

# Die Kündigung im Arbeitsrecht



**Ein Leitfaden für HR-Abteilungen,  
Arbeitnehmer und Arbeitgeber**

von Rechtsanwalt Arnd Potratz  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

# DIE KÜNDIGUNG IM ARBEITSRECHT – EIN LEITFADEN

---

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Arnd Potratz, Köln*

## Inhaltsverzeichnis

▪ Allgemeine Voraussetzungen .....	1
I. Grundlage und Begriff .....	1
II. Form der Kündigung.....	1
III. Vertretung.....	2
IV. Kündigung vor Dienstantritt.....	3
V. Zugang der Kündigung .....	3
VI. Anfechtung und Rücknahme der Kündigung .....	4
▪ Ordentliche Kündigung .....	5
I. Einführung .....	5
II. Kündigungsfristen.....	5
1. gesetzlichen Kündigungsfristen gem. § 622 BGB.....	5
2. einzelvertragliche Abkürzung von Kündigungsfristen .....	6
3. einzelvertragliche Verlängerung von Kündigungsfristen .....	8
4. Tarifvertragliche Regelungen .....	8
III. Unwirksamkeitsgründe außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes.....	8
1. Verstoß gegen gesetzliche Verbote .....	8
2. Sittenwidrigkeit/Treu und Glauben.....	9
IV. Kündigungsschutz im Kleinbetrieb.....	9
V. vertragliche Kündigungsbeschränkungen.....	9
▪ Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes .....	10
I. Vorbemerkung.....	10
II. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (Schwellenwert und Dauer des Arbeitsverhältnisses) .....	10

▪ Personenbedingte Kündigung .....	12
I. Begriff .....	12
II. Einzelfälle .....	12
1. Alkohol.....	12
2. fehlende Erlaubnis.....	13
3. Krankheitsbedingte Kündigung .....	13
a) Negative Gesundheits- (Zukunfts-)Prognose.....	13
b) erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Belange .....	14
c) Verhältnismäßigkeit.....	15
d) Interessenabwägung.....	15
▪ Verhaltensbedingte Kündigung.....	16
I. Vertragsverletzung .....	16
II. Wiederholungsgefahr .....	17
Exkurs: Abmahnung .....	17
III. Ultima-Ratio-Prinzip.....	18
IV. Interessenabwägung.....	28
▪ Betriebsbedingte Kündigung.....	19
I. Begriff .....	19
1. Betriebsänderung .....	19
2. Betriebsstilllegung .....	19
II. Vorrangig milderes Mittel.....	20
1. Vorrang der Änderungskündigung .....	20
2. Weiterbeschäftigung nach Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen .....	21
III. Nachträglicher Wegfall der Kündigungsgründe.....	21
IV. Sozialauswahl .....	21
1. Vergleichbare Arbeitnehmer .....	22
2. Sozialkriterien.....	22
3. Leistungsträger (§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG).....	23
V. Sozialauswahl (§ 1 Abs. 4 KSchG).....	23
VI. Namensliste (§ 1 Abs. 5 KSchG) .....	23
VII. Abfindungsanspruch gem. § 1a KSchG.....	24

▪ Betriebsbedingte Änderungskündigung .....	25
▪ Außerordentliche Kündigung .....	26
I. Normalfall .....	26
1. Wichtiger Grund .....	26
a) Beurteilungszeitpunkt.....	27
b) Darlegungs- und Beweislast .....	27
2. Interessenabwägung .....	27
3. Ultima Ratio .....	27
4. Abmahnung .....	27
5. Ausschlussfrist.....	28
6. Darlegungs- und Beweislast.....	28
7. Sonderfälle .....	29
8. Anhörung des Betriebsrates (§ 102 BetrVG) .....	29
9. Mitteilung des Kündigungsgrundes .....	29
10. Schadensersatzansprüche des Gekündigten .....	29
11. Klagerecht und Klagfrist .....	30
a) Arbeitnehmer.....	30
b) Arbeitgeber.....	30
II. Verdachtskündigung.....	30
III. Druckkündigung.....	31
IV. Umdeutung der außerordentlichen Kündigung.....	31
1. in ordentliche Kündigung.....	31
2. in Aufhebungsvertrag .....	31
3. in Anfechtung .....	32
V. Außerordentliche Änderungskündigung.....	32
▪ Besonderer Kündigungsschutz .....	33
I. Betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtliche Funktionsträger (§ 15 KSchG) .....	33
1. Geschützter Personenkreis .....	33
a) Wahlvorstandsmitglieder .....	33
b) Wahlbewerber .....	33
c) Einladende/antragstellende Arbeitnehmer für die Wahl/Bestellung des Wahlvorstandes .....	33

d) Betriebsratsmitglieder .....	34
e) Ersatzmitglieder des Betriebsrates (§ 25 BetrVG) .....	34
f) Nachrücken eines Ersatzmitgliedes .....	34
g) Analoge Anwendung für Jugend- und Auszubildendenvertretung .....	34
2. Ausschluss der ordentlichen Kündigung/Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung .....	35
a) Zustimmung des Betriebsrates/Zustimmungsersetzungsverfahren .....	35
b) Folgen der Ersetzung .....	36
3. Änderungskündigung .....	36
4. Stilllegung von Betrieben und Betriebsteilen .....	36
II. Schwerbehinderte Menschen (§ 168 SGB IX) .....	37
III. Mutterschaft (§ 17 Abs.1 S. 1 MuSchG) .....	37
IV. Elternzeit (§ 18 Abs. 1 S. 1 BEEG) .....	38
▪ Ordentlich unkündbare Arbeitnehmer .....	39
I. wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB .....	39
1. außerordentliche betriebsbedingte Kündigung .....	39
2. außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung .....	40
3. außerordentliche personenbedingte Kündigung .....	40
II. Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB .....	40

## Allgemeine Voraussetzungen

### I. Grundlage und Begriff

Das Arbeitsverhältnis kann auf verschiedene Weisen beendet werden. In Frage kommt einmal der Aufhebungsvertrag, den Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich schließen. Des Weiteren kann es durch Befristung, Zweckerreichung oder Kündigung enden, wobei letztere den weit überwiegenden Teil der Beendigungsgründe ausmacht.

Definiert wird die Kündigung als eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**, die das Arbeitsverhältnis **für die Zukunft sofort (= außerordentlich fristlos) mit Zugang oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist (= ordentlich fristgemäß)** beenden soll. Eine rückwirkende Kündigung ist damit nicht zulässig. Der Gekündigte muss die Kündigung auch nur wahrnehmen, nicht annehmen. Es ist auch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung, dass der Begriff „Kündigung“ ausdrücklich verwendet wird, es reicht, wenn der Kündigende eine Äußerung macht, welche für den Gekündigten klar und unmissverständlich darauf abzielt, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Unter Umständen muss die – **wichtig: schriftliche, vgl. § 623 BGB** – Äußerung gemäß §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden, um den wirklichen Willen des Erklärenden zu ermitteln. Dabei ist dann darauf abzustellen, wie der Erklärungsempfänger nach allgemeiner Verkehrssitte und nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Erklärung auffassen muss. Es kommt demnach nicht nur auf den Wortlaut an, sondern es sind alle Begleitumstände zu berücksichtigen, die für die Frage, was der Erklärende gewollt hat, von Bedeutung sein können und dem Empfänger bekannt waren.

Wird nicht klar, ob die Kündigung als fristlose oder fristgemäße gewollt ist, führt dies nicht zur Unwirksamkeit. In der Regel bleibt sie mit der für den Gekündigten günstigeren Form bestehen. Der Kündigende muss deutlich machen, zu welchem Zeitpunkt gekündigt wird. Ist der Kündigungswille eindeutig, nicht jedoch der Zeitpunkt, gilt die Kündigung als ordentliche, da sie für den Gekündigten günstiger ist.

Die Kündigung darf nicht unter Bedingungen ausgesprochen werden, auf deren Eintritt der Gekündigte keinen Einfluss hat. Zulässig ist indes die sogenannte **vorsorgliche Kündigung**, die meistens für den Fall ausgesprochen wird, dass das Arbeitsverhältnis nicht schon durch einen anderen Auflösungsstatbestand beendet wurde.

Grundsätzlich muss in der Kündigung der Kündigungsgrund **nicht** angegeben werden. Es gibt aber einige gesetzlich geregelte Ausnahmen (z.B. Kündigung während der Schwangerschaft oder bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung; Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses).

### II. Form der Kündigung

**Jede** Kündigung (ebenso der Aufhebungsvertrag) muss **schriftlich** erfolgen (§ 623 BGB). Telefax, Telegramm, Email, SMS oder gar WhatsApp genügen daher nicht. Hieran ändert auch die seit dem 01.10.2016 bestehende „Textform“ des neuen § 309 Nr. 13 BGB nichts, da er lediglich eine

Anpassung der Ausschlussklauseln in Standard-Arbeitsverträgen (von der Schrift- zur Textform) erforderlich macht.

Dies bedeutet auch, dass die Kündigung eigenhändig unterzeichnet sein muss. Auf die Lesbarkeit der Unterschrift kommt es nicht an. Zudem muss sie den Kündigungstext räumlich abschließen, d.h. unter der Erklärung stehen. Unzulässig ist die Verwendung von Stempeln oder einer digitalen Signatur. Wird die Schriftform nicht eingehalten, bedeutet dies die Nichtigkeit der Kündigung, d.h. sie entfaltet keine Rechtswirkungen (§ 125 BGB). Nur ganz ausnahmsweise kann ein Formmangel nach § 242 BGB als unbeachtlich gelten.

### III. Vertretung

Erfolgt die Kündigung durch einen Vertreter, muss dies in der Urkunde durch einen entsprechenden Vertretungszusatz kenntlich gemacht werden, z.B. durch den Zusatz „i.A.“ vor der Unterschrift. Alle Erklärenden haben die Kündigung zu unterzeichnen. Sind z.B. alle Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft im Briefkopf als auch in der Unterschriftenzeile des Geschäftspapiers aufgeführt, so genügt es nicht der Schriftform, wenn nur ein Teil der Gesellschafter ohne weiteren Vertretungszusatz das Kündigungsschreiben handschriftlich unterzeichnet.

Unterschreibt ein GmbH-Geschäftsführer allein, welcher die Gesellschaft nur gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder Prokuristen vertreten kann, so kann dies zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Jedenfalls ist die Schriftform nicht gewahrt, wenn der Geschäftsführer über der Unterschriftenzeile „Geschäftsführung“ unterzeichnet und kein Vertretungsvermerk erfolgt.

Grundsätzlich kündigt die eine Partei des Arbeitsvertrages der anderen unmittelbar. Bei einer sog. **juristischen Person**, also z.B. auch bei einer GmbH, muss die Kündigung von ihrem gesetzlichen Vertreter erklärt werden bzw. muss ihm als Empfänger zugehen. Die GmbH wird gerichtlich und außergerichtlich vom Geschäftsführer vertreten (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG). Die Kündigung muss daher durch ihn ausgesprochen oder auch empfangen werden.

