

Aktenzeichen: 2 AZR 551/91
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 21. Mai 1992
- 2 AZR 551/91 -

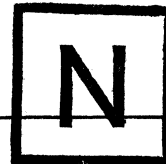
I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 19. November 1990
- 6 Ca 229/90 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 02. September 1991
- 5 Sa 110/90 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Verhaltensbedingte Kündigung - Abmahnungserfordernis

Gesetz:

KSChG § 1 Abs. 2; BAT § 13 Abs. 2

Leitsatz:

Auch eine wegen Nichtanhörung des Arbeitnehmers nach § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT formell unwirksame Abmahnung entfaltet die regelmäßig vor einer verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSChG aufgrund der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - AP Nr. 25 zu § 1 KSChG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) erforderliche Warnfunktion.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 551/91

5 Sa 110/90 Hamburg

Verkündet am
21. Mai 1992

Noll,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom
21. Mai 1992 gemäß § 128 Abs. 2 ZPO durch den Vorsitzenden Rich-



ter Hillebrecht, die Richter Bitter und Dr. Rost sowie die ehrenamtlichen Richter Mauer und Rupprecht für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 2. September 1991 - 5 Sa 110/90 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit dem 1. Oktober 1984 im versorgungsärztlichen Dienst der Beklagten als Arzt (Gutachter) tätig, und zwar unter Einreihung in die VergGr. I b der Anlage zum BAT. Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer dem Kläger am 15. Juni 1990 ausgesprochenen Kündigung, die die Beklagte auf mangelhafte quantitative Leistungen des Klägers stützt.

Am 11. November 1987 wurde der Kläger in einem Gespräch darauf hingewiesen, seine quantitativen Leistungen seien unzureichend und lägen weit unter dem Durchschnitt. In dem über dieses Gespräch gefertigten Vermerk vom selben Tage ist davon die Rede, dem Kläger sei es trotz mehrjähriger Einarbeitung und trotz zahlreicher Einzelgespräche mit entsprechenden Ermahnungen bisher nicht gelungen, die unter dem Durchschnitt liegende Arbeitsleistung als Gutachter zu steigern; die extrem geringe Leistung könne nicht länger verantwortet werden, falls keine wesentliche Änderung der Situation bis Ende Januar 1988 eintrete, sei eine Information der Personalabteilung unumgänglich. In einem weiteren Gespräch am 20. Januar 1988 wurde der Kläger darauf hingewiesen,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



eine Leistungssteigerung sei in den letzten Wochen nicht zu verzeichnen gewesen, die Personalabteilung werde nunmehr eingeschaltet. Ein weiteres Gespräch fand mit dem Kläger am 26. Februar 1988 statt; nach dem hierüber gefertigten Vermerk vom selben Tage soll der Kläger eingeräumt haben, es sei richtig, daß er nicht die gleichen Leistungen wie seine Kollegen erbringe; er gebe sich durchaus Mühe, habe bisher seine Leistungen aber nicht wesentlich steigern können, was mit einer gewissen Gedankenträgheit und der Schwierigkeit zusammenhänge, sich umfassend in die Fälle hineinzuarbeiten. Über den genauen Inhalt dieses Gesprächs herrscht zwischen den Parteien Streit.

Mit Schreiben vom 24. August 1988 erteilte die Beklagte dem Kläger mit Zustimmung des Personalrats eine Abmahnung, in der sie die Erwartung aussprach, daß der Kläger zukünftig pro Arbeitstag mindestens ein Gutachten nach dem BVG bzw. SchwbG fertigstelle und die Kurzgutachten und Stellungnahmen in angemessener Zeit erledige; für den Fall, daß er seine Leistungen in quantitativer Hinsicht nicht steigere, habe er mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen, die auch zu einer Kündigung führen könnten. Am 5. Juni 1989 erteilte die Beklagte dem Kläger eine weitere Abmahnung, in der wiederum die Erwartung ausgesprochen wird, der Kläger möge seine Leistungen in quantitativer Hinsicht steigern; da eine positive Reaktion auf die Abmahnung vom 24. August 1988 nicht erkennbar sei, sei die zweite Abmahnung erforderlich; falls der Kläger die Arbeitsleistungen nicht erheblich steigere, sei mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen, die auch zu einer Kündigung führen könnten. Die Beklagte hat beide Abmahnungen zu



den Personalakten genommen, ohne zuvor den Kläger angehört zu haben.

Der Kläger hat mit Schreiben vom 3. September 1988 und 19. Juni 1989 den Abmahnungen widersprochen und die Beklagte aufgefordert, diese zurückzunehmen. Die Beklagte hat dies mit Schreiben vom 15. September 1988 und 26. Juli 1989 abgelehnt mit dem Bemerkten, die Erledigungsrate des Klägers sei noch abgesunken; seine Arbeitsleistungen stünden nicht annähernd in einem angemessenen Verhältnis zur Vergütung und zu den durch den Arbeitsplatz verursachten Kosten; die von ihm angegebenen Erledigungsraten seien falsch.

