

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Sinn und Zweck der Negativprognose
3. Inhalt der Negativprognose
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Abmahnung
  - 4.2 Kündigungszweck
  - 4.3 Nachtatverhalten
  - 4.4 Soziale Rechtfertigung
  - 4.5 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
  - 4.6 Weiterbeschäftigungsmöglichkeit
  - 4.7 Zukünftige Vertragsstörungen

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber darf eine **verhaltensbedingte Kündigung** - gleichgültig ob **ordentliche oder außerordentlich** - nicht als Sanktion für eine Vertragsverletzung sehen. Die verhaltensbedingte Kündigung ist ein **Reaktionsmittel**, das **zukünftige Vertragsstörungen verhindern** soll. Das heißt, der Arbeitgeber muss im **Zeitpunkt** des Zugangs der Kündigung annehmen dürfen, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag **mit weiteren Pflichtverletzungen stören**.

#### *Praxistipp:*

Die Negativprognose bildet einen wesentlichen Bestandteil der Entscheidungsgrundlage des Arbeitgebers. Muss er davon ausgehen, dass es sich bloß um eine einmalige Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten ohne Wiederholungsgefahr handelt, schließt das möglicherweise eine verhaltensbedingte Kündigung aus. Ob das tatsächlich so ist, entscheidet der Arbeitgeber am Ende aber nicht allein. Die zukünftige Entwicklung sollte der Arbeitgeber daher immer aus dem objektiven Blickwinkel eines Arbeitsrichters betrachten.

Sinn und Zweck der Negativprognose ist es, künftigen Vertragsstörungen vorzubeugen. Neben bzw. vor einer verhaltensbedingten Kündigung gibt es jedoch verschiedene weitere Möglichkeiten, auf eine Fehlentwicklung zu reagieren und dabei eine Kündigung zu vermeiden. Denn erst wenn das **Ergebnis** der Prognose über das zukünftige Verhalten tatsächlich den Schluss zulässt, dass weitere Vertragsstörungen folgen werden, ist der Weg für eine Kündigung frei. Diese muss sich zudem am sog. **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** messen lassen und kann insofern im Rahmen einer Interessenabwägung auch scheitern. Die Feststellung der Negativprognose ist **der** zweite Schritt des Prüfungsschemas für eine verhaltensbedingte Kündigung.

#### 2. Sinn und Zweck der Negativprognose

Die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung wird vom **Prognoseprinzip** bestimmt. **Kündigungszweck** ist **nicht die Sanktion eines vertragswidrigen Verhaltens**. Kündigungszweck ist die **Vermeidung weiterer Pflichtverletzungen** und Vertragsstörungen.

#### *Beispiel:*

Arbeitnehmer Nils Nachtschwärmer ist unter Alkoholeinfluss einen Firmen-Pkw gefahren und hat das Fahrzeug bei seiner Trunkenheitsfahrt beschädigt. Das allein rechtfertigt jetzt noch keine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung. Die Kündigung ist kein Denkkzettel für die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten. Der Arbeitgeber darf also nicht allein deswegen kündigen, weil Nils betrunken den Firmen-Pkw gefahren und dabei einen Schaden verursacht hat. Allerdings darf er Nils aber - möglicherweise - kündigen, um zukünftige Pflichtverletzungen von dessen Seite zu verhindern.

Für die **Beurteilung der Negativprognose** ist die Annahme wichtig, dass sich die vergangene Pflichtverletzung noch in Zukunft belastend auswirkt. Das erfordert in der Regel eine der Kündigung vorausgehende Abmahnung. Diese Abmahnung ist zudem Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine Kündigung ist nämlich nicht gerechtfertigt, wenn es noch **mildere Mittel** gibt (vgl. BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 sowie das Stichwort Kündigung - verhaltensbedingt: Ultima Ratio ).

### **Beispiel:**

Mitarbeiter Manuel G. Mächlich verlässt wiederholt seinen Arbeitsplatz, um sich in der Betriebskantine Getränke zu holen. Sein Arbeitgeber A hat das Trinken am Arbeitsplatz zwar nicht verboten, zum Getränkekauf können aber auch kostenneutral die Pausen genutzt werden. So versorgt sich Mächlich in unzulässiger Weise auf Kosten des A während der Arbeitszeit mit Getränken und nutzt die von A bezahlte Zeit für private Verrichtungen. Hier könnte schon eine Abmahnung als milderes Mittel helfen. Dabei muss A dem Mächlich deutlich machen, dass er dessen Verhalten nicht länger hinnehmen und das Arbeitsverhältnis kündigen wird, wenn Mächlich während seiner Arbeitszeit weiter Getränke holt.