Hiervon zu unterscheiden ist der Ausspruch der Kündigung respektive ihr Zugang durch einen Vertreter mit Vertretungsmacht (§ 164 Abs. 1 und 3 BGB), also durch einen **rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten**. Eine Kündigung, die ohne Bestehen einer Vertretungsmacht für den Arbeitgeber ausgesprochen wurde, ist unwirksam (vgl. § 180 S. 1 BGB). Hat der Arbeitnehmer die behauptete Vertretungsmacht indes bei Entgegennahme der Kündigung nicht beanstandet, kann der Arbeitgeber sie noch nachträglich genehmigen (§ 177 BGB).

Einer Kündigung kraft Vollmacht muss zu ihrer Wirksamkeit eine Vollmachtsurkunde – und zwar **im Original** – beigefügt werden. Ist dies nicht der Fall und weist der Arbeitnehmer **aus diesem Grunde**, d.h. wegen fehlender Vollmachtsurkunde, die Kündigung unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB) zurück, ist sie unwirksam. Der Arbeitnehmer handelt unverzüglich, wenn er nach einer angemessenen Überlegungsfrist die Kündigung zurückweist. Welche Frist angemessen ist, hängt

stets vom Einzelfall ab, eine starre Regelung hierzu gibt es nicht. Eine Woche dürfte in der Regel angemessen sein, drei Wochen wurden schon als zu spät erachtet.

Die Zurückweisung ist aber ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung über die Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Hierfür reicht es, wenn der Vertreter eine Position innehat, welche üblicherweise mit entsprechender Vertretungsmacht ausgestattet ist (z.B. Prokurist oder Personalleiter). Eine Kündigung durch einen Gesamtvertreter ohne Ermächtigung der übrigen Gesamtvertreter führt zu einer nichtigen Kündigung.

Beim Empfang der Kündigung ist ebenfalls Vertretung möglich (vgl. § 164 Abs. 3 BGB). Die Bevollmächtigung kann sich auch hier aus den Umständen ergeben, so z.B. bei einer Kündigung gegenüber dem Personalbüro.

#### IV. Kündigung vor Dienstantritt

Eine Kündigung vor Dienstantritt ist möglich, es sei denn, die Arbeitsvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag kein anderer Parteiwille, läuft die Kündigungsfrist ab Zugang der Kündigung.

#### V. Zugang der Kündigung

Nach der Definition der Kündigung als Willenserklärung (s.o. unter I.) muss sie dem anderen Vertragsteil zu ihrer Wirksamkeit zugehen (§ 130 BGB). Was hierfür erforderlich ist, hängt davon ab, ob die Kündigung unter Abwesenden oder Anwesenden ausgesprochen wurde. **Unter Abwesenden** muss sie derart in den Bereich des Adressaten gelangen, dass er unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören auch die zur Entgegennahme von Erklärungen bereit gestellten Einrichtungen, wie Briefkasten, Postfach, o.ä.. **Unter Anwesenden** geht sie durch einfache Übergabe zu, wobei die Verfügungsgewalt des Empfängers keine dauernde sein muss. Es reicht, wenn die Kündigung ausgehändigt wurde, damit der Empfänger von ihr Kenntnis nehmen kann. **Nicht zugegangen** ist die Kündigung, wenn lediglich eine **Kopie** übergeben wird. Ebenso wenig reicht es, dem Empfänger bei Übergabe einer Kopie das Original nur zur Ansicht zu geben („Nur gucken, nicht anfassen“).

Bei Einwurf der Kündigung in den Briefkasten des Empfängers geht sie ihm zu, wenn unter **Berücksichtigung der ortsüblichen Zustellzeit** mit der Leerung gerechnet werden kann. Kann die Entgegennahme nicht mehr erwartet werden, weil das Kündigungsschreiben erst zu einer Zeit den Empfangsbereich des Empfängers erreicht, in der üblicherweise mit einer Entnahme nicht mehr zu rechnen ist (also z.B. um 23.00 Uhr), erfolgt der Zugang erst am nächsten Tag. Wurde die Kündigung um 16.00 Uhr in den Briefkasten des Arbeitnehmers gelegt, wenn zuvor Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag geführt wurden und musste der Arbeitnehmer damit rechnen, dass der Arbeitgeber ihm die Kündigung noch per Boten zukommen lässt, so ist sie noch am gleichen Tag zugegangen. Umstritten ist, ob Zugang gegeben ist, wenn die Kündigung unter der Haustür des Empfängers

durchgeschoben wird oder sogar im Hausflur deponiert wird. Denkbar wäre das jedenfalls dann, wenn der Empfänger im Hausflur keinen Briefkasten angebracht hat. Ist das Kündigungsschreiben nicht, nicht ausreichend frankiert oder falsch adressiert und wird es deshalb nicht zugestellt, so geht das zu Lasten des Erklärenden. Lehnt der Empfänger die Zahlung eines Nachportos ab, geht die Kündigung ebenso wenig zu, da der Erklärende die Kosten der Zustellung zu tragen hat. Wenn der Arbeitnehmer umzieht, dem Arbeitgeber die Anschriftenänderung aber nicht mitteilt, geht die Verlängerung der Postlaufzeit zu seinen Lasten, da er für die Verzögerung verantwortlich ist.

Zugang liegt auch vor, wenn die Kündigung an jemanden übergeben wird, der nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, den Adressaten im Empfang zu vertreten. Hier entscheidet die **Verkehrssitte**. Zum Empfang berechtigt sind daher z.B. **Familienangehörige, Lebensgefährten, Hausangestellte oder auch der Vermieter**.

Zu beachten ist, dass die Parteien über den Zugang vom Gesetz (s.o., § 130 BGB) abweichende Regelungen treffen können, etwa dahin, dass bei formbedürftiger Erklärung der Zugang einer Abschrift genügt. Sind derartige Abweichungen aber in Formulararbeitsverträgen enthalten, unterliegen sie der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB. So ist z.B. die formularmäßige Klausel unwirksam, die eine Kündigung nur per Einschreiben vorsieht, unwirksam.

Wird per **Einschreiben** gekündigt, der Adressat aber nicht angetroffen und hinterlässt der Zusteller einen **Benachrichtigungszettel**, so ist das Schreiben noch **nicht** zugegangen. Dies ist erst mit der **Abholung** beim Postamt der Fall. Anders ist es beim sog. **Einwurf-Einschreiben**: Hier liegt Zugang mit Einwurf in den Briefkasten vor, der durch den Zusteller schriftlich dokumentiert wird. Die sicherste Zustellart ist aber nach wie vor diejenige durch einen Boten, der den Zustellvorgang im Streitfall bezeugen kann.

Auch wenn der Empfänger die Annahme der Kündigung ohne Grund ablehnt, gilt sie als zugegangen (Stichwort: **Zugangsvereitelung**), vor allem dann, wenn der Empfänger mit einer rechtserheblichen Mitteilung rechnen musste. Scheitert die Kenntnisnahme lediglich aufgrund eines vom Empfänger zu vertretenden Umstandes, muss er sich so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung zum normalen Zeitpunkt zugegangen, wenn der Erklärende die Erklärung unverzüglich wiederholt.

## VI. Anfechtung und Rücknahme der Kündigung

Da die Kündigung eine Willenserklärung (s. Definition unter I.) ist, kann sie auch angefochten werden. Liegt ein **Anfechtungsgrund i.S.d. §§ 119,123 BGB** vor, führt dies zu ihrer Nichtigkeit. Der praktisch wichtigste ist die **widerrechtliche Drohung** des Arbeitgebers i.S.d. § 123 BGB, er werde dem Arbeitnehmer fristlos kündigen, falls dieser nicht selbst kündigt. Widerrechtlich ist die Drohung aber dann nicht, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine fristlose Kündigung ernsthaft erwogen hätte.

Es ist zumeist unbekannt, dass die dem anderen Teil zugegangene Kündigung **nicht** mehr einseitig vom Kündigenden zurückgenommen werden kann. Hierfür ist immer das Einverständnis des

Gekündigten erforderlich. Die „Rücknahme“ ist daher stets als Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu werten.

## ▪ Ordentliche Kündigung

### I. Einführung

Die ordentliche Kündigung beendet das auf unbestimmte Zeit geschlossene Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist, die mit Zugang der Kündigung zu laufen beginnt. Der Tag, an dem sie zugeht, wird nicht mitgerechnet (§ 187 BGB). Die unrichtige Fristberechnung macht die Kündigung nicht insgesamt unwirksam, sondern verschiebt nur den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit „nach hinten“.

Dem kündigenden Arbeitnehmer stehen grundsätzlich keine Beschränkungen entgegen, da er nach seinem Belieben das Arbeitsverhältnis beenden können soll. Anders bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber: Bei entsprechender Betriebsgröße und Beschäftigungsdauer kann der Arbeitnehmer **allgemeinen Kündigungsschutz** nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG), haben. Daneben gibt es Beschränkungen **bei bestimmten Personengruppen** (z.B. Schwangere, schwerbehinderte Menschen, Wehrdienstleistende, Auszubildende), so dass dann der **besondere Kündigungsschutz** eingreifen kann.

### II. Kündigungsfristen

Kündigungsfristen können im Arbeits- oder in einem Tarifvertrag geregelt werden. Ist dies nicht der Fall, gelten die

#### 1. gesetzlichen Kündigungsfristen gem. § 622 BGB:

Wortlaut:

*(1) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.*

*(2) Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen*

*1. zwei Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats;*

*2. fünf Jahre bestanden hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats;*

*3. acht Jahre bestanden hat, drei Monate zum Ende eines Kalendermonats;*

*4. zehn Jahre bestanden hat, vier Monate zum Ende eines Kalendermonats;*

5. zwölf Jahre bestanden hat, fünf Monate zum Ende eines Kalendermonats;
6. 15 Jahre bestanden hat, sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats;
7. 20 Jahre bestanden hat, sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats.

Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.

(3) Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

(4) Von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Regelungen können durch Tarifvertrag vereinbart werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages gelten die abweichenden tarifvertraglichen Bestimmungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn ihre Anwendung zwischen ihnen vereinbart ist.

(5) Einzelvertraglich kann eine kürzere als die in Absatz 1 genannte Kündigungsfrist nur vereinbart werden,

1. wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist; dies gilt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird;

2. wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt und die Kündigungsfrist vier Wochen nicht unterschreitet. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen. Die einzelvertragliche längere Vereinbarung als die in den Absätzen 1 bis 3 genannten Kündigungsfristen bleibt hiervon unberührt.

(6) Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer darf keine längere Frist vereinbart werden als für die Kündigung durch den Arbeitgeber.

## **2. einzelvertragliche Abkürzung von Kündigungsfristen**

Die gesetzliche Grundkündigungsfrist von 4 Wochen (s.o., § 622 Abs. 1 BGB) kann nur tarifvertraglich und in den in § 622 BGB genannten Sonderfällen einzelvertraglich (vereinbarte Probezeit, einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifvertrag, vorübergehende Aushilfstätigkeit, Beschäftigung im Kleinunternehmen) zu Ungunsten des Arbeitnehmers abbedungen werden. Auch die für den Arbeitgeber nach § 622 Abs. 2 BGB einzuhaltenden verlängerten Fristen können einzelvertraglich nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgekürzt werden.