Gemäß einer von der Beklagten eingereichten Aufstellung für die Zeit vom 1. Halbjahr 1988 bis einschließlich 1. Halbjahr 1990 erbrachte der Kläger eine durchschnittliche tägliche Arbeitsleistung, die zwischen einem Drittel und der Hälfte der durchschnittlichen täglichen Arbeitsleistung der übrigen bei der Beklagten als Gutachter eingestellten Ärzte in quantitativer Hinsicht entsprach. Auch ist eine Leistungssteigerung in dem vorgenannten Zeitraum nicht ersichtlich. Die in dieser Aufstellung wiedergegebenen Zahlenangaben sind zwischen den Parteien unstreitig. Das gilt auch für die Tatsache, daß der Kläger im April 1990 nur sieben Kurzgutachten, eine Stellungnahme nach dem BVG und vier Stellungnahmen nach dem SchwbG gefertigt hat.

Am 30. Mai 1990 erhielt der Kläger vor dem Hintergrund einer drohenden Untätigkeitsklage von seinem Vorgesetzten, Herrn



Dr. L , die mündliche Anordnung, ein Gutachten in einem bestimmten Fall (G) bis zum 31. Mai 1990 fertigzustellen. Dem widersetzte sich der Kläger mit dem Hinweis, er habe noch ältere Gutachten vorrangig zu erledigen; im Hinblick hierauf wurde dem Kläger am gleichen Tage die schriftliche Weisung zur Fertigstellung des vorgenannten Gutachtens bis zum 1. Juni 1990, 11.00 Uhr, erteilt. Der Kläger sandte diese Anweisung an Herrn Dr. L mit folgendem Vermerk zurück:

"Es ist mir nicht möglich, der Weisung Folge zu leisten, da ich zur Zeit ein Gutachten, dessen Fertigstellung dringlicher als das obige ist, bearbeite. Danach muß ich noch ein weiteres sehr dringliches Gutachten zum Abschluß bringen. Erst danach kann ich das Gutachten Clasen, Gerd abschließend bearbeiten (Termin: etwa Mitte Juni)."

Mit Schreiben vom 8. Juni 1990 bat die Beklagte den bei ihr gebildeten Personalrat um Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung des Klägers. Dem Anhörungsschreiben war ein Vermerk des Herrn Dr. L vom 30. Mai 1990 beigelegt. Nach Zustimmung des Personalrats sprach die Beklagte die streitgegenständliche ordentliche Kündigung vom 15. Juni 1990 zum 31. Dezember 1990 aus. Im Laufe des Rechtsstreits hat der Personalratsvorsitzende mitgeteilt (Schreiben vom 17. Juni 1991), dem Personalrat sei zum Zeitpunkt der Anhörung unter anderem bekannt gewesen, daß der Kläger mit dem Inhalt der Abmahnungen nicht einverstanden gewesen sei und dagegen habe vorgehen wollen. Dieser Sachverhalt ist inzwischen unter den Parteien unstreitig.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil es an einer rechtswirk-



samen Abmahnung fehle. Da er vor Ausspruch der Abmahnungen nicht angehört worden sei, habe er einen schuldrechtlichen Anspruch auf Entfernung der Abmahnungen aus den Personalakten gemäß § 13 Abs. 2 BAT. Es sei auch unzutreffend, daß er quantitativ unzureichende Leistungen erbringe; entgegen dem Vermerk vom 26. Februar 1988 habe er auch nicht erklärt, seine Leistungen seien in quantitativer Hinsicht mangelhaft, was auf Gedankenträgheit und ähnliche Äußerungen zurückzuführen sei. Seine Leistungen hätten sich im Laufe seiner Beschäftigung auch nicht verschlechtert. Die Beklagte habe auch keine konkreten Richtlinien aufgestellt, die einen genauen zeitlichen Umfang für die Verrichtung der zu erbringenden Tätigkeit festgelegt hätten. Sein Verhalten am 30. Mai 1990 sei gerechtfertigt, da schon die Weisung der Beklagten nicht erfüllbar gewesen sei. Das Gutachten G habe einen Arbeits- und Zeitaufwand von mindestens einer Woche erfordert; hinzu komme, daß er auf Anmahnung der Verwaltung noch zwei Gutachten vorrangig zu bearbeiten gehabt habe. Da sein Vorgesetzter sich auf seine schriftliche Mitteilung vom 31. Mai 1990 nicht mehr geäußert habe, sei er von dessen Einverständnis mit der vorgeschlagenen Arbeitsweise ausgegangen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 15. Juni 1990 nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn, den Kläger, zu den bisherigen Bedingungen als Arzt (Gutachter) über den Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen.



Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen, schon bald nach der Einstellung sei festgestellt worden, daß die quantitativen Leistungen des Klägers ungenügend seien und sich in der Folgezeit noch verschlechtert hätten. Im Gespräch am 26. Februar 1988 habe sich der Kläger auf Gedankenträgheit und darauf berufen, daß ihm die Augen zufielen. Der Kläger werde schon seit langem nicht mehr mit Gutachten und Stellungnahmen beauftragt, die mit schwierigen Fragestellungen verbunden seien. Da sich die Bearbeitungszeiten des Klägers auf ein unerträgliches Maß verlängert hätten, hätten sich Klagen und Eingaben der Bürger gehäuft, so auch im Fall G .

Die Nichtbeachtung der Abmahnungen und der Weisung des Vorgesetzten durch den Kläger habe zudem deutlich gemacht, daß auf den Kläger durch Weisungen keinerlei Einfluß zu nehmen sei. Die Abmahnungen seien auch rechtswirksam, da der Kläger zur Frage seiner quantitativen Minderleistung wiederholt angehört worden sei. Selbst wenn der Kläger einen Anspruch auf Entfernung der Abmahnungen aus den Personalakten haben sollte, sei die Warnfunktion erfüllt. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT müsse dort ihre Grenze finden, wo die Vorwürfe vertragsverletzenden Verhaltens dem Arbeitnehmer hinreichend bekannt seien und umgekehrt auch der Arbeitgeber die zu erwartende Einlassung des Arbeitnehmers kenne. Beides sei hier aufgrund der ausführlichen vorherigen Gespräche der Fall gewesen, so daß eine vorherige Anhörung des Klägers entbehrlich geworden sei. Die Kündigung sei letztlich auch deshalb sozial gerechtfertigt, weil der Kläger am 30. Mai 1990 die Durchführung einer eindeutigen Anweisung seines Vorgesetzten verweigert habe.



Der Personalrat sei zu der streitigen Kündigung ordnungsgemäß gehört worden; er habe sich in mehreren Gesprächen mit dem Kläger und dessen Kollegen umfassend über den Sachverhalt informiert; ihm seien alle kündigungsrelevanten Tatsachen - so auch der Widerspruch des Klägers gegen die Abmahnungen - bekannt gewesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine ursprünglichen Anträge weiter.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht entschieden, die dem Kläger ausgesprochene ordentliche Kündigung sei nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt.

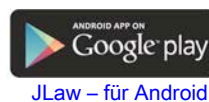
I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Der Personalrat sei zur Kündigung ordnungsgemäß gehört worden. Soweit die Beklagte dem Personalrat Kündigungsgründe im Anhörungsschreiben vom 8. Juni 1990 nicht ausführlich mitgeteilt habe, sei der Sachverhalt dem Personalrat zumindest in dem Umfang bekannt gewesen, wie er sich aus dem Schreiben des Personalratsvorsitzenden vom 17. Juni 1991 ergebe,



was die Parteien unstreitig gestellt hätten. Soweit aber der Personalrat bereits über den erforderlichen Kenntnisstand verfüge, bedürfe es keiner weiteren Darlegung der Kündigungsgründe.

Die streitige Kündigung sei sozial gerechtfertigt, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt einer verhaltensbedingten, als auch einer personenbedingten Kündigung. Gehe man davon aus, der Kläger habe quantitativ höhere Leistungen nicht erbringen wollen, so sei die Kündigung verhaltensbedingt (§ 1 Abs. 2 KSchG). Denn die Leistungen des Klägers lägen - auch wenn man ihm einen persönlichen Arbeitsstil und die Art der Erledigung der Arbeit zubillige - so kraß unter den quantitativen Leistungen der Kollegen, daß dies mit dem Schwierigkeitsgrad der vom Kläger zu fertigenden Gutachten und mit einem besonders gründlichen Arbeitsstil nicht zu begründen sei. Der Kläger habe zwar behauptet, ihm seien besonders schwierige Gutachten zugeteilt worden, dazu habe er aber keine weiteren Darlegungen gemacht. Im Rahmen behaupteter Entschuldigungsgründe sei der Kläger aber zur Spezifizierung gehalten gewesen, zumal die Beklagte vorgetragen habe, dem Kläger seien aufgrund seiner Leistungsschwäche nur noch einfache Gutachten zugeteilt worden. Das Leistungsdefizit des Klägers im Verhältnis zu seinen Kollegen liege angesichts des unstreitigen Inhalts der von der Beklagten vorgelegten Gegenüberstellung nicht nur am unteren Rand einer breitfächrigen Arbeitsleistungsskala, vielmehr habe sie im Schnitt etwa bei der Hälfte der sonst im unteren Bereich des Durchschnitts angesiedelten Kollegen des Klägers gelegen, wobei ferner auffallend sei, daß der Kläger seit dem 1. Halbjahr 1988 seine quantitativen Leistungen nicht nur