Die Beispielfälle sollen **Verständnis für die Erforderlichkeit der Negativprognose** vermitteln. Im Ergebnis kommt es immer auf die **Umstände des Einzelfalls** an. Dabei ist natürlich auch die Qualität der jeweiligen Vertragsverletzung eine nicht zu vernachlässigende Größe.

### **3. Inhalt der Negativprognose**

Im **Regelfall** muss die **Negativprognose** das **Ergebnis** haben,

- dass aus der konkreten **Vertragspflichtverletzung**
- und der daraus resultierenden **Vertragsstörung** geschlossen werden kann,
- der Arbeitnehmer werde den **Arbeitsvertrag** selbst nach Kündigungsandrohung
- **in gleicher oder ähnlicher Weise wieder verletzen** ( BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 ).

### **Beispiel:**

Arbeitnehmerin Nora Notorica wurde am 27.03. von Arbeitgeber A abgemahnt, weil sie 100 Blatt Kopierpapier aus dem Büro mitgenommen hatte. Am 05.06. wird Nora beim Verlassen des Betriebsgeländes erneut kontrolliert. In ihrer Aktentasche steckt ein weiterer Stapel Kopierpapier. A stellt Nora zur Rede - und spricht danach eine verhaltensbedingte Kündigung aus. Die Abmahnung vom 27.03. hatte Nora nicht davon abgehalten, ein zweites Mal und in gleicher Weise ihre arbeitsvertraglichen Pflichten zu verletzen und A's Eigentum zu entwenden. Die Negativprognose hat sich mit dem zweiten Diebstahl erfüllt. Nun ist der Weg für eine verhaltensbedingte Kündigung offen.

Im **Ausnahmefall** - zum Beispiel bei einer **Störung des Vertrauensbereichs** - kann zwar auf eine vorherige Abmahnung verzichtet werden. Die Negativprognose muss hier dann allerdings das Ergebnis haben,

- dass eine **Verhaltensänderung** in Zukunft trotz Abmahnung **nicht erwartet** werden kann oder
- dass es sich um eine so **schwere Pflichtverletzung** handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar war und bei der die Hinnaahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist ( BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 ).

Insoweit kann es selbst bei einer **Störung des Vertrauensbereichs** Fälle geben, in denen eine verhaltensbedingte Kündigung ausscheidet, weil der Arbeitnehmer davon ausgehen durfte, dass sein Arbeitgeber diese Pflichtverletzung nicht zum Anlass einer Kündigung nehmen wird.

### **Beispiel:**

In Arbeitgeber A's Betrieb wird Produktionsausschuss in einem besonderen Container gesammelt. Die ausgesonderten Teile sind zwar nicht in ihrer Gebrauchsfunktion beeinträchtigt, haben aber optische Mängel, die sie unverkäuflich machen. A duldet es, dass seine Mitarbeiter gelegentlich ein ausgesondertes Teil mit nach Hause nehmen. Als Arbeitnehmer Norbert Neumann mit drei ausgesonderten Teilen unter dem Arm das Betriebsgelände verlassen will, wird er von A angesprochen. Norbert darf davon ausgehen, dass A sein Verhalten nicht zum Anlass für eine Kündigung nimmt.

In anderen Fällen wiederum kann auf Grund der **Verhaltensweise des Arbeitnehmers** und der **Erheblichkeit seiner Pflichtverletzung** der Schluss gezogen werden, dass er seine arbeitsvertraglichen Pflichten auch in Zukunft nicht einhalten wird ( BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 179/05 ). Dann ist die - **einmalige - Vertragsverletzung** selbst Grundlage der Negativprognose. In diesem Fall ist sie die **fortdauernde Störung**, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar macht (= Vertrauensverlust, z. B. bei einer Straftat). **Zeitpunkt der Prognose** ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Weitere Informationen zum Thema Negativprognose sind im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Prognose hinterlegt.

## **4. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Negativprognose und verhaltensbedingte Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### **4.1 Abmahnung**

Ist das **Fehlverhalten steuerbar** und lässt das bisherige vertragswidrige Fehlverhalten noch **keine eindeutige Negativprognose** zu, kann unter Umständen immer noch von der Möglichkeit zukünftigen vertragsgerechten Verhaltens ausgegangen werden. In diesem Fall ist eine **Abmahnung erforderlich**. Nur mit ihr kann in diesem Fall eine Wiederholungsgefahr ausgeschlossen werden ( BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 415/05 ).