Besonderheiten ergeben sich unter Umständen bei Arbeitsverhältnissen, welche vor dem 15.10.1993 begründet wurden. Zu diesem Zeitpunkt trat das Kündigungsfristengesetz (KündFG) in Kraft und glich die bis dahin geltenden unterschiedlichen Fristen für Angestellte und Arbeiter an. Bei Prüfung der

Kündigungsfrist für einen Angestellten, dessen Arbeitsverhältnis vor o.g. Termin begann und von § 622 BGB abweichende Kündigungsfristen enthält, gilt nun folgendes:

Wird im Arbeitsvertrag lediglich auf die gesetzlichen Vorschriften verwiesen, liegt eine bloß **deklaratorische Verweisung** vor, d.h. maßgeblich ist die jeweils zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung geltende gesetzliche Kündigungsfrist. Wenn im Arbeitsvertrag hingegen auf die „gesetzlichen Fristen in der Fassung vom .....“ verwiesen wird oder die Kündigungsfrist sogar ausdrücklich genannt ist, so gilt diese **konstitutive Verweisung**.

Ein **Berufsausbildungsverhältnis** kann während der Probezeit (mindestens ein Monat, höchstens vier Monate, § 20 S. 2 BBiG) jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden (§ 22 Abs. 1 BBiG). Bei einem länger als sechs Monate mit einem schwerbehinderten Menschen bestehenden Arbeitsverhältnis beträgt die gesetzliche Mindestkündigungsfrist vier Wochen (§ 169 SGB IX). Auf Leiharbeitsverhältnisse ist grundsätzlich § 622 BGB anwendbar; der Verleiher muss aber die Kündigungsfristen in eine von ihm unterschriebene Urkunde aufnehmen. Die einzelvertragliche Abkürzung der Kündigungsfristen gem. § 622 Abs. 5 S.1 Nr. 1 BGB ist ausgeschlossen (§ 11 Abs. 4 S. 1 AÜG).

Notwendige **Kündigungen im Insolvenzverfahren** unterliegen einer Kündigungsfrist von drei Monaten (§ 113 S. 2 InsO). Kürzere einzelvertragliche Kündigungsfristen sind hiervon nicht tangiert, längere in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder im Individualarbeitsvertrag enthaltene werden auf drei Monate abgekürzt.

Gem. § 622 Abs. 3 BGB kann ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis während einer vereinbarten Probezeit**, die längstens sechs Monate betragen darf, mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Demgegenüber gilt diese Kündigungsfrist in einem nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG (Teilzeitbefristungsgesetz) **befristeten Probearbeitsverhältnis** jedoch nur, wenn einzelvertraglich oder in einem Tarifvertrag ein vorzeitiges Kündigungsrecht vereinbart ist.

Die Kündigungsfrist eines **Aushilfsarbeitsverhältnisses** darf gem. § 622 Abs. 5 S. 1 Nr.1 BGB innerhalb der ersten drei Monate die Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB unterschreiten; die Kündigung darf sogar ohne Einhaltung einer Frist erfolgen. Entgegen der gesetzlichen Regelung, die nur eine Verkürzung der Grundkündigungsfrist gestattet, ist auch eine Änderung der Kündigungstermine (15. oder Monatsende) zulässig.

In **Kleinunternehmen**, d.h. solchen, in denen nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt werden, kann die Kündigungsfrist einzelvertraglich bis auf vier Wochen ohne Bindung an die festen Kündigungstermine des Abs. 1 vereinbart werden (§ 622 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BGB). Die Mitarbeiterzahl wird wie in § 23 KSchG ermittelt: Arbeitnehmer mit nicht mehr als **regelmäßig** 20 Wochenstunden Arbeitszeit werden mit dem Faktor 0,5, Arbeitnehmer mit nicht mehr als **regelmäßig** 30 Wochenstunden Arbeitszeit werden mit dem Faktor 0,75 gerechnet.

### 3. einzelvertragliche Verlängerung von Kündigungsfristen

Entgegen o.g. Einschränkungen bei der Verkürzung von Kündigungsfristen, können **einzelvertraglich längere** als die gesetzlichen Kündigungsfristen ohne weiteres vereinbart werden (vgl. § 622 Abs. 5 S. 3 BGB). Für die arbeitgeberseitige Kündigung kann sie beliebig lang - bis hin zur ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers - ausgestattet sein, für den Arbeitnehmer darf die Bindung an das Arbeitsverhältnis jedoch längstens 5 ½ Jahre betragen ( vgl. § 15 Abs. 4 TzBfG). Aus dem Umstand, dass für die Kündigung durch den Arbeitnehmer keine längere Kündigungsfrist vereinbart werden darf als für den Arbeitgeber (§ 622 Abs. 6 BGB), folgt, dass dies umgekehrt der Fall sein darf. Zulässig ist auch, die Fristen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer **einzelvertraglich** identisch auszugestalten. Bei einer entgegen § 622 Abs. 6 BGB vereinbarten längeren Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer als für den Arbeitgeber, hat sich auch letzterer an die für den Arbeitnehmer geltende Frist zu halten.

### 4. Tarifvertragliche Regelungen

Tarifverträge können von § 622 BGB abweichende Kündigungsfristen und Kündigungstermine enthalten, die aber nur greifen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden sind oder der Tarifvertrag allgemeinverbindlich ist.

Auch können nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien tarifvertragliche Kündigungsfristen durch Bezugnahme auf einen brancheneigenen Tarifvertrag oder auch nur auf die dort enthaltenen Fristen vereinbaren. Da der Tarifvertrag Rechtsnormen enthält (§ 1 Abs. 1 TVG), gelten bei unterschiedlichen tarif- und arbeitsvertraglichen Fristen die des Tarifvertrages (§ 4 Abs.1 TVG), es sei denn, die arbeitsvertraglichen sind dem Arbeitnehmer günstiger (§ 4 Abs.3 TVG).

## III. Unwirksamkeitsgründe außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes

### 1. Verstoß gegen gesetzliche Verbote

Gem. § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft - also auch die Kündigung als sog. einseitiges Rechtsgeschäft - das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Die bei einer Kündigung zu beachtenden Verbote können sich z.B. aus dem Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, § 17 Abs. 1 MuSchG oder aus § 612 a BGB (Maßregelungsverbot) ergeben. Letzteres beinhaltet das Verbot für den Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer zu benachteiligen, der seine Rechte **zulässigerweise** ausübt. Die Rechtsausübung muss kausal für die Benachteiligung sein, d.h. sie muss **zwingend das wesentliche Motiv** des Arbeitgebers für die Benachteiligung sein. Nichtig ist damit eine Kündigung des Arbeitgebers zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag auf Vorruhestand gestellt hat, aus einem Weiterbeschäftigungsurteil vollstreckt oder zuvor selbst gekündigt hat.

## 2. Sittenwidrigkeit/Treu und Glauben

Eine Kündigung ist auch nichtig, wenn sie sittenwidrig i.S. § 138 BGB ist. Per definitionem liegt Sittenwidrigkeit vor, wenn die Maßnahme dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht, wobei ein durchschnittlicher Maßstab anzulegen ist. So ist etwa eine Kündigung aus Rache sittenwidrig.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) führt gleichermaßen zur Nichtigkeit der Kündigung. Diese Fälle sind wegen hoher Anforderungen relativ selten. Schematisierende Verallgemeinerungen sind nicht möglich, es kommt immer auf den Einzelfall an. So kann § 242 BGB erfüllt sein, wenn der Arbeitgeber sich widersprüchlich verhält, zur Unzeit, in verletzender Form, willkürlich oder allein wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers kündigt.

Prozessual kommt die sog. **abgestufte Darlegungs- und Beweislast** zur Anwendung: Zunächst muss der Arbeitnehmer einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung **indiziert**. Der Arbeitgeber hat dann qualifiziert hierzu Stellung zu nehmen, um die Indizien zu entkräften. Misslingt dies, gilt das Vorbringen des Arbeitnehmers als zugestanden.

## IV. Kündigungsschutz im Kleinbetrieb

In Betrieben, in denen regelmäßig nicht mehr als fünf bzw. zehn Mitarbeiter (je nachdem, ob das Arbeitsverhältnis bis zum 31.12.2003 oder erst ab dem 01.01.2004 begründet wurde, dazu mehr unter „Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes“) ausschließlich der Auszubildenden gemäß § 23 KSchG beschäftigt sind, besteht **kein allgemeiner Kündigungsschutz** nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Dennoch hat der Arbeitgeber ein **Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme** zu wahren und muss das durch langjährige Beschäftigung eines Arbeitnehmers entstandene Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beachten.

Auch hier gelten im Prozess die **Grundsätze der abgestuften Beweislast** (s. o. „Treuwidrigkeit“). Kann der Arbeitgeber allerdings Gründe vorbringen, die die Treuwidrigkeit ausschließen, liegt es beim Arbeitnehmer, die Tatsachen, welche den Verstoß gegen Treu und Glauben bewirken sollen, zu beweisen.

## V. vertragliche Kündigungsbeschränkungen

Das Recht zur ordentlichen Kündigung kann einzel- oder tarifvertraglich ausgeschlossen werden. Es verbleibt dann nur noch die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund i.S.d. § 626 BGB. Die einzige Möglichkeit, die ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers auszuschließen, findet sich in § 15 Abs. 4 S. 1 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz). Gleichwohl kann der Arbeitnehmer - nicht der Arbeitgeber - bei Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses auf Lebenszeit immer noch auf das **einseitige, nicht abdingbare Sonderkündigungsrecht des § 15 Abs. 4 TzBfG**

zurückgreifen. Nach Ablauf von fünf Jahren Beschäftigung kann er also mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten das Arbeitsverhältnis beenden.

Zu beachten ist, dass die ordentliche Kündigung im befristeten Arbeitsverhältnis ausdrücklich vereinbart werden muss (§ 15 Abs. 3 TzBfG).

## Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

### I. Vorbemerkung

Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gekündigt, stellt sich für den Arbeitnehmer die Frage, ob er hiergegen etwas unternehmen soll. Ein wichtiger Aspekt für diese Entscheidung ist die Frage, ob das **Kündigungsschutzgesetz** (KSchG) zugunsten des Arbeitnehmers eingreift.

Dies setzt zunächst voraus, dass dem Arbeitnehmer ordentlich gekündigt wurde. Zwar spricht § 1 KSchG lediglich von „Kündigung“, differenziert also nicht zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung. Dem Wortlaut steht indessen § 13 Abs. 1 S. 1 KSchG gegenüber, wonach durch das KSchG die Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht berührt werden. Damit ist gemeint, dass für die außerordentliche Kündigung keine weitere Voraussetzung als ein „wichtiger Grund“ im Sinne des § 626 BGB inhaltlich zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Demgegenüber ist eine ordentliche Kündigung nur wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist. Ungerechtfertigt ist sie, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist (vgl. § 1 Abs. 2 KSchG). Ebenso ist sie sozial ungerechtfertigt, wenn der Betriebs- oder Personalrat aus verschiedenen Gründen - umfassend aufgeführt in § 1 Abs. 2 KSchG - widerspricht.