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



nicht gesteigert, sondern sogar noch verringert habe. Wegen dieser Leistungsmängel sei der Kläger wirksam abgemahnt worden, wie nach den vorangehenden Gesprächen den Abmahnungen vom 24. August 1988 und 1. Juni 1989 zu entnehmen sei. Die in diesen Abmahnungen zum Ausdruck gebrachte Warnfunktion bestehe auch dann fort, wenn dem Kläger ein Anspruch auf Entfernung der Abmahnungen aus der Personalakte mangels vorheriger Anhörung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT zugebilligt werde. Tatsächlich habe der Kläger allerdings einen solchen Herausnahmeanspruch verwirkt, weil er trotz der Zurückweisung seines Widerspruchs durch die Beklagte untätig geblieben sei, so daß die Beklagte davon habe ausgehen müssen, er habe von seinem Herausnahmebegehren Abstand genommen. Selbst wenn aber eine Verwirkung zu verneinen sei, so hätten die Abmahnungen ihre kündigungsrechtliche Relevanz nicht eingebüßt, wie schon der Tatsache zu entnehmen sei, daß auch eine Abmahnung wirksam mündlich oder schriftlich erteilt werden könne, ohne sie zu den Personalakten zu nehmen. Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT.

Selbst wenn man aber die Abmahnungen als formell unwirksam ansehe, ergebe sich aus dem Verhalten des Klägers in Kenntnis ihrer Erteilung und des von der Beklagten kundgetanen Willens ihrer Aufrechterhaltung, daß im Streitfall eine Abmahnung vor der auf Leistungsmängel gestützten Kündigung entbehrlich gewesen sei. Der Kläger habe nämlich durch sein Verhalten unter den obwaltenden Umständen zum Ausdruck gebracht, daß er sein Verhalten auch im Falle der Erteilung einer formgerechten Abmahnung nicht ändern werde. Deshalb sei eine Abmahnung entbehrlich, wenn der Gekündigte von vornherein ernsthaft und endgültig zum Ausdruck gebracht



habe, daß er sein Verhalten nicht zu ändern gedenke. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus der Äußerung des Klägers im Termin vor dem Landesarbeitsgericht, in dem der Kläger hervorgehoben habe, daß er bei seinem Arbeitsstil, den man ihm abzugewöhnen versucht habe, mindestens eine Woche für die Erstellung des Gutachtens G

gebraucht hätte. Bei der sozialen Rechtfertigung der streitigen Kündigung sei ferner zu berücksichtigen, daß der Kläger sich geweigert habe, den Anweisungen seines Vorgesetzten, des Herrn Dr. L , nachzukommen. Auch wenn ihm in diesem Falle nicht vor Augen geführt worden sei, daß er im Falle des Verbleibens bei seiner Ablehnung mit der Kündigung zu rechnen habe, so zeige doch auch dieses Verhalten des Klägers, daß ihn irgendwelche Weisungen der Beklagten nicht zu beeindrucken vermochten. Der Kläger könne auch nicht damit gehört werden, es hätten dringlichere Aufgaben vorgelegen, denn es obliege allein der Entscheidungsgewalt seines Vorgesetzten, welche Aufgaben zuerst zu erfüllen seien. Auch habe der Kläger nicht einmal unverzüglich mit der Erstellung des Gutachtens wenigstens begonnen.

Gehe man davon aus, daß der Kläger aus psychischen und/oder physischen Gründen nicht in der Lage gewesen sei, bessere Leistungen zu erbringen, so sei die Kündigung personenbedingt (§ 1 Abs. 2 KSchG). Auch hierzu sei der Personalrat ordnungsgemäß angehört worden, wobei es einer Unterrichtung über die rechtliche Einordnung der geschilderten Kündigungsgründe gegenüber dem Personalrat nicht bedürfe. Die Leistungen des Klägers seien so mangelhaft gewesen, daß die Beklagte sie im Interesse des Steuerzahlers und der vom Kläger zu begutachtenden Antragsteller nicht mehr habe hinnehmen dürfen. Die Möglichkeit einer Besserung sei

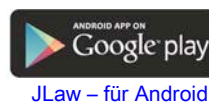


nicht realistisch und eine anderweitige Einsatzmöglichkeit für den Kläger nicht vorhanden.

Im Rahmen der Interessenabwägung seien zwar einerseits das Alter des Klägers und seine Schwierigkeiten zu berücksichtigen, in seinem Beruf als Arzt wieder Fuß zu fassen. Im Streitfall überwiege aber das Interesse der Beklagten an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, da der Kläger zirka sechs Jahre lang praktisch zu keiner Zeit beanstandungsfrei gearbeitet habe und unstreitig die quantitativen Leistungen weit unter dem erwarteten Niveau gelegen hätten. Auch sei keine Möglichkeit für die Beklagte erkennbar, das Arbeitsverhältnis in der bisherigen oder einer geänderten Form aufrecht zu erhalten. Die zügige Bearbeitung der Anträge durch den versorgungsärztlichen Dienst sei aber für die Antragsteller in der Regel von existentieller Bedeutung.

