


**Gericht:** ArbG Wiesbaden 11. Kammer  
**Entscheidungsdatum:** 26.05.2021  
**Aktenzeichen:** 11 Ca 736/20  
**Dokumenttyp:** Urteil  
**Quelle:**   
**Norm:** § 314 Abs 2 BGB  
**Zitiervorschlag:** ArbG Wiesbaden, Urteil vom 26. Mai 2021 – 11 Ca 736/20 –, juris

---

**Abmahnung - Warnung mit fristloser Kündigung - kein  
konkludenter Verzicht auf ordentliche Kündigung**

**Orientierungssatz**

1. Mahnt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen eines bestimmten Verhaltens ab, so schließt dies eine spätere Kündigung, die auf den gleichen, dem Arbeitgeber bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Abmahnung bekannten Sachverhalt gestützt wird, aus und zwar unabhängig davon, ob sie als Sanktion gedacht war oder hierdurch die Warnfunktion erfüllt werden sollte.(Rn.24)
2. Verweist der Arbeitgeber in der Abmahnung darauf, dass Arbeitsverhältnis im Wiederholungsfalle fristlos zu kündigen, ist ohne weitere Anhaltspunkte davon auszugehen, dass er sich nicht das Recht zur ordentlichen Kündigung wegen der abgemahnten Umstände vorbehalten wolle.(Rn.25)
3. Berufung eingelegt beim Hessischen Landesarbeitsgericht unter dem Aktenzeichen 5 Sa 754/21.

Fundstellen

AE 2021, 209 (Gründe)

**Tenor**

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20. November 2020 nicht aufgelöst wird.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigem Abschluss des vorliegenden Kündigungsschutzverfahrens zu den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen als Straßenbauer weiter zu beschäftigen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.
4. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 17.664,00 Euro festgesetzt.

5. Hinsichtlich des Klageantrages zu 2) wird die Berufung nicht gesondert zugelassen. Insoweit bleibt die Statthaftigkeit der Berufung nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes unberührt.

## **Tatbestand**

- 1 Der Kläger begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten sowie die Weiterbeschäftigung.
- 2 Die Beklagte betreibt ein Bauunternehmen und beschäftigt regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer in Vollzeit. Bei der Beklagten ist ein Betriebsrat gebildet. Der am 28. Juni 1966 geborene Kläger ist geschieden und 2 Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist seit dem 14. Juni 1995 bei der Beklagten als Straßenbauer/Baumaschinenführer und Vorarbeiter bei einem durchschnittlichen Bruttomonatsentgelt in Höhe von zuletzt 4.411,00 Euro beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag besteht nicht. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft beidseitiger Tarifbindung die Tarifverträge des Baugewerbes Anwendung.
- 3 Am 2. November 2020 war der Kläger auf einer Baustelle der Beklagten bei der Firma ... in ... eingesetzt. Die Firma ... hatte am 26. Oktober 2020 den Bauleiter der Beklagten darüber informiert, dass bei Arbeiten auf dem Firmengelände auch im Freien Masken tragen sind. Am 2. November 2020 erschien der Kläger auf dem Betriebsgelände der Firma ... und wurde von Mitarbeitern der Firma ... um 7:15 Uhr auf die Maskenpflicht hingewiesen. Um 7:30 Uhr wies der Bauleiter der Beklagten Herr ... den Kläger ebenfalls auf die Maskenpflicht hin sowie auf den Umstand, dass schon 2 Mitarbeiter der Beklagten einen positiven Covid - 19 Befund erhalten hätten. Da bei der Firma ... Lebensmittel verpackt würden, müssten auf deren Anweisung bei allen Arbeiten auch im Außenbereich Masken getragen werden. Der Kläger weigerte sich, eine Maske zu tragen und verließ die Baustelle. Ob er darauf hinwies, dass er aus seiner Sicht aus gesundheitsbedingten Gründen keine Maske tragen könne, ist streitig. Um 9:00 Uhr versuchte der Oberbauleiter der Beklagten erfolglos den Kläger telefonisch zur Rückkehr zu Baustelle zu bewegen. Der genaue Inhalt des Gesprächs ist streitig. Um 16:00 Uhr nahm der Kläger einen Zahnarzttermin wahr.
- 4 Am 3. November 2020 erschien der Kläger nicht zur Arbeit und teilte dem Arbeitgeber auch nicht mit, dass er an diesem Tag verhindert sei.
- 5 Die Mitarbeiter der Beklagten sind verpflichtet, die Personalabteilung der Beklagten telefonisch zwischen 8:00 und 9:00 Uhr über Verhinderungen und Arbeitsunfähigkeitszeiten zu informieren.
- 6 Mit Schreiben vom 12. November 2020 hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung des Klägers an. Hinsichtlich des Inhaltes der Anhörung wird auf Bl. 57-61 Bezug genommen.

