

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
3. Das Ultima-Ratio-Prinzip im Kündigungsrecht
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Abmahnung
  - 4.2 Bedingung
  - 4.3 Einschränkung
  - 4.4 Letztes Mittel
  - 4.5 Milderer Mittel
  - 4.6 Schwerbehinderte
  - 4.7 Um-/Versetzung
  - 4.8 Unterlassenes Präventionsverfahren
  - 4.9 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss auf eine durch das Verhalten eines Arbeitnehmers hervorgerufene **Vertragsstörung** nicht gleich mit einer verhaltensbedingten Kündigung reagieren - und schon gar nicht mit einer außerordentlichen. Die Kündigung ist immer der **letzte - ultimative - Schritt**, den er gehen kann - was besonders für die außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung gilt. Das **Bundesarbeitsgericht** wendet daher auf das gesamte Kündigungsschutzrecht den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** an, dessen Ausdruck das Ultima-Ratio-Prinzip ist.

#### *Praxistipp:*

Wer auf das Fehlverhalten seines Mitarbeiters mit einer Kündigung reagieren möchte, sollte immer über die Folgen seines Schritts für den Arbeitnehmer nachdenken. Dabei muss die Frage beantwortet werden: Rechtfertigt es die festgestellte Vertragsstörung wirklich, das Arbeitsverhältnis zu beenden und den Arbeitnehmer in die Arbeitslosigkeit zu schicken? Wer die Folgen der Kündigung für Arbeitnehmer kennt, wird verstehen, warum die Arbeitsgerichte die Anforderungen an eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung so hoch setzen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist **keine Erfindung des Arbeitsrechts**. Er ist staatsrechtlichen Ursprungs und geht vom **Übermaßverbot** als Grenze staatlichen Handelns aus. Nun handelt ein Arbeitgeber nichts staats-, sondern privatrechtlich - die **Interessenlage** ist aber durchaus vergleichbar. Der - vermeintlich - schwächere Arbeitnehmer soll vor dem - vermeintlich stärkeren - Arbeitgeber geschützt werden. Seine **Arbeitgebermaßnahmen** sind daher im Kündigungsschutzrecht - unter anderem - nur dann rechtmäßig, wenn sie verhältnismäßig sind und eine **Kündigung das letzte Mittel** - eben die Ultima Ratio - ist.

#### 2. Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat seinen **Ursprung im Staatsrecht**. Er folgt aus den Grundrechten und dem **Rechtsstaatsprinzip**. Danach muss alles staatliches Handeln verhältnismäßig sein. Das bedeutet wiederum, dass eine staatliche Maßnahme im Hinblick auf das verfolgte Ziel

- geeignet,
- erforderlich
- und angemessen

sein muss.

**Beispiel:**

Autofahrer A fährt in der geschlossenen Ortschaft 10 km/h zu schnell. Würde die Ordnungsbehörde von A nun 1.000,00 EUR Geldbuße verlangen und darüber hinaus ein sechsmonatiges Fahrverbot gegen ihn verhängen, wäre das eine unverhältnismäßige Reaktion auf eine relativ leichte Verkehrsordnungswidrigkeit. Ganz abgesehen davon, dass die StVO mit ihren Nebengesetzen diese Ahndung nicht vorsieht: sie wäre in jedem Fall unverhältnismäßig.

Der Gegensatz von verhältnismäßig ist **unverhältnismäßig**. Bei staatlichem Handeln gilt insoweit auch ein **Übermaßverbot**. Das eingesetzte **Mittel** darf zu dem angestrebten **Zweck** nicht außer Verhältnis stehen (= Mittel-Zweck-Relation). Es ist immer darauf zu achten, dass die beabsichtigte Maßnahme auf Seiten des Bürgers nicht zu Nachteilen führt, die in keinem angemessenen Verhältnis mehr zum gewollten Erfolg stehen.

### 3. Das Ultima-Ratio-Prinzip im Kündigungsrecht

Der **Arbeitgeber handelt** zwar nicht staatlich, sondern **privatrechtlich**. Mit Blick auf seine Stellung als Betriebs- und Unternehmensinhaber - Verhältnis der Über-/Unterordnung - ist es jedoch gerechtfertigt, den allgemeinen **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Arbeitsrecht** anzuwenden.