II. Dem folgt der Senat in den wesentlichen Teilen der Begründung. Die Rüge der Verletzung materiellen Rechts, insbesondere der Bestimmung des § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT, greift nicht durch.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 15. Juni zum 31. Dezember 1990 sei aus Gründen im Verhalten des Klägers sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG, so daß damit auch der Weiterbeschäftigungsanspruch unbegründet ist. Mit der Abweisung des letzteren Antrages setzt sich die Revisionsbegründung zwar nicht auseinander; das ist aber unschädlich, der sogenannte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch steht nur in einem uneigentlichen Eventualverhältnis zur Feststellungsklage nach § 4 KSchG (so Senatsur-



teile vom 2. April 1987 - 2 AZR 48/86 - AP Nr. 96 zu § 626 BGB und vom 20. Juli 1989 - 2 AZR 114/87 - AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Sicherheitsbedenken, zu III 2 der Gründe).

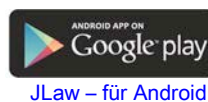
2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob die Entscheidung in sich widerspruchsfrei ist (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. z. B. Urteil vom 18. November 1986 - 7 AZR 674/84 - AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu I der Gründe und Senatsurteil vom 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu II 1 der Gründe). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angegriffene Urteil stand.

3. Das Berufungsgericht hat zu Recht den vorliegenden Sachverhalt auch unter verhaltensbedingten Gesichtspunkten geprüft und nach den für den Senat gemäß § 561 ZPO bindenden Feststellungen ausgeführt, es liege eine quantitative Minderleistung des Klägers vor, die nicht mehr mit einem persönlichen Arbeitsstil oder einer besonderen Schwierigkeit der zu bearbeitenden Gutachten entschul-



digst werden könne; die quantitative Arbeitsleistung des Klägers habe im Schnitt etwa bei der Hälfte der sonst im unteren Bereich des Durchschnitts angesiedelten Kollegen des Klägers gelegen und habe sich gegenüber den ersten Halbjahren 1988 und 1989 zum Halbjahr 1990 hin nicht nur nicht gesteigert, sondern sogar noch verringert. Diese Ausführungen sind mit Revisionsrügen nicht angegriffen worden, ebensowenig wie die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei auch nicht willens gewesen, seine quantitativen Leistungen zu verbessern.

a) Auf der Grundlage dieser Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler gefolgert, die damit verbundene Leistungsstörung führe zu einem verhaltensbedingten Kündigungsgrund. Auch wenn grundsätzlich von einem individuellen Leistungsmaßstab des Arbeitnehmers auszugehen ist (so BAG Urteile vom 20. März 1969 - 2 AZR 283/68 - AP Nr. 27 zu § 123 GewO, vom 17. Juli 1970 - 3 AZR 423/69 - AP Nr. 3 zu § 11 MuschG 1968 und Beschluß vom 14. Januar 1986 - 1 ABR 75/83 - BAGE 50, 330 = AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; siehe zum Maßstab der Arbeitspflicht auch Bitter, AR-Blattei - D-Arbeitspflicht des Arbeitnehmers I, zu D I), so wird doch von dieser Rechtsprechung richtigerweise gefordert, daß der Arbeitnehmer die übertragenen Arbeiten unter Anspannung der ihm möglichen Fähigkeiten ordnungsgemäß zu verrichten hat. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, der Kläger habe nicht nur vom 1. Halbjahr 1988 zum Halbjahr 1989 seine Arbeitsleistung verschlechtert, sondern auch noch zum 1. Halbjahr 1990. Derselbe negative Trend zeichnet sich auch für die nach der unstreitig gestellten Aufstellung ermittelten Tätigkeiten im jeweiligen 2. Halbjahr 1988