### **4.2 Kündigungszweck**

*"Für eine verhaltensbedingte Kündigung gilt das **Prognoseprinzip** . Der Zweck der Kündigung ist nicht Sanktion für die Vertragspflichtverletzung, sondern dient der Vermeidung des Risikos weiterer Pflichtverletzungen. Die vergangene Pflichtverletzung muss sich deshalb noch **in der Zukunft belastend** auswirken. (...) Eine negative Prognose liegt vor, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag auch nach einer **Kündigungsandrohung** erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen"* ( BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 103/08 ).

### **4.3 Nachtatverhalten**

So genanntes "Nachtatverhalten" des auffällig gewordenen Arbeitnehmers wirkt sich **vor dem Zugang seiner Kündigung** nur schwach entlastend aus (s. BAG, 09.06.2011 - 2 AZR 323/10 ). Nachtatverhalten kann aber - immer **nach den Umständen des Einzelfalls** bewertet - die **Annahme fehlender Wiederholungsgefahr** stützen, "wenn es sich um die Fortsetzung einer zuvor gezeigten Einsicht handelt" (s. BAG, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09 ). Hat der Arbeitnehmer gleich nach der Tat - hier: sexuelle Belästigung - und auch noch vor dem Gespräch mit seinem Arbeitgeber sein Fehlverhalten und die Schwere dieses Fehlverhaltens erkannt "und - auch ausweislich seiner späteren Bemühungen - seine 'Lektion' schon von sich aus .. gelernt", kann angenommen werden, dass die Wiederholungsgefahr - zusammen mit einer Abmahnung - ausgeschlossen ist ( BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 651/13 ).

#### 4.4 Soziale Rechtfertigung

Eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung muss sozial gerechtfertigt sein, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG . Diese soziale Rechtfertigung kann bejaht werden, wenn der Arbeitnehmer mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten **schuldhaft eine Vertragspflicht verletzt** hat, das Arbeitsverhältnis dadurch konkret beeinträchtigt wird, keine zumutbare **Möglichkeit für eine Weiterbeschäftigung** besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in **Abwägung der Interessen beider Vertragsteile** billigenswert und angemessen erscheint. Dabei gehört zu einer verhaltensbedingten Kündigung das Prognoseprinzip, dessen notwendiger Bestandteil in der Regel eine vorherige Abmahnung ist ( BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 21/05 ).

#### 4.5 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Die **Negativprognose** ist Teil der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist nämlich unverhältnismäßig, wenn weitere Vertragsstörungen in Zukunft durch **geeignete mildere Mittel** verhindert werden können. Insoweit ist unter Einbeziehung des mildereren Mittels die Prognose zu treffen, ob überhaupt künftige **gleichgelagerte Vertragspflichtverletzungen** zu erwarten sind ( BAG, 23.10.2008 - 2 ABR 59/07 ).

#### 4.6 Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

Können künftige Störungen des Arbeitsverhältnisses dadurch vermieden werden, dass der Arbeitnehmer **auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt** wird, kommt eine verhaltensbedingte Kündigung nicht in Betracht. Der andere Arbeitsplatz muss natürlich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer **zumutbar** sein. Sozial gerechtfertigt ist eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG nur dann, wenn **keine andere zumutbare Möglichkeit** mehr für eine Weiterbeschäftigung besteht. Kann ein Angestellter des öffentlichen Dienstes - hier: ein Wachpolizist im Objektschutz, der in seiner Wohnung illegale Betäubungsmittel hergestellt hatte - zukünftig mit nicht-hoheitlichen Aufgaben beschäftigt werden, kann sich eine Weiterbeschäftigung als zumutbar erweisen ( BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 583/12 ).

#### 4.7 Zukünftige Vertragsstörungen

Die Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung verlangt regelmäßig eine **vorausgegangene Abmahnung**. Sie dient der **Objektivierung** der Negativprognose. Hat der Arbeitgeber eine ordnungsgemäße Abmahnung ausgesprochen und handelt der abgemahnte Arbeitnehmer trotzdem seinen Vertragspflichten zuwider, kann im Regelfall davon ausgegangen werden, der Mitarbeiter werde in Zukunft **weitere Vertragsstörungen** begehen ( BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 283/08 ).