**Beispiel:**

Arbeitnehmer N kommt am 07.05. eine halbe Minute zu spät zur Arbeit. Arbeitgeber kündigt daraufhin verhaltensbedingt fristlos. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses - schon gar die sofortige - wegen einer kaum wahrnehmbaren Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten ist eine Maßnahme des Arbeitgebers, die völlig überzogen und damit unverhältnismäßig ist.

**Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** im Kündigungsschutzrecht ist die Annahme, dass eine Kündigung solange nicht gerechtfertigt ist, wie es **andere Mittel** gibt, die Vertragsstörung zukünftig zu vermeiden (= Ultima-Ratio-Prinzip).

Der Begriff "**ratio**" stammt aus dem Lateinischen und bedeutet "Vernunft", "**ultima**" ist die weibliche Form des lateinischen Adjektivs "ultimus" - also die "letzte". Sinngemäß bedeutet "**Ultima Ratio**" damit im Kündigungsschutzrecht **das äußerste Mittel** zur Behebung einer Vertragsstörung. Vor diesem äußersten Mittel kommen als **mildere Mittel** gegenüber einer verhaltensbedingten Beendigungskündigung unter anderem in Betracht:

- Abmahnung ,
- Änderungskündigung ,
- Umsetzung oder
- Versetzung

Wichtig ist: Der Einsatz des milderen Mittels muss **geeignet** sein, die festgestellte Vertragsstörung zukünftig zu verhindern. Außerdem muss es

- objektiv möglich und
- subjektiv zumutbar

sein. **Weitere Informationen** zum Thema Kündigung als Ultima Ratio stehen in den Stichwörtern Kündigung - außerordentliche: Ultima Ratio , Kündigung - betriebsbedingt: Dringlichkeit und Kündigung - personenbedingt: Ultima Ratio .

## 4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zur Anwendung des Ultima-Ratio-Prinzips bei einer verhaltensbedingten Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### 4.1 Abmahnung

Die Kündigung wegen einer **Vertragspflichtverletzung** verlangt regelmäßig eine vorausgegangene einschlägige Abmahnung. Diese Abmahnung dient zum einen der **Objektivierung der Negativprognose** und ist zum anderen der Kündigung bei **Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** als milderes Mittel vorzuziehen. Vorausgesetzt, mit der Abmahnung kann das Ziel ordnungsgemäße Vertragserfüllung erreicht werden ( BAG, 23.06.2009 - 2 AZR 283/08 ).

### 4.2 Bedingung

Die Kündigung eines Arbeitnehmers wegen seines Verhaltens muss nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch dieses Verhalten "bedingt" sein. Das führt zu dem Ergebnis, dass die **Kündigung ausgeschlossen** ist, wenn der Arbeitgeber als **Alternative zur Kündigung** geeignete mildere Mittel anwenden kann, um die Vertragsstörung zu beseitigen. Das ist bei einer verhaltensbedingten Kündigung in der Regel eine Abmahnung - die nicht nur im Leistungsbereich, sondern auch im Vertrauensbereich vorrangig ist, "wenn es sich um ein steuerbares Verhalten handelt und eine Wiederholung des Vertrauens erwartet werden kann" ( LAG Niedersachsen, 08.03.2005 - 5 Sa 561/04 - mit Hinweis auf BAG, 10.02.1999 - 2 ABR 31/98 ).

### 4.3 Einschränkung

Auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann eine vorherige **Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich** sein. Das ist der Fall, wenn für die Zukunft trotz Abmahnung **keine Vertragsänderung erwartet** werden kann. Gleiches gilt bei einer **schweren Pflichtverletzung**, deren Rechtswidrigkeit dem Mitarbeiter ohne weiteres erkennbar war, und bei der die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist ( BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 483/07 ).

### 4.4 Letztes Mittel

Im gesamten Kündigungsrecht gilt der Grundsatz, dass eine **Beendigungskündigung** erst dann in Betracht kommt, wenn keine Möglichkeit mehr besteht, den Arbeitnehmer zu anderen - möglicherweise auch schlechteren - Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Bei der Anwendung dieses Grundsatzes kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine **außerordentliche oder ordentliche Kündigung** handelt. Ebenso wenig ist es entscheidend, ob es um eine betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Kündigung geht. Solange es noch ein **milderes Mittel** gibt, ist eine Beendigungskündigung ausgeschlossen ( BAG, 19.04.2007 - 2 AZR 180/06 ).