und 1989 ab, die weit unterhalb derer des 1. Halbjahres 1988 liegen. Insofern wirft es auf das Arbeitsverhalten des Klägers schon ein bezeichnendes Licht, wenn er nach der unstreitigen Erklärung anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 24. April 1991 von seinem Arbeitsstil sprach, den die Beklagte ihm "versuchte abzugewöhnen". Diese Bemerkung wird von der Revision als solche nicht in Abrede gestellt, sondern - wie schon vor dem Landesarbeitsgericht - lediglich in einen Zusammenhang zu nicht näher spezifizierten Schwierigkeiten von Gutachten gestellt, und zwar obwohl die Beklagte unbestritten (§ 138 Abs. 3 ZPO) darauf hingewiesen hatte, dem Kläger seien aufgrund seiner Leistungsschwäche nur einfache Gutachten zugeteilt worden. Auch mit diesem Vorhalt hat sich die Revision nicht auseinandergesetzt. Der Kläger hat sich in allen drei Instanzen nicht zu der unstreitigen Tatsache der kontinuierlichen Verschlechterung seiner Arbeitsleistungen geäußert; er hat vielmehr auch in den Genvorstellungen zu den Abmahnungsschreiben im wesentlichen nur bemängelt, es sei nicht vertretbar, einen Gutachter vordergründig nach quantitativen Gesichtspunkten zu beurteilen. Daß es beim Kläger tatsächlich an der Bereitschaft zur Kooperation und gutwilligen Zusammenarbeit fehlte, hat schließlich das Landesarbeitsgericht auch im Zusammenhang mit der vom Kläger nicht befolgten Weisung vom 30. Mai 1990 betont; irgendwelche Weisungen der Beklagten hätten den Kläger nicht zu beeindrucken vermocht. In einem solchen Fall von Minderleistung liegt nach der Senatsrechtsprechung eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses vor, die eine ordentliche Kündigung grundsätzlich rechtfertigen kann (BAGE 58, 37 = AP Nr. 99 zu § 626 BGB und Urteil

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



vom 17. Januar 1991 - 2 AZR 375/90 - AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu II 2 a und b der Gründe).

b) Das Landesarbeitsgericht hat ferner im Anschluß an die BAG-Rechtsprechung (Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu 2 a der Gründe; Senatsurteil vom 9. August 1984 - 2 AZR 400/83 - AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, zu III 3 a der Gründe und Senatsurteil vom 17. Januar 1991, AP, aaO) darauf abgestellt, bei Störungen im Leistungsbereich sei regelmäßig vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich. Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt, dem Abmahnungserfordernis mit Warnfunktion sei trotz Nichtanhörung des Klägers nach § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT genügt; im übrigen sei aber auch eine Abmahnung entbehrlich gewesen, weil der Kläger ohnehin zum Ausdruck gebracht habe, sein Verhalten auch im Falle einer formgerechten Abmahnung nicht ändern zu wollen.

c) Nach dem unstreitigen Sachverhalt in Verbindung mit den vorgelegten Abmahnungsschreiben vom 24. August 1988 und 5. Juni 1989 steht fest, daß dem Kläger nach dem jeweiligen Leistungsverstoß unmißverständlich klargemacht worden ist, er habe bei mangelnder Leistungssteigerung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen, die auch zur Kündigung führen könnten. Der Kläger war daher im Sinne der Abmahnungsrechtsprechung (siehe oben II 3 b) hinreichend gewarnt (Warnfunktion). Er ist auch nicht der Argumentation des Landesarbeitsgerichts entgegengetreten, er habe den Abmahnungen nicht etwa deshalb keine besondere Bedeutung beigemessen, weil sie unter Verstoß gegen § 13 BAT zu den Personalakten ge-



langt seien. Dazu bestand in der Tat Veranlassung, weil die Beklagte in ihren Erwidierungsschreiben vom 15. September 1988 und 26. Juli 1989 zu der jeweiligen Gegenvorstellung des Klägers auf ihren Abmahnungen beharrte. Entgegen der Auffassung der Revision haben diese Abmahnungen ihre kündigungsrechtliche Warnfunktion auch nicht dadurch eingebüßt, daß der Kläger vor Aufnahme in die Personalakten nicht angehört worden ist, § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT.

aa) Das trifft schon deswegen zu, weil, worauf ebenfalls das Landesarbeitsgericht hingewiesen hat, die Abmahnungen auch mündlich hätten ausgesprochen werden können, so daß ungeachtet der Regelung in § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT dem Erfordernis der Warnfunktion Genüge getan wäre. Dasselbe würde für eine schriftliche Abmahnung gelten, wenn sie nicht zu den Personalakten genommen wird, was - auch im öffentlichen Dienst - nicht zwingend notwendig ist. Lediglich zu einer Abmahnung, die in die Personalakten aufgenommen werden soll, muß der Angestellte vorher angehört werden (vgl. Böhm/Spiertz/Sponer/Steinherr, BAT, Stand Februar 1990, § 13 Rz 148, 158; Crisolli/Ramdohr, BAT, Stand März 1989, § 13 Rz 10 und 12; Uttlinger/Breier, BAT, § 13 Erl. 9). Schon dies spricht dafür, einer entgegen der Vorschrift des § 13 Abs. 2 BAT zu den Personalakten gelangten schriftlichen Abmahnung, die allein unter kündigungsrechtlichen Gesichtspunkten (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ultima-ratio-Prinzip, vgl. dazu Senatsurteil vom 17. Januar 1991, AP, aaO) erforderliche Warnfunktion nicht abzusprechen (ebenso LAG Hamm Urteil vom 9. Januar 1992 - ZTR 1992, 202).