- 7 Mit Schreiben vom 13. November 2020, das mit Abmahnung überschrieben ist (Bl. 75, 76 d.A.), wies die Beklagte den Kläger darauf hin, dass er die Anweisung zum Tragen der Maske am 2. November 2020 verletzt hatte und er am 2. November 2020 eigenmächtig die Baustelle verließ und auch am nächsten Tag unentschuldig der Arbeit fernblieb. Die Beklagte wies den Kläger weiter darauf hin, dass am 16., 17. und 18. November 2020 wiederum Einsätze auf Baustellen geplant sind, bei denen Maskenpflicht besteht und forderte den Kläger auf, der Maskenanordnung dringend Folge zu leisten. Sollte der Kläger weiterhin ohne Maske zur Arbeit erscheinen behalte sich die Beklagte vor, das Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen.
- 8 Mit Schreiben vom 20. November 2020, dem Kläger zugegangen am selben Tag, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30. Juni 2021.
- 9 Der Kläger behauptet, er könne aus gesundheitlichen Gründen keine Maske bei der Arbeit tragen und verweist hierfür auf ein ärztliches Attest vom 3. Dezember 2020 sowie eine Untersuchung durch Fachärzte für Lungen- und Bronchialheilkunde vom 26. November 2020 (Bl. 102, 103 der Akte).
- 10 Der Kläger ist der Ansicht, er habe keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, da er aus gesundheitlichen Gründen der Anordnung zum Tragen der Maske nicht Folge leisten müsse. Das Kündigungsrecht der Beklagten sei zudem durch die vorherige Abmahnung verbraucht.
- 11 Der Kläger beantragte
- 12 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20. November 2020 nicht beendet wird;
- 13 2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Kündigungsschutzverfahrens zu den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen als Straßenbauer weiter zu beschäftigen.
- 14 Die Beklagte beantragte
- 15 die Klage abzuweisen.
- 16 Die Beklagte behauptet, der Kläger habe erstmals durch den Schriftsatz des Klägerevertreters im Verfahren auf gesundheitliche Probleme beim Tragen der Maske hingewiesen. Unabhängig davon habe er seine vertraglichen Pflichten auch dadurch verletzt, dass er nicht mitgeteilt hat, dass er am 3. November 2020 ebenfalls nicht zur Arbeit erscheinen wird und der Arbeit auch unentschuldig fernblieb.
- 17 Die Beklagte ist der Ansicht, das Kündigungsrecht sei durch die Abmahnung nicht verbraucht, da es der Beklagten möglich sein müsse, trotz der beabsichtigten Kündigung ei-

ne Abmahnung auszusprechen, um für den Fall der erneuten Weigerung des Klägers, eine Maske zu tragen, eine außerordentliche Kündigung aussprechen zu können.

- 18 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle ergänzend Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

- 19 Die Kündigung der Beklagten vom 20. November 2020 ist unwirksam und führt nicht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Parteien.

1.

- 20 Die Kündigung gilt nicht bereits gem. § 13 Abs. 1 Satz 2, § 7 KSchG als rechtswirksam, da der Kläger innerhalb der von § 4 Satz 1 KSchG vorgesehenen Klagefrist von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung gerichtlich die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht hat. Der Kläger hat gegen die Kündigung vom 20. November 2020 mit bei Gericht am 11. Dezember 2020 eingegangenen und der Beklagten am 22. Dezember 2020 zugestelltem Schriftsatz Klage erhoben. Die Zustellung erfolgte daher alsbald im Sinne von § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 167 ZPO.

2.