### II. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (Schwellenwert und Dauer des Arbeitsverhältnisses)

Gem. § 23 gilt das KSchG für Betriebe und Verwaltungen des privaten und des öffentlichen Rechts. Der gekündigte Arbeitnehmer muss also in einem **Betrieb**, nicht in einem Unternehmen, zu dem u.U. mehrere Betriebe gehören, beschäftigt gewesen sein. Der Begriff „Betrieb“ ist dabei weit auszulegen, so dass auch freiberufliche Arbeitsstätten (Ärzte, Architekten, Steuerberater, etc.) hierunter fallen. Als Betrieb wird die **organisatorische Einheit** bezeichnet, innerhalb derer der Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern durch Einsatz technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen. Da mit einem Betrieb mehrere Zwecke verfolgt werden können, ist in erster Linie auf die **Einheit der Organisation** und nicht auf die Einheit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung abzustellen.

Erforderlich ist ein **Leitungsapparat**, um insbesondere wesentliche **Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten selbständig treffen** zu können.

Von Betrieben zu unterscheiden sind **Betriebsteile**, die keinen eigenen Leitungsapparat haben und damit gegenüber dem Hauptbetrieb organisatorisch **unselbständig** sind. Betriebsteile verfügen allerdings über einen eigenen Mitarbeiterstamm und eigene technische Hilfsmittel. § 23 KSchG unterscheidet aber nicht zwischen Betrieb und Betriebsteil, auch setzt ein Betrieb keine räumliche Einheit voraus.

Maßgebend für die Auslösung des Kündigungsschutzes ist die Zahl der Arbeitnehmer eines **in Deutschland** gelegenen Betriebes.

§ 23 KSchG stellt auf eine Mindestbeschäftigtenzahl ab. Ist sie unterschritten, greift das KSchG nicht ein. Der sogenannte **Schwellenwert** ist mehrfach geändert worden. Derzeit liegt er bei 10 Arbeitnehmern. Seit 01.01.2004 unterfallen Betriebe nicht dem KSchG, wenn **regelmäßig** zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden (auch: Praktikanten, Umschüler, Volontäre) beschäftigt werden. Teilzeitbeschäftigte werden quotal berücksichtigt, d.h. bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden werden sie mit 0,5 und bei regelmäßig nicht mehr als 30 Stunden Wochenarbeitszeit werden sie mit 0,75 berechnet (vgl. § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG). Kündigungsschutz greift also bei einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von 10,25 Arbeitnehmern ein.

Nur schwer verständlich ist die **Übergangsregelung des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG**, durch die zum 01.01.2004 der Schwellenwert von fünf auf zehn Arbeitnehmer angehoben wurde. Der alte Schwellenwert von fünf Arbeitnehmern gilt für die zum 31.12.2003 beschäftigten Arbeitnehmer, kann aber auch nur von diesen überschritten werden. Der Bestandsschutz gilt dabei unbefristet für alle Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im Betrieb bereits am 31.12.2003 bestanden hat. Die Vorschrift führt im Ergebnis zu kündigungsrechtlich unterschiedlicher Behandlung der Arbeitnehmer. So behalten diejenigen, die am 31.12.2003 im Betrieb beschäftigt waren, den Kündigungsschutz auch, wenn ab dem nach dem 01.01.2004 mehr als fünf, aber weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigt waren. Die Erhöhung des Schwellenwertes gilt nur für Neueinstellungen ab dem 01.01.2004.

Zur Bestimmung der Arbeitnehmerzahl kommt es auf die „**in der Regel**“ Beschäftigten an, also auf diejenigen, die normalerweise und nicht gerade im Kündigungszeitpunkt beschäftigt werden. Der gekündigte Arbeitnehmer ist dabei **mitzuzählen**, ebenso die gleichzeitig oder kurz zuvor Gekündigten.

Vorübergehend wegen Mutterschaft oder Wehrdienst ruhende Arbeitsverhältnisse sind mitzurechnen, nicht jedoch für diese Arbeitnehmer eingestellte Ersatzkräfte. Leiharbeiter zählen nicht im Betrieb des Entleihers, sondern nur beim Verleiher mit. Heimarbeiter und arbeitnehmerähnliche Personen bleiben ebenfalls unberücksichtigt.

Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ist, dass das Arbeitsverhältnis **mindestens 6 Monate** bestanden haben muss (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG).

Bei einem Betriebsübergang nach § 613 a BGB gehen die Arbeitsverhältnisse auf den Betriebs-erwerber über, nicht jedoch der Kündigungsschutz, wenn in seinem Betrieb keiner besteht.

## Personenbedingte Kündigung

### I. Begriff

Voraussetzung für eine personenbedingte Kündigung i.S.d. § 1 Abs.2 S.1 KSchG ist, dass der Arbeitnehmer aufgrund **persönlicher Fähigkeiten, Eigenschaften oder nicht vorwerfbarer Einstellungen** nicht mehr in der Lage ist, künftig eine vertragsgerechte Leistung zu erbringen. Der Grund für die nicht vertragsgemäße Leistung liegt allein in der Sphäre des Arbeitnehmers bzw. seinen persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften. Wesensmerkmal ist also der Verlust der Fähigkeit oder Eignung zur Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung, welcher vom Arbeitnehmer **nicht (mehr) gesteuert** werden kann. Dabei ist die geschuldete Leistung individuell zu bestimmen. Bemüht sich der Arbeitnehmer ausreichend und unterschreitet er dennoch das Normalmaß, hat er lediglich die Erwartungshaltung des Arbeitgebers nicht erfüllt, nicht jedoch gegen den Arbeitsvertrag verstoßen.

Demgegenüber kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer ein **steuerbares Verhalten** vorgeworfen werden kann, durch das er seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt.

Problematisch kann v.g. Abgrenzung sein, wenn es um die Kündigung eines **leistungsschwachen Mitarbeiters** geht (sog. low-performer) oder der Kündigungsgrund außerhalb des Vertrages liegt (z.B. Strafhaft). Die personenbedingte Kündigung erfordert auch keine vorherige Abmahnung, da letztere ein steuerbares Verhalten voraussetzt.

### II. Einzelfälle

#### 1. Alkohol

Einer der wichtigsten personenbedingten Kündigungsgründe ist die **Alkoholsucht** des Arbeitnehmers. Die Abhängigkeit ist als **Krankheit** im medizinischen Sinn zu bewerten, so dass auch die Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung anzuwenden sind. Im Rahmen der Abwägung der Interessen zwischen denen des Arbeitgebers an der Kündigung und denen des Arbeitnehmers am Erhalt des Arbeitsverhältnisses kann auch ein etwaiges Mitverschulden des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Nimmt er einen **Entzug** vor, muss der Arbeitgeber den Erfolg der Maßnahme abwarten, bevor er kündigt, es sei denn, es gäbe dringende betriebliche Gründe, den Arbeitsplatz auf Dauer anders zu besetzen. War ein Entzug zunächst erfolgreich, genügt ein Rückfall allein nicht für die negative Prognose, es sei auch künftig mit alkoholbedingter Arbeitsunfähigkeit zu rechnen. Ist der Arbeitnehmer indes nicht bereit, eine Therapie durchzuführen, darf unterstellt werden, dass er in absehbarer Zeit nicht von seiner Sucht geheilt werden kann. Auch ist die Schlussfolgerung auf fehlende Therapiebereitschaft zulässig, wenn er trotz entsprechender Gespräche mit dem Arbeitgeber über Fehlzeiten oder Betriebsstörungen seine Sucht verheimlicht. Erfolgt eine Therapie nach Ausspruch der Kündigung, führt dies nicht zu einer Berichtigung der Prognose.

## 2. fehlende Erlaubnis

Eine personenbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn dem Arbeitnehmer eine **Erlaubnis fehlt**, welche zur Berufsausübung erforderlich ist (**z.B. Führerschein, Arbeitserlaubnis**) und dem Arbeitnehmer dadurch die Erbringung der geschuldeten Tätigkeit rechtlich – nicht tatsächlich – unmöglich wird. Denn dem Arbeitgeber darf nicht gezwungen sein, eine Arbeitsleistung anzunehmen, der ein gesetzliches Verbot entgegensteht.

Für die soziale Rechtfertigung einer personenbedingten Kündigung kommt es immer darauf an, ob die Erlaubnis **dauerhaft** wegfällt, d.h. ob in **absehbarer Zeit** nicht mit ihrer Vorlage bzw. Ausstellung gerechnet werden kann. Hinzukommen muss, dass dem Arbeitgeber die Überbrückung des Zeitraums bis zur Erteilung unzumutbar oder unter Umständen sogar eine anderweitige Beschäftigung, welche ohne Erlaubnis vorgenommen werden kann, möglich ist.

## 3. Krankheitsbedingte Kündigung

Der häufigste Fall der personenbedingten Kündigung ist die **krankheitsbedingte**. Sie ist damit also keine eigenständige Kündigungsart, sondern ein Unterfall der personenbedingten. Ihr Ausspruch ist sowohl *wegen* als auch *während* der Krankheit zulässig. Sie kommt bei

- häufigen Kurzerkrankungen,
- Langzeiterkrankung,
- krankheitsbedingter Leistungsminderung,
- dauernder Arbeitsunfähigkeit.

in Betracht.

Die soziale Rechtfertigung der personenbedingten Kündigung wird nach der Drei-Stufen-Prüfung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vorgenommen. Anschließend erfolgt die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

### a) Negative Gesundheits- (Zukunfts-)Prognose

Zunächst wird das Vorliegen einer **negativen Gesundheitsprognose** geprüft. Sie liegt vor, wenn **im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung** beim Arbeitnehmer – abgestellt auf seine bisherige Tätigkeit – **objektive Umstände** vorliegen, welche die Besorgnis weitere krankheitsbedingter Fehlzeiten begründen. Nach dem Kündigungszugang eintretende neue Tatsachen dürfen nicht hinzugezogen werden. Wie die Umstände beschaffen sein müssen, ist vom Einzelfall abhängig. Herangezogen werden können vor allem Art, Dauer und Häufigkeit bisheriger Erkrankungen (z.B. Grippe, Bronchitis), es sei denn, sie sind ausgeheilt. Einmalige Ursachen und daraus entstandene Fehlzeiten (z.B. Arbeits- oder Sportunfall) bleiben unberücksichtigt. Haben allerdings in der Vergangenheit zahlreiche Unfälle des Arbeitnehmers zu den Fehlzeiten geführt, kann hieraus aber auf eine besondere Verletzungsanfälligkeit oder Unvorsichtigkeit geschlossen werden, so dass auch in Zukunft mit hohen

Fehlzeiten zu rechnen ist. Bei einer schon krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit ist die negative Gesundheitsprognose indiziert. Eine solche kann aber nicht angenommen werden, wenn im Zeitpunkt des Zugangs einer ordentlichen Kündigung wegen lang andauernder Krankheit schon ein Kausalverlauf in Gang gesetzt war, der entgegen der Ansicht des behandelnden Arztes die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit als sicher oder zumindest möglich erscheinen lässt.

Da nach Kündigungszugang eingetretene Umstände nicht berücksichtigt werden, ist auch unerheblich, ob der neue Kausalverlauf durch subjektiv vom Arbeitnehmer beeinflussbare Umstände (z.B. Änderung der Lebensführung) oder durch außerhalb seiner Einflussphäre liegende Umstände (z.B. neue Heilmethode) ausgelöst wurde.

Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, sich vor Ausspruch der Kündigung über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers zu erkundigen. Dieser muss sich aber unter Umständen amtsärztlich untersuchen lassen und dabei auch die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden, zumindest dann, wenn es um die Feststellung der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit geht. Tut er dies nicht, ist gegebenenfalls die verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt. Hat sich der Arbeitnehmer geweigert, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden, darf er trotzdem im Kündigungsschutzprozess die negative Gesundheitsprognose unter Hinweis auf ein ärztliches Zeugnis bestreiten.

#### **b) erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Belange**

Auf der 2. Stufe ist festzustellen, dass die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten zu einer **erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Belange** des Arbeitgebers führen.

Bei **häufigen Kurzerkrankungen** stehen erhebliche Störungen im Ablauf des Betriebs (z.B. Stillstand von Maschinen, Abzug von Arbeitnehmern aus anderen Bereichen) im Vordergrund, welche fehlen können, wenn Ausfälle mit einer Personalreserve aufgefangen werden.

Bei **lang anhaltenden Erkrankungen** muss die unabsehbare Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu der erheblichen Beeinträchtigung führen.

Bei einer krankheitsbedingten **dauernden Leistungsunfähigkeit** kann regelmäßig von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Belange des Arbeitgebers ausgegangen werden. Steht fest, dass der Arbeitnehmer in den nächsten 2 Jahren arbeitsunfähig sein wird, kann es für den Arbeitgeber sinnvoll sein, eine Vertretung zu beschäftigen.

**Wirtschaftliche Belastungen** entstehen gerade bei häufigen Kurzerkrankungen, da der Lohn bzw. das Gehalt weitergezahlt wird. Für die Kündigung ist dann bedeutsam, ob künftig immer wieder neue Lohnfortzahlungskosten entstehen, die im Jahr **für mehr als zusammengerechnet sechs Wochen** geleistet werden müssen.

Da im Kündigungsrecht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt, ist auf der 3. Stufe zu prüfen, ob keine milderen Mittel zur Verfügung stehen, um die Störungen im Arbeitsablauf zu beseitigen. In Betracht kommt z.B. die Einstellung von Aushilfen.

Bei **lang anhaltender Krankheit** kommt – als ultima ratio – nur dann eine Kündigung in Betracht, wenn dem Arbeitgeber **Überbrückungsmaßnahmen** nicht mehr möglich oder zumutbar sind (z.B. Aushilfen, Überstunden etc.). Bei langjährigen Mitarbeitern verlangt das BAG Überbrückungsmaßnahmen über einen längeren Zeitraum, auch die unbefristete Einstellung von Aushilfen. Ist die Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzbezogen, kommt neben der Weiterbeschäftigung auf einem freien leidensgerechten Arbeitsplatz auch diejenige auf einem solchen in Betracht, den der Arbeitgeber erst durch Ausübung seines Direktionsrechtes frei machen muss. Handelt es sich hierbei um eine Versetzung, muss er sich um die Zustimmung des Betriebsrats bemühen. Ein Zustimmungseretzungsverfahren bei Verweigerung der Zustimmung ist aber nicht erforderlich.

Häufige Kurzerkrankungen verlangen kurzfristige Maßnahmen des Arbeitgebers, so dass sich hier die Frage nach milderen Mitteln häufig gar nicht stellt.

Seit dem 01.04.2004 gibt es ein sog. **betriebliches Eingliederungsmanagement** (§ 167 Abs. 2 SGB IX). Ist der Arbeitnehmer mehr als sechs Wochen im Jahr arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung bzw. der Schwerbehindertenvertretung, wie die Arbeitsfähigkeit wiederhergestellt und eine neue verhindert werden kann. Kündigt der Arbeitgeber ohne Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements, führt das aber nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Kündigung, da sie **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** der personenbedingten Kündigung ist (anders z.B. die vorherige Zustimmung zur Kündigung bei schwerbehinderten Menschen durch das Integrationsamt). Im Kündigungsschutzprozess kann der Arbeitgeber sich dann aber ggf. nicht pauschal darauf berufen, es seien keine alternativen Einsatzmöglichkeiten bekannt.

### c) Interessenabwägung

Die zuletzt vorzunehmende **Interessenabwägung** muss ergeben, dass die erheblichen Beeinträchtigungen zu einer Belastung des Arbeitgebers führen, die billigerweise nicht mehr von ihm hingenommen werden muss. Hierbei ist insbesondere zu bedenken, ob die Erkrankung ihre Ursache im betrieblichen Bereich hat und ob bzw. wie lange das Arbeitsverhältnis zuvor ungestört verlaufen ist. Zu berücksichtigen sind ferner die Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter und Familienstand, etwaige Unterhaltspflichten und eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers. Wichtig ist auch, ob der Arbeitgeber Personalreserven vorhält. Dies steht zwar in seiner freien unternehmerischen Entscheidung. Führt aber eine fehlende, bei geordneter Betriebsführung gebotene Personalreserve zu erheblichen Betriebsbelastungen, kann dies zu Lasten des Arbeitgebers gehen. Hat er jedoch eine und kommt es durch übermäßige Ausfälle zu Betriebsbelastungen, so ist dies zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Die übliche Personalreserve bemisst sich nach dem durchschnittlichen Krankenstand im Betrieb.

Lohnfortzahlungskosten müssen **außergewöhnlich hoch** sein, um für sich allein die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar zu machen. Dies ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung z.B. der Fall, wenn sie für sechzig Arbeitstage im Jahr erfolgt.

Für die Prüfung, ob dem Arbeitgeber die Belastung mit Lohnfortzahlungskosten noch zumutbar ist, ist die Ausfallquote von Arbeitnehmern mit vergleichbaren oder ähnlichen Arbeitsbedingungen maßgeblich. Haben auch diese einen besonders hohen Krankenstand, kann nur eine ganz erhebliche höhere Ausfallquote die Kündigung rechtfertigen, und dies auch nur dann, wenn Überbrückungsmaßnahmen des Arbeitgebers nicht erfolgreich oder nicht zumutbar waren.

Bei **dauernder Leistungsunfähigkeit** kann der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht daran hindern, einen anderen Arbeitnehmer mit seiner Tätigkeit zu betrauen. Da dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung unmöglich wird, ist in aller Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen.

Macht der Arbeitnehmer nach einer wirksamen krankheitsbedingten Kündigung einen **Wiedereinstellungsanspruch** geltend, so muss er eine positive Gesundheitsprognose vorweisen. Es genügt nicht, wenn er lediglich Tatsachen vorträgt, welche die negative Gesundheitsprognose erschüttern. Tritt die grundlegende Gesundung erst lange nach der wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein, so kann er daher eine Wiedereinstellung nicht verlangen.

## Verhaltensbedingte Kündigung

Kennzeichnend für die verhaltensbedingte Kündigung ist ein vertragswidriges, schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers, auf das der Arbeitgeber mit der Kündigung reagiert. Fehlt es an einer **vorwerfbaren Pflichtverletzung**, scheidet eine verhaltensbedingte Kündigung aus.

### I. Vertragsverletzung

Die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers setzt voraus, dass eine bestimmte Verhaltenspflicht besteht. Das Fehlverhalten muss **objektiv** vorliegen. Dabei ist es gleichgültig, ob der Arbeitnehmer eine Hauptleistungspflicht (z.B. Schlechtleistung) oder eine Nebenpflicht (z.B. verspätete Krankmeldung) verletzt. Kündigungsrelevant ist dabei nur der Inhalt des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Bei einem Fehlverhalten im **privaten Bereich** - auch bei Straftaten - kommt nur dann für eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, wenn es sich auf das Arbeitsverhältnis auswirkt (z.B. Trunkenheitsfahrt und Führerscheinverlust des Berufskraftfahrers).

Die verhaltensbedingte Kündigung setzt in der Regel weiter voraus, dass der Arbeitnehmer **schuldhaft** gehandelt, die Pflichtverletzung also **vorsätzlich oder fahrlässig** begangen hat.

## II. Wiederholungsgefahr

Das Vorliegen einer Pflichtverletzung allein reicht nicht aus, eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen, weil mit einer verhaltensbedingten Kündigung keine Pflichtverletzung in der Vergangenheit sanktioniert werden, sondern das Risiko weiterer Pflichtverletzungen in der Zukunft ausgeschlossen werden soll. Es kommt also entscheidend darauf an, ob das Arbeitsverhältnis **auch in Zukunft durch ein Fehlverhalten** des Arbeitnehmers belastet wird, mithin eine **Wiederholungsgefahr** besteht. Hierbei handelt es sich um eine **Prognoseentscheidung**, die im Regelfall aber erst nach einer **Abmahnung** getroffen werden kann, jedenfalls dann, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens erwartet werden kann. Kann eine Verhaltensänderung trotz Abmahnung künftig nicht erwartet werden oder handelt es sich um eine schwere Pflichtverletzung, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar und deren Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist, so bedarf es keiner Abmahnung.

### Exkurs: Abmahnung

Eine Abmahnung liegt vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer hinreichend erkennbar sein Fehlverhalten vor Augen führt (**Hinweisfunktion**) und darauf hinweist, dass im Wiederholungsfall das Arbeitsverhältnis gefährdet ist (**Warnfunktion**). Sie bedarf nicht der Schriftform, es empfiehlt sich aber aus Beweiszwecken, sie einzuhalten. Es gibt keine Frist, innerhalb derer die Abmahnung ausgesprochen werden müsste. Zu beachten ist lediglich, dass sie **verwirkt** werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber längere Zeit von seinem Abmahnungsrecht keinen Gebrauch macht. Neben diesem Zeitmoment muss aber auch noch ein sog. Umstandsmoment hinzukommen.

Der Arbeitgeber ist gesetzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Abmahnung anzuhören. In einem Tarifvertrag kann dies aber anders geregelt sein. Verletzt der Arbeitgeber das Anhörungsrecht, macht dies die Abmahnung aber nicht rechtswidrig. Die formell unwirksame Abmahnung erfüllt gleichwohl die von der Rechtsprechung geforderte Warnfunktion.

Abmahnung und Kündigungsgrund müssen in einem Zusammenhang stehen, d.h. sie müssen **gleichartige Pflichtverletzungen** betreffen. Es kommt darauf an, dass das abgemahnte Verhalten und der Kündigungsgrund **den gleichen Pflichtenkreis** betreffen. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen, da ansonsten der Arbeitnehmer alle ungleichartigen Verstöße variieren könnte.

Gleichartigkeit liegt vor, wenn die verletzten Pflichten identisch sind. Zum gleichen Pflichtenkreis gehören hingegen trotz fehlender Identität z.B. zu spätes Erscheinen am Arbeitsplatz und sein vorzeitiges Verlassen, denn hier geht es um den Pflichtenkreis „Einhaltung der Arbeitszeit“.

Die negative Prognose (s.o.) hängt **nicht** von einer bestimmten Anzahl von Abmahnungen ab. Grundsätzlich reicht eine einschlägige Abmahnung aus. Ob die anschließende Kündigung gerechtfertigt ist, hängt aber von der dann vorzunehmenden Interessenabwägung ab.