### 4.5 Milderes Mittel

Eine Kündigung ist ausgeschlossen, wenn seitens des Arbeitgebers schon mildere Mittel und Reaktionen - z.B. eine Abmahnung - ausreichen würden, den auffällig gewordenen Mitarbeiter **wieder vertragstreu werden** zu lassen (s. dazu BAG, 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 - und BAG, 31.07.2014 - 2 AZR 434/13 ). Eine Abmahnung ist "nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur" dann überflüssig, "wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine **Verhaltensänderung** auch nach Ausspruch einer Abmahnung **nicht zu erwarten** oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den Arbeitnehmer erkennbar) ausgeschlossen ist" (BAG, 15.12.2016 - mit Hinweis auf BAG, 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 und BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 651/13 ).

### 4.6 Schwerbehinderte

Der Arbeitgeber muss bei "**personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten**" im Arbeitsverhältnis das **Präventionsverfahren** des § 84 Abs. 1 SGB IX durchführen. Dieses Verfahren ist zwar **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** für eine verhaltensbedingte Kündigung, § 84 Abs. 1 SGB IX stellt aber eine **Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** dar, der das ganze Kündigungsschutzrecht beherrscht. Danach ist eine Kündigung nur erforderlich (Ultima Ratio), wenn sie nicht durch mildere Mittel vermieden werden kann. So ein milderer Mittel ist allerdings das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX ( BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 - mit dem Erfolg, dass die verhaltensbedingte Kündigung eines Schwerbehinderten möglicherweise unverhältnismäßig ist, wenn sie durch dieses Verfahren vermieden worden wäre).

#### 4.7 Um-/Versetzung

Im Rahmen des Einsatzes milderer Mittel sind auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung Umsetzungs- und Versetzungsmöglichkeiten zu prüfen. Handelt es sich bei der dem Arbeitnehmer vorgeworfenen **Schlechtleistung** nicht um arbeitgeberbezogene, sondern um **arbeitsplatzbezogene Pflichtverstöße**, kommt grundsätzlich auch eine Umsetzung oder Versetzung des betroffenen Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz in Betracht. Diese Weiterbeschäftigung muss dem Arbeitgeber allerdings **möglich und zumutbar** sein, wobei im Fall einer verschuldeten Vertragsverletzung eher von einer Unzumutbarkeit auszugehen sein dürfte als bei einer betriebs- oder personenbedingten Kündigung ( BAG, 17.01.2008 - 2 AZR 752/06 ).

#### 4.8 Unterlassenes Präventionsverfahren

Der Arbeitgeber ist nach § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. (= § 167 Abs. 1 SGB IX n.F.) zur Durchführung des sogenannten Präventionsverfahrens verpflichtet. Dieses Präventionsverfahren ist auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung durchzuführen. Seine - ordnungsgemäße - Durchführung muss jedoch **geeignet** sein, den auffällig gewordenen Mitarbeiter wieder **zu vertragstreuem Verhalten zu bringen** (s. dazu BAG, 15.12.2016 - 2 AZR 42/16 - wegen milderer Arbeitgeberreaktion und -mittel). Arbeitgeber, die SGB IX-widrig das Präventionsverfahren unterlassen haben, trifft im Kündigungsschutzprozess eine **erweiterte Darlegungs- und Beweislast**. Er muss dann bei einer verhaltensbedingten Kündigung von sich aus darlegen und bei Bestreiten beweisen, "dass das Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers auch durch die frühzeitige Einschaltung der in § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. genannten Stellen nicht hätte positiv beeinflusst werden können" (BAG, 25.01.2018 - 2 AZR 382/17) .

#### 4.9 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der das **Kündigungsschutzgesetz** beherrschende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet den Arbeitgeber grundsätzlich, seinen Mitarbeiter bei einem pflichtwidrigen Verhalten zunächst abzumahnern. Das ist insbesondere bei **Störungen des Leistungsbereichs** so, aber auch bei **Störungen des Vertrauensbereichs** - vorausgesetzt, das Verhalten ist steuerbar und das Vertrauen kann wieder hergestellt werden. Das Gleiche gilt, "wenn der Arbeitnehmer aus vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Verhalten angesehen" ( LAG Bremen, 28.07.2005 - 3 Sa 98/05 ).