- 21 Die Kündigung ist rechtsunwirksam, da die Beklagte durch die Abmahnung vom 13. November 2020 konkludent auf ihr Kündigungsrecht verzichtet hat.
- 22 Regelmäßig liegt im Ausspruch einer Abmahnung der konkludente Verzicht auf das Recht zur Kündigung aus den in ihr gerügten Gründen. Der Arbeitgeber gibt mit einer Abmahnung zu erkennen, er sehe das Arbeitsverhältnis noch nicht als so gestört an, dass er es nicht mehr fortsetzen könne. Auf das dafür maßgebliche Motiv kommt es nicht an (vgl. BAG, Urteil vom 12. Mai 2011 - 2 AZR 479/09, Juris).
- 23 Die Beklagte hat die Vorfälle am 2. und 3. November 2020 – sowohl die Weigerung des Klägers, eine Maske zu tragen, als auch dessen unentschuldigtes Verlassen des Arbeitsplatzes und das Fernbleiben am Folgetag – ausdrücklich zum Gegenstand der Abmahnung vom 13. November 2020 gemacht und damit bezogen auf die ihr zu diesem Zeitpunkt bekannten Umstände auf das Kündigungsrecht verzichtet.
- 24 Abmahnungen sind einseitige Willenserklärungen, die im Hinblick auf den Empfängerhorizont auszulegen sind (BAG, Urteil vom 10.11.1988 - 2 AZR 215/88, NZA 1989, 633). Mahnt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen eines bestimmten Verhaltens ab, so schließt dies eine spätere Kündigung, die auf den gleichen, dem Arbeitgeber bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Abmahnung bekannten Sachverhalt gestützt wird, aus und zwar unabhängig davon, ob sie als Sanktion gedacht war oder hierdurch die Warnfunk-

tion erfüllt werden sollte. Der Arbeitgeber gibt durch eine Abmahnung grundsätzlich zu erkennen, dass er das Arbeitsverhältnis noch nicht als so gestört ansieht, dass ihm eine weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer nicht mehr möglich sei (BAG, Urteil vom 10.11.1988 - 2 AZR 215/88, NZA 1989, 633).

- 25 Eine andere Auslegung lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Zwar verwies die Beklagte in der Abmahnung darauf, dass Arbeitsverhältnis im Wiederholungsfalle fristlos zu kündigen. Es finden sich in dem Schreiben jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte sich trotz erfolgter Abmahnung wegen der abgemahnten Umstände das Recht zur ordentlichen Kündigung vorbehalten will, und es ist auch nicht dargelegt, dass die Beklagte den Kläger über das von ihr eingeleitete Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG in Kenntnis gesetzt hätte.
- 26 Angesichts dieser Umstände durfte der Kläger die Abmahnung so verstehen, dass die Beklagte allein gestützt auf die Vorfälle vom 2. und 3. November 2020 keine Kündigung mehr aussprechen wird.

## **II.**

- 27 Der Kläger hat auch einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Außerhalb der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG hat der gekündigte Arbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über dem Ablauf der Kündigungsfrist hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen (BAG, Großer Senat, Beschluss vom 27. Februar 1985 - GS 1/84, NZA 1985, 702). Vorliegend hat die Beklagte keine hinreichenden schützenswerten Interessen dargelegt, die einer weiteren Beschäftigung des Klägers entgegenstehen. Da die Kündigung unbegründet ist, steht die Pflichtverletzung, die für die Rechtfertigung der Kündigung herangezogen wurde, der weiteren Beschäftigung nicht entgegen.

## **III.**

- 28 Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte aufgrund ihres Unterliegens gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO zu tragen.
- 29 Ausgehend von einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 3.411,00 Euro wurde der punktuelle Feststellungsantrag mit drei Bruttomonatsgehältern bewertet (§ 61 ArbGG, § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG, § 3 ZPO). Der Antrag auf Weiterbeschäftigung wurde mit einem Bruttomonatsgehalt bewertet.
- 30 Einer Entscheidung über die Zulassung oder Nichtzulassung der Berufung bedarf es hinsichtlich des Bestandsstreites nicht (§ 64 Abs. 2 ArbGG). Gründe, die eine streitwertunabhängige Zulassung der Berufung hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsantrages erfordern, sind nicht ersichtlich.