Spricht der Arbeitgeber mehrere Abmahnungen aus, muss er beachten, dass bei gleichartigen Pflichtverletzungen ihre Warnfunktion abgeschwächt wird. Er muss dann die letzte Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung besonders nachdrücklich gestalten, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, dass eine weitere Pflichtverletzung die Kündigung zur Folge haben wird. Der Arbeitgeber sollte daher die Abmahnung als „Letzte Abmahnung“ überschreiben oder in anderer geeigneter Form das Ende seiner Geduld deutlich machen.

Hat der Arbeitgeber ein Fehlverhalten abgemahnt, kann er hierauf eine Kündigung nicht mehr stützen, sondern bedarf einer weiteren, gleichartigen Pflichtverletzung, den Wiederholungsfall (s.o.).

Mit der Zeit verliert die Abmahnung ihre Wirkung, so dass sie die negative Prognose ggf. nicht mehr begründen kann. Es gibt hierfür aber keine starre Regelfrist. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls, wobei auch Art und Schwere des abgemahnten Fehlverhaltens von Bedeutung sind.

### **III. Ultima-Ratio-Prinzip**

Liegen Pflichtverletzung und Wiederholungsgefahr vor, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine verhaltensbedingte Kündigung nur rechtmäßig, wenn ein anderes milderes Mittel nicht zur Verfügung steht (z.B. Versetzung bei arbeitsplatzbezogenem Kündigungsgrund; Änderungskündigung oder einvernehmliche Änderung der Arbeitsbedingungen).

### **IV. Interessenabwägung**

Schließlich ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Hierbei sind die Gesamtumstände des Einzelfalls zu betrachten, d.h. es ist das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Fortsetzung zu stellen. Dabei spielen vor allem die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers eine Rolle, ebenso Art, Schwere und Häufigkeit der Pflichtverletzung, auch das Verschulden, ggf. seine Unterhaltspflichten. Auf Arbeitgeberseite können vor allem nachteilige betriebliche Auswirkungen der Pflichtverletzung berücksichtigt werden, ebenso Schäden, die der Arbeitgeber erleidet oder Schädigung des Ansehens des Betriebes in der Öffentlichkeit.

## Betriebsbedingte Kündigung

### I. Begriff

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist sie u.a. dann, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist (vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG).

Betriebliche Erfordernisse im v.g. Sinne können **innerbetriebliche** (Rationalisierung, Einschränkungen in der Produktion, organisatorische Änderungen, Outsourcing) oder **außerbetriebliche** (etwa Umsatzeinbußen, Auftragswegfall, o.ä.) Ursachen sein. Die innerbetrieblichen Ursachen fallen regelmäßig mit der unternehmerischen Entscheidung zusammen, auf die der Arbeitgeber die Kündigung stützt. Der Entschluss, Lohnkosten zu senken, stellt keine Unternehmerentscheidung dar, da nicht feststeht, aufgrund welcher innerbetrieblichen Maßnahmen dieser Entschluss umgesetzt werden soll.

Der Auftragswegfall bzw. -mangel (= außerbetriebliche Ursachen) muss dauerhaft sein, ein nur vorübergehender Engpass reicht nicht. Im Normalfall führen außerbetriebliche Ursachen für sich allein noch nicht zum Wegfall eines Arbeitsplatzes. Dann ist zunächst eine unternehmerische Entscheidung erforderlich, die auf die veränderte Situation reagiert. Die außerbetrieblichen Umstände führen dann zu einer innerbetrieblichen Umstrukturierung, welche dann unmittelbare Folge der Unternehmerentscheidung und nur mittelbar auf die außerbetrieblichen Gründe zurückzuführen ist.

### 1. Betriebsänderungen

Betriebsänderungen und Änderungen im Arbeitsablauf sind innerbetriebliche Organisationsentscheidungen, die nur darauf überprüft werden, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich sind. Um Personalkosten zu senken, kann der Arbeitgeber selbst Arbeitsaufgaben übernehmen oder anderen Arbeitnehmern zuweisen, wobei hierbei aber **keine überobligationsmäßigen Leistungen** verlangt werden dürfen.

### 2. Betriebsstilllegungen

Ein Betrieb wird stillgelegt, wenn die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgelöst wird, d.h. wenn der Arbeitgeber ernsthaft beabsichtigt, den bisherigen Betriebszweck dauerhaft oder für einen erheblichen Zeitraum nicht weiterzuverfolgen. Er kann dabei auch schon während oder wegen der beabsichtigten Stilllegung kündigen. Dies setzt voraus, dass zum Kündigungszeitpunkt davon auszugehen sein muss, dass zum Zeitpunkt des Kündigungstermins mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung nötig machenden betrieblichen Grundes gegeben sei. Die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers, keine neuen Aufträge mehr anzunehmen und die bestehenden mit Arbeitnehmern nur noch während deren Kündigungsfristen

einzusetzen, um den Betrieb schnellstmöglich stillzulegen, ist grundsätzlich geeignet, die Kündigungen sozial zu rechtfertigen. Sieht sich der Arbeitgeber durch außerbetriebliche Umstände zur Stilllegung gezwungen, ist es unschädlich, wenn sich die Verhältnisse wider Erwarten anders als bei vernünftiger Betrachtung vorhersehbar entwickeln. Kommt es trotz der Prognose nicht zur Betriebsstilllegung, kann der zunächst zu Recht gekündigte Arbeitnehmer möglicherweise einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses haben.

Bei etappenweiser Stilllegung kann der Arbeitgeber auch schrittweise kündigen. Hier hat der er aber zu prüfen, ob nicht noch eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem nicht stillgelegten Betriebsteil in Frage kommt oder ob noch Abwicklungsarbeiten erforderlich sind. Vor allem muss der Arbeitgeber die Grundsätze der Sozialauswahl beachten, selbst bei nur kurzfristigen Abwicklungsarbeiten.

Wird ein Betriebsteil stillgelegt, ist zu prüfen, ob auch die Aufgabe wegfällt. Wird sie von einem anderen Betriebsteil fortgesetzt, ist der Arbeitnehmer dort grds. weiter zu beschäftigen, es sei denn, er ist nicht geeignet (auch nach Umschulung oder Fortbildung), den neuen Arbeitsplatz auszufüllen.

## II. Vorrangig milderes Mittel

Die betriebsbedingte Kündigung ist nur zulässig, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht, den Personalbestand an den Personalbedarf anzupassen. Um dies zu beurteilen, ist auf den jeweiligen Kündigungsgrund und den mit ihm verfolgten unternehmerischen Zweck einzugehen. Der Arbeitgeber muss vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung auch die zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs **unbesetzten und bis zum Ablauf freiwerdenden Arbeitsplätze** berücksichtigen und prüfen, ob der Arbeitnehmer dort eingesetzt werden kann. Auch sind die Arbeitsplätze zu berücksichtigen, welche in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werden.

Die betriebsbedingte Kündigung ist nur wirksam, wenn im Kündigungszeitpunkt keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb oder im Unternehmen besteht. Entscheidend ist, ob ein freier Platz existiert, der **gleichwertig oder schlechter** als der alte ist und der Arbeitnehmer hierfür **qualifiziert** ist. Möglich ist eine Weiterbeschäftigung auch dann, wenn auf einem Arbeitsplatz, den der Arbeitnehmer ausfüllen kann, Leiharbeiter beschäftigt werden, da der Leiharbeiter in keiner vertraglichen Beziehung zum Entleiher (= Arbeitgeber) steht.

### 1. Vorrang der Änderungskündigung

Die (Beendigungs-)Kündigung ist unzulässig, wenn die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten – auch schlechteren – Bedingungen möglich, der Arbeitnehmer hiermit einverstanden und insbesondere hierfür auch geeignet ist. Einen solchen Arbeitsplatz muss der Arbeitgeber anbieten. Dies gilt nicht für einen höherwertigen. Lehnt der Arbeitnehmer das Angebot vorbehaltlos ab, zu geänderten Bedingungen weiterbeschäftigt zu werden, muss bzw. kann der Arbeitgeber die Beendigungskündigung aussprechen. Der Arbeitgeber muss aber darauf hinweisen,

dass bei Ablehnung des Änderungsangebotes die Beendigungskündigung beabsichtigt ist, andernfalls ist sie unwirksam.

## **2. Weiterbeschäftigung nach Umschulung oder Fortbildung**

Der Arbeitgeber hat die vorrangige Pflicht, den Arbeitnehmer umzuschulen oder fortzubilden, um ihn weiterbeschäftigen zu können, so z.B. bei Einführung neuer Fertigungsmethoden oder bei Umstellungen im Produktionsbereich. Verlangt werden zumutbare (= betriebliche und wirtschaftliche) Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen. Hierbei sind die bisherige Beschäftigungsdauer und die konkrete Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Allerdings können kostenintensive Umschulungsmaßnahmen nur bei nachhaltig gesicherter Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers gefordert werden.

## **III. Nachträglicher Wegfall der Kündigungsgründe**

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Rechtfertigung der Kündigung sind die tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt ihres Zugangs. Danach eintretende Änderungen können nicht mehr berücksichtigt werden. Es muss zu diesem Zeitpunkt die Prognose bestehen, der Arbeitsplatz falle dauerhaft weg. Ist sie falsch (z.B. wegen großem Auftragseingang, der nicht vorhersehbar war), berührt dies die Wirksamkeit der Kündigung nicht. Dem Arbeitnehmer kann aber ein Vertragsfortsetzungs- bzw. ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen, wobei dies aus Gründen der Rechtssicherheit nur so lange der Fall sein kann, als dass die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Nur ausnahmsweise kann er auch nach Ablauf der Kündigungsfrist angenommen werden, so etwa wenn eine angebliche Rationalisierungsmaßnahme nur kurze Zeit nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers gestoppt wird.

## **V. Sozialauswahl**

Kommen mehrere Arbeitnehmer als Adressaten einer betriebsbedingten Kündigung in Frage, muss der Arbeitgeber diejenigen auswählen, der aufgrund seiner Sozialdaten am wenigsten schutzbedürftig ist. Wird der Betrieb vollständig stillgelegt, bedarf es keiner Sozialauswahl, wenn alle Arbeitsplätze zum gleichen Zeitpunkt wegfallen. Etwas anderes gilt bei einer etappenweisen Stilllegung, wobei der Arbeitgeber dann aber auch sozial stärker Mitarbeiter für die Abwicklungsarbeiten weiterbeschäftigen darf, wenn hierdurch Einarbeitungszeiten vermieden werden können.

Auch für Feststellung der Sozialwidrigkeit der Kündigung kommt es auf den Zeitpunkt ihres Zugangs an. Die Prüfung erfolgt in drei Schritten:

## 1. Vergleichbare Arbeitnehmer

Die Auswahl der vergleichbaren Mitarbeiter ist **betriebs-, nicht unternehmensbezogen** vorzunehmen. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, wenn sie auf **horizontaler Betriebsebene** austauschbar sind. Die Austauschbarkeit richtet sich primär nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also nach der ausgeübten Tätigkeit, welche nicht nur bei Identität der Arbeitsplätze vorliegt, sondern auch, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner bisherigen Aufgaben im Betrieb und angesichts seiner Qualifikation in der Lage ist, andersartige aber gleichwertige Arbeit eines anderen Mitarbeiters zu erledigen. Hierbei ist es gleichgültig, wenn eine kurze Einarbeitungszeit nötig ist. Nicht einzubeziehen sind trotz ansonsten bestehender Vergleichbarkeit Arbeitnehmer, die per Gesetz im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung ordentlich nicht kündbar sind (z.B. BR-Mitglied, Schwangere, Elternzeitler, etc.). Dies gilt nicht, wenn die Zustimmung einer Behörde zur Kündigung erforderlich ist und auch vorliegt. Arbeitnehmer, die aufgrund einer tarif- oder einzelvertraglichen Vereinbarung ordentlich unkündbar sind, sind ausgenommen, wenn die Vereinbarung nicht altersdiskriminierend ist.