Im übrigen ist in einer solchen formellen Abmahnung weder die Wahrnehmung eines Gestaltungsrechts, noch eine förmliche Wil-



lenserklärung zu sehen (so BAGE 50, 362, 363, 369 = AP Nr. 96 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, zu III 2 c der Gründe; siehe auch von Hoyningen-Huene, RdA 1990, 193, 199), sondern nur eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, nämlich die Ausübung eines Rügerechts, die die rein faktische Warnfunktion unabhängig von rechtlichen Formvorschriften auszufüllen in der Lage ist (ebenso Wolf, Zur Abmahnung als Voraussetzung der verhaltensbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber, 1990, S. 172, 173).

Aus ähnlichen Überlegungen hat der Senat auch eine rechtsunwirksame Kündigung als Abmahnung mit Warnfunktion fortbestehen lassen (Senatsurteil vom 31. August 1989 - 2 AZR 13/89 - DB 1990, 790). Dort wurde (zu II 2 der Gründe) ausgeführt, im individualrechtlichen Bereich fordere der Arbeitgeber mit der Abmahnung in kündigungsrechtlicher Hinsicht für die Zukunft vertragsgerechtes Verhalten und stelle für den Fall weiterer Vertragsverletzungen individualrechtlich Konsequenzen in Aussicht (Warnfunktion); durch das Erfordernis einer Abmahnung vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung solle der mögliche Einwand des Arbeitnehmers ausgeräumt werden, er habe die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht gekannt oder jedenfalls nicht damit rechnen müssen, der Arbeitgeber sehe dieses Verhalten als so schwerwiegend an, daß er zu kündigungsrechtlichen Konsequenzen greifen werde (ebenso BAG Urteil vom 18. November 1986 - 7 AZR 674/84 - AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Diesem Erfordernis ist auch in einem Falle genügt, in dem eine ohne vorherige Anhörung des Arbeitnehmers zu den Personalakten gelangte Abmahnung



einen Entfernungsanspruch auslöst, den der Arbeitnehmer im übrigen nicht einmal geltend zu machen braucht, oder der vorliegend nach den nicht mit einer Rüge angegriffenen Entscheidungsgründen des Landesarbeitsgerichts verwirkt, also seitens des Klägers nicht mehr durchsetzbar ist. Der Kläger konnte - unabhängig vom Bestand eines solchen Entfernungsanspruchs - nach Kenntnisnahme der Abmahnungen nicht mehr davon ausgehen, die Beklagte werde weiteres Fehlverhalten folgelos hinnehmen, er habe etwa nicht mit kündigungsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen brauchen oder er habe gar die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht gekannt.

bb) Dieses Ergebnis steht auch in Übereinstimmung mit Sinn und Zweck des § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT. Dieser wird zunächst darin gesehen, dem Angestellten als Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes auf rechtliches Gehör einen zugleich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers herzuleitenden Anspruch gegen diesen zu gewähren, ihn zu nachteiligen Beschwerden und Behauptungen tatsächlicher Art vor der Aufnahme in die Personalakte anzuhören (vgl. Böhm/Spiertz/Sponer/Steinherr, aaO, § 13 Rz 141; Crisolli/Ramdohr, aaO, § 13 Rz 9; Kammerer, Personalakte und Abmahnung, 1989, S. 44; Lopacki, Personalaktenrecht, 1986, Rz 311; Uttlinger/Breier, aaO, § 13 Erl. 8). Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 16. November 1989 - 6 AZR 64/88 - AP Nr. 2 zu § 13 BAT, zu II 4 b der Gründe) hat dazu ausgeführt, die vorherige Anhörung des Angestellten nach § 13 Abs. 2 Satz 1 BAT sei keine Förmerei, sondern bezwecke eine Auseinandersetzung des Arbeitgebers mit der Gegen- darstellung des Betroffenen. Diese Auseinandersetzung, die im



Idealfall zu einer Korrektur oder sogar zum Fallenlassen der beabsichtigten Rüge führen könne, finde erfahrungsgemäß weniger intensiv statt, wenn der Vorwurf bereits in Form eines zu den Personalakten genommenen Schreibens manifestiert sei. Weder die Gendarstellung noch die nachträgliche Entfernung derselben böten umfassenden Schutz wie das mit der Entfernungsfolge belegte Gebot, den Angestellten vor der Aufnahme eines Vorgangs in die Personalakten anzuhören. Zur Gewährleistung eines uneingeschränkten Anhörungsrechts sei deshalb bei der Nichtbeachtung des rechtlichen Gehörs der zu den Akten genommene Vorgang zunächst bis zur Durchführung einer erneuten Anhörung zu entfernen; ohne diese Sanktionierung der fraglichen Nebenpflicht wäre das tarifliche Anhörungsrecht im Ergebnis bedeutungslos; gegebenenfalls könne dann der Vorgang nach entsprechender Würdigung des Vorbringens des Angestellten durch den Arbeitgeber wieder zu den Akten genommen werden.

