.2020 – 5 Sa 658/19 – Leitsätze – mit Hinweis auf BAG, 26.11.2009 - 2 AZR 272/08 ).

## 8.9 Fortbildungskosten

Die Rechtsprechung hält es unter gewissen Voraussetzungen für zulässig, wenn sich Arbeitnehmer verpflichten, **bei einer vorzeitigen Beendigung** des Arbeitsverhältnisses Fortbildungskosten **zurückzuzahlen**. Das setzt allerdings voraus, dass sie selbst kündigen. Die **Kündigung des Arbeitgebers** innerhalb der Probezeit oder wegen fehlender Eignung reicht dafür nicht ( BAG, 24.06.2004 - 6 AZR 320/03 ; BAG, 24.06.2004 - 6 AZR 383/03 ).

## 8.10 Kündigungserklärung

Der **Inhalt** einer Kündigungserklärung muss hinreichend bestimmbar sein (s. dazu BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 647/13 ; BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 und BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12 ). Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Kündigungserklärung so **zweifelsfrei** sein, dass der Kündigungsempfänger über die Absichten des Kündigenden Klarheit erlangt (s. dazu BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 782/14 ). Bei Anwendung des § 133 BGB entscheidet, "wie der Kündigungsempfänger die Erklärung unter Würdigung der ihm bekannten Umstände nach **Treu und Glauben** und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auffassen muss." Das kann dazu führen, dass ein Arbeitnehmer die Kündigungserklärung des Arbeitgebers "R AG, R (Schweiz) AG" für das Arbeitsverhältnis "bei der R AG" (die nicht Vertragsarbeitgeber ist, sondern die "R (Schweiz) AG") trotzdem als Kündigungserklärung (der "R (Schweiz) AG") gegen sich gelten lassen muss ( BAG, 15.12.2016 - 6 AZR 430/15 - mit dem Hinweis, dass die am 12.12.2013 bei Gericht eingegangene und gegen die "R (Schweiz) AG" gerichtete Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 20.08.2013 zu spät erhoben wurde und die Kündigung damit nach § 7 Halbs. 1 KSchG von Anfang an wirksam war).

## 8.11 Minderleistung

Zeigt ein Arbeitnehmer, der **auf einen anderen Arbeitsplatz gesetzt** wurde, eine deutliche Minderleistung gegenüber seinen Kollegen, setzt eine personenbedingte Kündigung nach dem **Ultima-Ratio-Prinzip** im Einzelfall eine vorherige Abmahnung voraus. Hier ist zwar das **Äquivalent von Leistung und Gegenleistung** gestört. Der Arbeitgeber muss jedoch alles unternehmen, damit der Arbeitnehmer das Leistungsniveau seiner Kollegen erreichen kann. Dazu gehört es auch, den Ursachen der Minderleistung auf den Grund zu gehen ( LAG Nürnberg, 12.06.2007 - 6 Sa 37/07 ).

## 8.12 Pensionsanspruch

*"Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 76/207EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in der durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung, die einem Arbeitgeber erlaubt, zur Förderung des Zugangs jüngerer Menschen zur Beschäftigung Arbeitnehmer zu kündigen, die einen Anspruch auf Alterspension erworben haben, eine von dieser Richtlinie verbotene unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, wenn Frauen diesen Anspruch in einem Alter erwerben, das fünf Jahre niedriger ist als das Alter, in dem der Anspruch für Männer entsteht"* ( EuGH, 18.11.2010 - C-356/09 - Deutschland).

## 8.13 Personenbedingte Gründe

§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG verlangt für eine sozial gerechtfertigte Kündigung u.a. Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Das sind auf den persönlichen Verhältnissen oder **Eigenschaften des Mitarbeiters** ruhende Tatsachen. Eine vom Arbeitgeber darauf gestützte Kündigung kann sozial gerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sein, "wenn der Arbeitnehmer aus Gründen in seiner Person - die nicht von ihm verschuldet sein müssen - zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage ist." Liegt so ein Grund vor, kann in der Regel von einer erheblichen und dauerhaften **Störung des Austauschverhältnisses** Arbeitsvertrag ausgegangen werden. Auf diese Störung kann der Arbeitgeber, wenn keine andere Beschäftigung mehr möglich ist, mit einer (Änderungs- oder Beendigungs)Kündigung reagieren ( BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 812/12 ).

## 8.14 Präventionsverfahren

Treten im Arbeitsverhältnis eines (schwer)behinderten Mitarbeiters **personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten** auf, muss der Arbeitgeber das dafür vom SGB IX (bis 31.12.2017 in § 84



Abs. 1 SGB IX a.F., ab 01.01.2018 in § 167 Abs. 1 SGB IX n.F.) vorgesehene Präventionsverfahren **durchführen**. Das Gesetz knüpft mit dem Tatbestandsmerkmal "personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten" an die in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG genannten Kündigungsgründe an. "Soweit § 84 Abs. 1 SGB IX aF - anders als § 1 Abs. 2 KSchG - nicht das Vorliegen von Kündigungsgründen fordert, sondern Schwierigkeiten und damit **Unzuträglichkeiten**, die noch nicht den Charakter von Kündigungsgründen aufweisen, ausreichen lässt, beruht dies darauf, dass das in § 84 Abs. 1 SGB IX aF geregelte präventive Verfahren dem Entstehen von Kündigungsgründen zuvorkommen soll" ( BAG, 25.01.2018 - 2 AZR 382/17 - mit Hinweis auf BAG, 21.04.2016 - 8 AZR 402/14 - und BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 ).