Ob bei der Kündigung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer Vollzeitbeschäftigte und bei der Kündigung Vollzeitbeschäftigter Teilzeitbeschäftigte einzubeziehen sind, hängt von der Organisation des Betriebes ab. Sind für bestimmte Arbeiten nur Vollzeitkräfte vorgesehen, sind beim Vorliegen einer bindenden Unternehmerentscheidung bei der Kündigung einer Teilzeitkraft die Vollzeitbeschäftigten nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Etwas anders gilt, wenn der Arbeitgeber nur die Zahl der Arbeitsstunden insgesamt abbauen will, ohne dass eine Organisationsentscheidung vorliegt. Dann sind **alle** in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmer einzubeziehen.

Grundsätzlich ist die Sozialauswahl betriebsbezogen, ggf. auch abteilungsübergreifend. Sind als Arbeitsort des zu kündigenden Arbeitnehmers verschiedene oder alle Betriebsteile zulässig, sind auch alle Arbeitnehmer aller Betriebsteile mit einzubeziehen.

## 2. Sozialkriterien

In das Verhältnis zu setzen sind die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, bestehende Unterhaltspflichten und die etwaige Schwerbehinderung des Arbeitnehmers. Gelegentlich wird auch berücksichtigt, ob der Arbeitnehmer Alleinverdiener ist oder nicht. Hinsichtlich der Gewichtung steht dem Arbeitgeber aber ein Wertungsspielraum zu. D.h., die Sozialauswahl ist nur dann fehlerhaft, wenn der Gekündigte deutlich sozial schutzbedürftiger ist als ein anderer vergleichbarer Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis fortbesteht.

In der Praxis wird ein Punktesystem für die Gewichtung der o.g. Kriterien verwandt:

- Jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit      1 Punkte
- ab dem 11. Jahr jedes weitere Jahr      2 Punkte
- bis max. zum 55. Lebensjahr, d.h. max.      70 Punkte
- Lebensalter pro Jahr      1 Punkt
- bis max. zum 55 Lebensjahr, d.h. max.      55 Punkte
- je unterhaltsberechtigtes Kind      4 Punkte

- verheiratet 8 Punkte
- Schwerbehinderung bis 50% 5 Punkte
- über 50% je 10% 1 Punkte

Die endgültige Auswahl erfolgt unter Abwägung weiterer Gesichtspunkte, z.B. Alleinverdiener, usw.

### 3. Leistungsträger (§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG)

Bestimmte, an sich vergleichbare und nicht schützenswerte Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber von der Sozialauswahl ausschließen, wenn dies im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

Das ist etwa **bei besonderen Leistungen** eines sozial stärkeren Arbeitnehmers der Fall, insbesondere wenn es sich bei dem fortbestehenden Arbeitsplatz um eine **Schlüsselposition** handelt, so dass von der auf diesem Arbeitsplatz erbrachten Leistungen auch die auf anderen Arbeitsplätzen erbringbaren Leistungen abhängen oder wenn gerade der fragliche Arbeitsplatz von herausragender Bedeutung für den Ertrag des Betriebs ist (z.B. Verkäufer mit besonders vielen Vertragsabschlüssen).

Besondere Kenntnisse des sozial stärkeren Arbeitnehmers gehören ebenfalls dazu. Das sind tätigkeitsbezogene Qualifikationen, aber auch solche, die nicht zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung sind, jedoch für einen reibungslosen Betriebsablauf erforderlich sind (z.B. Betrieb mit zahlreichen ausländischen Arbeitnehmern, deren deutsche Sprachkenntnisse nicht ausreichen, Mitarbeiter hat aber die Sprachkenntnisse, um zu übersetzen).

### VI. Sozialauswahl (§ 1 Abs. 4 KSchG)

Die in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung geregelte Gewichtung der Sozialkriterien kann gemäß § 1 Abs. 4 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden, also darauf, ob die Gewichtung von Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltungspflichten jegliche Ausgewogenheit vermissen lässt.

### VII. Namensliste (§ 1 Abs. 5 KSchG)

Vereinbaren Arbeitgeber und Betriebsrat bei einer Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) einen **Interessenausgleich** und sind darin die zu kündigenden Arbeitnehmer namentlich benannt, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Die Sozialauswahl kann dann gerichtlich nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden. Damit wird das Prozessrisiko des Arbeitgebers deutlich gesenkt. Die Namensliste muss allerdings entweder im Interessenausgleich selbst enthalten sein oder, wenn auf sie im Interessenausgleich Bezug genommen wird, mit ihm fest verbunden, also z.B. „getackert“ sein. Wird die Namensliste getrennt

vom Interessenausgleich erstellt, reicht ihre Unterzeichnung von den Betriebsparteien und in ihr die Bezugnahme auf den Interessenausgleich. Ein Interessenausgleich kann um die Namensliste ergänzt werden.

Die Vermutungsbasis, also das Vorliegen einer Betriebsänderung, eine darauf gestützte Kündigung und die Vereinbarung eines Interessenausgleichs mit Namensliste hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen. Ist ihm das gelungen, muss der Arbeitnehmer die Vermutung widerlegen, indem er darlegt, dass dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung nicht bedingen, wozu auch eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb gehört. Gelingt dem Arbeitnehmer dies, hat der Arbeitgeber wiederum substantiiert zu den Kündigungsgründen vorzutragen. Bleibt der Arbeitnehmer beim Vortrag, die Kündigung sei nicht betriebsbedingt, muss er hierfür vollen Beweis erbringen.

Auch die Sozialauswahl in einem Interessenausgleich kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit (s.o.) überprüft werden.

#### **VIII. Abfindungsanspruch gem. § 1a KSchG**

Zum 01.01.2004 wurde ein Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung in das KSchG aufgenommen:

##### **§ 1a Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung**

*(1) Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 Satz 1 und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung. Der Anspruch setzt den Hinweis des Arbeitgebers in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei verstreichen lassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.*

*(2) Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. § 10 Abs. 3 gilt entsprechend. Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden.*

Die Vorschrift hat in der Praxis eine nur untergeordnete Bedeutung, da er nur dasjenige zum Ausdruck bringt, was den Arbeitsvertragsparteien schon immer möglich war, nämlich die Einigung über die Zahlung einer Abfindung.

Daher hier nur in Kürze:

Der Abfindungsanspruch gemäß § 1 a KSchG setzt zunächst eine Arbeitgeberkündigung (= Beendigungskündigung) aus dringenden betrieblichen Erfordernissen voraus. Die schriftliche Kündigungserklärung muss sodann den **Hinweis** enthalten, die Kündigung erfolge aus **dringenden betrieblichen Erfordernissen** und der Arbeitnehmer könne bei **Verstreichenlassen der Klagefrist** die Abfindung verlangen. Maßgeblich ist, dass der Arbeitgeber in der Kündigungserklärung an das Verstreichenlassen der Klagefrist anknüpft. Die Höhe der Abfindung muss nicht genannt werden, da sie sich aus dem Gesetz ergibt. Das Angebot einer höheren oder auch niedrigeren Abfindung als der in § 1a KSchG normierten ist nach herrschender Meinung zulässig, da die Norm außergerichtliche Lösungen nur erleichtern soll. Nur wenn der Arbeitgeber sich auf die gesetzliche Regelung beruft, ist er an die Abfindungshöhe des § 1a KSchG gebunden.

Der Arbeitnehmer nimmt das Angebot konkludent an, indem er die Klagefrist des § 4 KSchG verstreichen lässt. Erhebt er stattdessen die Kündigungsschutzklage, stellt das die Ablehnung des Angebotes dar.

Mit Ablauf der Kündigungsfrist, d.h. mit rechtlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses, entsteht dann der Abfindungsanspruch.

## **Betriebsbedingte Änderungskündigung**

Eine Änderungskündigung im Sinn des § 2 KSchG liegt vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt **und im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen anbietet**. Das Änderungsangebot muss spätestens mit Zugang der Kündigungserklärung abgegeben werden. Der Arbeitnehmer kann es vorbehaltlos annehmen oder ablehnen. Wäre die Änderungskündigung bei einer Ablehnung des Angebotes aber sozial gerechtfertigt, wäre das Arbeitsverhältnis beendet. Der Arbeitnehmer kann das Änderungsangebot aber auch **unter dem Vorbehalt** annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist. Hierbei ist die Mindestannahmefrist von drei Wochen auch dann zu wahren, wenn der Arbeitgeber eine kürzere Annahmefrist gesetzt hat.

Die Änderungskündigung kann ordentlich und außerordentlich ausgesprochen werden. Ihre Sozialwidrigkeit muss der Arbeitnehmer innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG geltend machen.

## Außerordentliche Kündigung

### I. Normalfall

Das Recht der außerordentlichen Kündigung ist abgesehen von wenigen Ausnahmen (Handelsvertreter gem. § 89 a HGB, Besatzungsmitglied und Kapitän in der Seeschifffahrt gem. §§ 64-68, 78 SeemannsG, Auszubildende gem. § 22 Abs. 2 BBiG) ausschließlich in § 626 BGB geregelt. Danach können sich sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer bei unzumutbarer Belastung vom Arbeitsverhältnis lösen.

Meistens erfolgt die außerordentliche Kündigung **fristlos**, d.h. mit sofortiger Wirkung, es kann aber auch **aus wichtigem Grund** mit einer (sozialen Auslauf-) Frist gekündigt werden. Auch wenn der Arbeitgeber nicht fristlos, sondern unter Einhaltung einer Frist kündigt, verliert die Kündigung nicht den Charakter der außerordentlichen Kündigung, wenn dem gekündigten Arbeitnehmer klar erkennbar ist, dass ihm aus wichtigem Grund gekündigt wird.

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist für beide Arbeitsvertragsparteien **unabdingbar**. Der Kündigende ist darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände, welche als wichtige Gründe geeignet sein können, die Grundlage für die Kündigung zu bilden.

### 1. Wichtiger Grund

Es gibt keine absoluten wichtigen Gründe, sondern nur typische Sachverhalte, die an sich geeignet sind, einen wichtigen Grund darzustellen. Die Rechtsprechung konkretisiert den wichtigen Grund durch eine zweistufige Prüfung. Auf der ersten Stufe wird geprüft, ob ein bestimmter Sachverhalt „**an sich**“ geeignet ist, einen wichtigen Grund abzugeben. Ist das der Fall, wird auf der zweiten Stufe untersucht, ob die konkrete Kündigung nach einer **Interessenabwägung** unter Berücksichtigung aller Besonderheiten des Einzelfalls als gerechtfertigt angesehen werden kann. Das ist nur der Fall, wenn die außerordentliche Kündigung die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) ist, d.h., wenn mildere Mittel wie Abmahnung, Versetzung, außerordentliche Änderungskündigung, ordentliche Beendigungskündigung, unzumutbar sind.