Dem stimmt der Senat zu. Der Verstoß gegen das Anhörungsrecht macht die Abmahnung nur formell rechtswidrig (ebenso Conze in Anm. zu BAG Urteil vom 16. November 1989, AP, aaO), ohne daß damit feststeht, die Abmahnung könne nicht mehr verwertet werden (ebenso Kammerer, aaO, S. 58, 59; Schaub, NJW 1990, 872, 877; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl. Rz 9, wobei letztere ausdrücklich darauf hinweisen, kündigungsrechtlich entscheidend sei, ob die Abmahnung in der Sache berechtigt sei). Die Abmahnungen selbst sind materiell berechtigt, wie den mit einer Revisionsrüge nicht angegriffenen



Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu entnehmen ist. Hierzu hat die Revision lediglich angemerkt, die Hinweis- und Warnfunktion komme nach Ablauf von mehr als zwölf Monaten seit der letzten Abmahnung nicht mehr in Betracht. Das ist rechtlich unzutreffend; die Revision belegt ihre entgegenstehende Auffassung auch nicht. Ohne näheren Sachvortrag des Klägers in den Tatsacheninstanzen, daß und warum die Abmahnungen aufgrund Zeitablaufs wirkungslos geworden seien, sieht der Senat angesichts der entgegenstehenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 18. November 1986 - 7 AZR 674/84 - AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung und Senatsurteil vom 21. Mai 1987 - 2 AZR 313/86 - RzK Abmahnung Nr. 19) keine Veranlassung, hierauf weiter einzugehen.

Dabei ist es eine andere Frage, ob die Abmahnungen in personalaktenrechtlicher Hinsicht vorübergehend einem Verwertungsverbot unterliegen (so Beckerle/Schuster, Die Abmahnung, 3. Aufl., Rz 169). Auch ein solches Verwertungsverbot bestünde vorliegend im übrigen schon deshalb nicht, weil der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts einen Entfernungsanspruch verwirkt hat. Dies ist vom Landesarbeitsgericht unter Hinweis auf die abschließenden Schreiben der Beklagten näher begründet worden und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Insofern liegt der Fall anders, als wenn der Arbeitnehmer gegenüber einer Abmahnung schlicht untätig bleibt (vgl. dazu BAG Urteil vom 13. März 1987, AP, aaO, zu II 3 b der Gründe; siehe auch von Hoyningen-Huene, RdA 1990, 193, 211).



d) Besteht aber die Warnfunktion trotz formell unwirksamer Abmahnung fort, so erübrigt es sich, auf die Alternativbegründung des Berufungsgerichts einzugehen, im Streitfall sei eine Abmahnung sogar entbehrlich gewesen, weil der Kläger durch sein Verhalten ohnehin zum Ausdruck gebracht habe, er werde auch im Falle einer formgerechten Abmahnung sein Verhalten nicht ändern.

e) Keine Veranlassung besteht schließlich, zur Personenbedingtheit der Kündigung Stellung zu nehmen. Denn die Beklagte hat die Kündigung nicht auf personenbedingte Gründe gestützt. Auch der Kläger hatte in der Berufungsbegründung gegenüber einem entsprechenden Begründungsansatz des Arbeitsgerichts angemerkt, auf personenbedingte Gründe könne die Beklagte die Kündigung schon deshalb nicht stützen, weil diese dem Personalrat nicht mitgeteilt worden seien. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu angemerkt, falls psychische und/oder physische Gründe vorlägen, reiche die dem Personalrat gegebene Begründung auch dazu aus; die Beklagte habe den Personalrat nur über die Gründe zu unterrichten, die sie zur Kündigung veranlaßt hätten. Nur letzteres ist rechtlich zutreffend (subjektive Determination der Kündigungsgründe, ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. u.a. BAG Urteil vom 11. Juli 1991 - 2 AZR 119/91 - EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 81; weitere Rechtsprechungs-Nachweise siehe Bitter, NZA 1991, Heft 23/91 VAA, S. 16, 19 ff.). Auf eine derartige psychisch und/oder physisch bedingte Minderleistungsfähigkeit hatte die Beklagte aber nicht abgestellt. Auch die Revision hat dies nicht aufgegriffen.



Da die Revision schließlich auch zur umfassenden Interessenabwägung des Berufungsgerichts keine Rügen vorgebracht hat, insoweit auch keine Unterlassungen, Widersprüche oder sonstige Rechtsfehler im eingangs (II 2) angeführten Sinne ersichtlich sind, war die Revision zurückzuweisen.

Hillebrecht

Dr. Rost

Bitter

Rupprecht

Mauer





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)