### 8.15 Sozialversicherungsfreiheit

Der **Verlust** der Sozialversicherungsfreiheit einer **studentischen Aushilfe** ist kein Grund für eine personenbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG . Das gilt auch für den Fall, dass die Vertragspartner die Sozialversicherungsfreiheit zum **Gegenstand ihres Arbeitsvertrags** gemacht haben. Sie stellt nämlich kein für die geschuldete Arbeitsleistung notwendiges Merkmal dar ( BAG, 18.01.2007 - 2 AZR 731/05 ).

### 8.16 Studentische Hilfskraft

Wird ein Student an einer **Forschungseinrichtung** als studentische Hilfskraft beschäftigt, setzt das in der Regel voraus, dass dieser Mitarbeiter einem Studium nachgeht. Nach seiner **Exmatrikulation** ist diese Voraussetzung nicht mehr gegeben und der Weg für eine personenbedingte Kündigung offen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, für die Ausübung der Tätigkeiten an die **Studierendeneigenschaft** des Arbeitnehmers anzuknüpfen ( BAG, 18.09.2008 - 2 AZR 976/06 ).

### 8.17 Unzulässige Sonntagsarbeit

Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ist an Sonntagen nur eingeschränkt zulässig. Wer Arbeitnehmer an einem Sonntag arbeiten lässt, muss dafür sorgen, dass sie in dem folgenden Zwei-Wochen-Zeitraum einen **Ersatzruhetag** haben ( § 11 Abs. 3 ArbZG ). Geht das nicht, weil der Arbeitnehmer von Montag bis Samstag **in einem anderen Arbeitsverhältnis** arbeitet, kann das ein Grund für eine personenbedingte Kündigung sein ( BAG, 24.02.2005 - 2 AZR 211/04 ; hier: **Zeitungszusteller**).

### 8.18 Verdachtskündigung

Das Arbeitsverhältnis ist ein personenbezogenes **Dauerschuldverhältnis** und setzt insoweit ein gewisses gegenseitiges Vertrauen der Vertragspartner voraus (s. dazu BAG, 14.09.1994 - 2 AZR 164/94 ). Der schwerwiegende Verdacht einer Pflichtverletzung ist geeignet, das vertragsnotwendige **Vertrauen** zu neutralisieren. Er führt zu einem **Eignungsmangel**, "der einem verständig und gerecht abwägenden Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht" (s. dazu BAG, 21.11.2013 - 2 AZR 797/11 - und BAG, 05.04.2001 - 2 AZR 217/00 ). Dabei stellt der Verdacht einer Pflichtverletzung gegenüber dem verhaltensbedingten Vorwurf , der Arbeitnehmer habe die Pflichtverletzung tatsächlich begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar (s. dazu BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 256/14 ). "Der Verdacht kann eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers bedingen" (BAG, 31.01.2019 - 2 AZR 426/18) .

### 8.19 Verlust einer Einsatzerlaubnis

Die hier vorgestellte Entscheidung betrifft zwar einen Arbeitsvertrag mit auflösender Bedingung , lässt aber wichtige Ansätze für eine personenbedingte Kündigung erkennen (Anm. d. Verf.): Der Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers hing in diesem Fall von einer **Genehmigung** der US-Streitkräfte ab. Die konnte entzogen werden, wenn der Mitarbeiter nicht an vorgeschriebenen Fitness- und Sicherheitstrainings teilnahm. Arbeitgeber A hatte vorgesorgt und eine entsprechende **auflösende Bedingung** in den Arbeitsvertrag aufgenommen. Pech für den Mitarbeiter: "1. Eine auflösende Bedingung in einem Arbeitsvertrag eines Unternehmens des Bewachungsgewerbes, wonach das Arbeitsverhältnis eines im Wachdienst beschäftigten Arbeitnehmers bei dem Entzug der Einsatzgenehmigung durch die US-Streitkräfte endet, ist wirksam, wenn für den Arbeitnehmer **keine Beschäftigungsmöglichkeit** mehr besteht" (s. dazu BAG, 19.03.2008 - 7 AZR 1033/06 ). "2. Die Amtsausübung durch ein freigestelltes Betriebsratsmitglied ist keine solche

Beschäftigungsmöglichkeit" ( LAG Rheinland-Pfalz, 02.09.2020 – 7 Sa 426/19 - Leitsätze).

## 8.20 Vertrauenswürdigkeit

Der **Verlust** von Vertrauenswürdigkeit und Eignung kann als personenbedingter Kündigungsgrund geeignet sein, eine Kündigung zu rechtfertigen. Ein wichtiger Grund im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB kommt hier aber nur in Betracht, wenn **schwere Verfehlungen**, insbesondere Straftaten des Arbeitnehmers außerhalb des dienstlichen Bereichs bei objektiver Betrachtung die Prognose rechtfertigen, der Arbeitnehmer werde zukünftig seine Arbeitsaufgaben nicht mehr zuverlässig oder ordnungsgemäß erfüllen. **Zweck einer personenbedingten Kündigung** ist nicht die Sanktionierung eines Fehlverhaltens, sondern die Vermeidung künftiger erheblicher Vertragsstörungen ( BAG, 27.11.2008 - 2 AZR 193/07 ).