Es ist also immer eine Einzelfallprüfung erforderlich. Nachfolgende, exemplarisch genannten Gründe (Quelle: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 626 BGB) können gegebenenfalls einen wichtigen Grund darstellen, müssen es aber nicht zwangsläufig. Sie dürfen daher nicht unbesehen übernommen werden, sondern dienen nur als Richtschnur.

### Eine außerordentliche Kündigung ist z.B. denkbar bei:

Strafanzeige gegen Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen, Arbeitsverweigerung, Beleidigungen und Verleumdungen, strafbare Handlungen jeglicher Art, Geschäfts-/Rufschädigung, Konkurrenzfähigkeit, Manipulation an der Zeiterfassung („Stempelkarte“), Nebentätigkeit bei anderem Arbeitgeber während einer attestierten Arbeitsunfähigkeit, sexuelle Belästigung, unentschuldigtes Fehlen, Urlaubs-

Überschreitung, Selbstbeurlaubung, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Vortäuschen und Androhung einer Erkrankung.

#### a) Beurteilungszeitpunkt

Der wichtige Grund muss im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vorliegen. Gründe, die bei Ausspruch der Kündigung vorlagen, dem Kündigenden aber nicht bekannt waren, können auch noch während des arbeitsgerichtlichen Verfahrens zur Stützung der Kündigung nachgeschoben werden. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist dabei unbeachtlich.

#### b) Darlegungs- und Beweislast

Das Vorliegen des wichtigen Grundes hat der Kündigende darzulegen und zu beweisen. Vom Kündigungsgegner behauptete Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe muss der Kündigende widerlegen.

### 2. Interessenabwägung

Die Interessen beider Parteien sind gegenüber zu stellen. Es ist also das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an der Fortführung abzuwägen. Dabei können etwa von Bedeutung sein:

Art und Schwere der Verfehlung, Wiederholungsgefahr, Grad des Verschuldens, Lebensalter des Arbeitnehmers, anderweitige persönliche Umstände des Arbeitnehmers (z.B. Unterhaltspflichten, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Folgen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses).

Die Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung hat der Kündigende in vollem Umfang darzulegen und zu beweisen.

### 3. Ultima Ratio

Die außerordentliche Kündigung muss nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit **die unauweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio)** des Kündigenden sein, s.o.. Mildere Mittel wie Abmahnung, Versetzung, außerordentliche Änderungskündigung, ordentliche Beendigungskündigung scheiden als unmöglich oder unzumutbar aus. Der Arbeitgeber hat auch vor jeder außerordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine **zumutbare** Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz anzubieten.

### 4. Abmahnung

Für Arbeitsverhältnisse besteht die Notwendigkeit der Abmahnung. Pflichtwidrigkeiten im Leistungs- und Verhaltensbereich muss vor Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich eine Abmahnung

vorausgehen. Erscheint eine Abmahnung aber **nicht erfolgsversprechend**, kann sie wegen einer Pflichtwidrigkeit im Leistungs- und Verhaltensbereich unterbleiben. Erkennbar nicht erfolgsversprechend ist sie z.B., wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage oder nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten. Nutzt er z.B. das Internet während der Arbeitszeit exzessiv, so muss ihm klar sein, dass er hierdurch seine arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich verletzt. Eine Abmahnung ist dann entbehrlich.

Auch **besonders schwere Verstöße** bedürfen keiner Abmahnung, weil der Arbeitnehmer nicht mit einer Billigung seines Verhaltens rechnen kann und er sich bewusst sein muss, seinen Arbeitsplatz zu riskieren. Dementsprechend ist auch eine vorherige Abmahnung bei einer Störung im Vertrauensbereich in der Regel entbehrlich.

## 5. Ausschlussfrist

Gemäß § 626 Abs. 2 BGB muss die Kündigung innerhalb von 2 Wochen **ab Kenntnis des Kündigungsgrundes** ausgesprochen werden. Die Frist ist eine sog. Ausschlussfrist, also nicht verlängerbar. Wurde die Kündigung erst nach ihrem Ablauf ausgesprochen, ist sie verfristet und damit unwirksam. Die Unwirksamkeit ist im Rahmen der 3-wöchigen Klagefrist des § 4 KSchG geltend zu machen.

Die Frist beginnt **mit Kenntnis** des Arbeitgebers der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. Hierzu gehören auch die im Sinne der Unzumutbarkeitserwägungen für oder gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Ausnahmsweise genügt für den Fristenlauf auch die Kenntnis eines Dritten, der keine Entlassungsbefugnis hat, wenn der Kündigungsberechtigte sich die Kenntnis eines Dritten zurechnen lassen muss (z.B. Betriebsleiter).

Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB kann nicht beginnen, solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Kündigungssachverhaltes nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen mit der gebotenen Eile durchführt. Der Beginn darf allerdings nicht länger als unbedingt erforderlich hinausgeschoben werden. Die Frist ist nur so lange gehemmt, wie der Kündigungsberechtigte aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen anstellt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhaltes verschaffen soll. Eine Regelfrist hierfür gibt es nicht, dies ist einzelfallabhängig.

## 6. Darlegungs- und Beweislast

Der Kündigende trägt die Beweislast für die Einhaltung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB.

## 7. Sonderfälle

### a) Krankheit

Bei Krankheit geht die Rechtsprechung inzwischen davon aus, dass die Kündigungserklärungsfrist jeden Tag neu beginnt, da sich die fortdauernde Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers als Dauerzustand zeigt und sich demzufolge die Frage der Beeinträchtigung des betrieblichen Interesses jeden Tag neu stellt.

### b) eigenmächtiger Urlaubsantritt

Beim eigenmächtigen Urlaub, d.h. beim unentschuldigten Fehlen des Arbeitnehmers, beginnt die Ausschlussfrist des § 626 Abs.2 BGB frühestens mit seiner Rückkehr aus dem Urlaub.

## 8. Anhörung des Betriebsrates

Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht tragenden Umstände für die (beabsichtigte) Kündigung unterbreitet hat. Dies ist nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber ihm den Sachverhalt bewusst irreführend – z.B. durch Verschweigen wesentlicher Umstände – schildert. Der Arbeitgeber ist indes nicht verpflichtet, Unterlagen zur Verfügung zu stellen oder das Anhörungsverfahren schriftlich durchzuführen. Unschädlich ist es auch, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Sozialdaten des betroffenen Arbeitnehmers nicht mitteilt, wenn es ihm wegen der Schwere der Vorwürfe auf die genauen Daten ersichtlich nicht ankommt, der Betriebsrat sie ungefähr kennt und daher die Kündigungsabsicht ausreichend beurteilen kann.

## 9. Mitteilung des Kündigungsgrundes

Nach § 626 Abs. 2 S. 3 BGB muss der Kündigende dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen. Das ist allerdings grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung, es sei denn, es ist im Arbeits- oder Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder gesetzlich ausdrücklich bestimmt. Die Nichtangabe des Kündigungsgrundes trotz Verlangens kann dann aber u.U. Auskunfts- und Schadensersatzansprüche (z.B. wegen der Prozesskosten) des Gekündigten auslösen.

## 10. Schadensersatzansprüche des Gekündigten

Eine unwirksame außerordentliche Kündigung kann eine Vertragsverletzung sein. Sie verpflichtet zum Schadensersatz, wenn der Kündigende die Unwirksamkeit der Kündigung oder die Begleitumstände kannte oder bei gehöriger Sorgfalt hätte kennen müssen und daraus ein Schaden entsteht.

## 11. Klagerecht und Klagefrist

### a) Arbeitnehmer

Ein fristlos entlassener Arbeitnehmer hat stets ein berechtigtes Interesse daran, auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses zu klagen. Er kann allerdings – außerhalb der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) – das Recht **verwirken**, sich auf die Unwirksamkeit einer ihm gegenüber ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung zu berufen. Demgegenüber muss ein unter das KSchG fallender Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung nach den §§ 4 – 7 KSchG, also regelmäßig innerhalb der Drei-Wochenfrist, geltend machen. Dies gilt auch bei der arbeitgeberseitigen außerordentlichen Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses.

### b) Arbeitgeber

Auch der Arbeitgeber kann ein alsbaldiges Interesse an der Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses haben, wenn er in seinem Ansehen betroffen ist.

## II. Verdachtskündigung

Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht der (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Handlung habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Der Verdacht stellt gegenüber der Tat einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Wegen der Gefahr, einen Unschuldigen zu treffen, muss der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung aber alle ihm zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhaltes unternehmen. Die Wirksamkeit der Verdachtskündigung hängt nicht von der strafrechtlichen Würdigung des Sachverhaltes ab, sondern von der Beeinträchtigung des für das Arbeitsverhältnis erforderlichen Vertrauens.

Der Arbeitgeber muss den betroffenen Arbeitnehmer zwingend vor Ausspruch der Verdachtskündigung zu den Verdachtsmomenten anhören. Der dem Arbeitnehmer vorgehaltene Verdacht muss konkretisiert sein, damit er sich substantiiert dazu äußern kann. Die Anhörung darf nicht unter für den Arbeitnehmer unzumutbaren Umständen erfolgen. Entlastende, vom Arbeitnehmer vorgetragene Tatsachen, die zum Zeitpunkt der Kündigung vorlagen, sind unabhängig von der Kenntnisnahme durch den Arbeitgeber zu berücksichtigen. Lässt sich der Arbeitnehmer konkret ein und zerstreut er den Verdacht, ermittelt der Arbeitgeber aber weiter und kommt zu einer Widerlegung der Einlassung, so ist der Arbeitnehmer erneut anzuhören. Verletzt der Arbeitgeber die Aufklärungspflicht schuldhaft, ist die Verdachtskündigung unwirksam.

Auch für die außerordentliche Verdachtskündigung gilt die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Sie beginnt zu dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte so viel vom Sachverhalt kennt, dass er sich ein eigenes Urteil über den Verdacht bilden kann. Nach bekannt gewordenem Anfangsverdacht muss der Arbeitgeber eigene Ermittlungen zügig durchführen. Stellt sich im Verlauf des Prozesses die Unschuld des verdächtigen Arbeitnehmers heraus, so ist dies zu berücksichtigen. Auch muss das

Gericht seinen Rechtfertigungen nachgehen. Stellt sich die Unschuld des Arbeitnehmers erst nach Abschluss des Verfahrens heraus, kann ihm ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen. Nicht ausreichend ist hierfür die Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft.

Ist es dem Arbeitgeber nicht möglich, eine hinreichende Aufklärung zu erlangen, kann er das Ergebnis des Strafverfahrens abwarten. Nach einer Verurteilung darf er die Kündigung dann aber nicht mehr als Verdachts-, sondern nur noch als (erwiesene) Tatkündigung aussprechen. Denn der Verdacht ist ja nun geklärt. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt mit der Kenntnis von der Verurteilung. Kündigt der Arbeitgeber nach rechtskräftiger Verurteilung des Arbeitnehmers mit der Begründung, der Arbeitnehmer habe die Tat tatsächlich begangen, dann ist die Unwirksamkeit der Kündigung nach den Grundsätzen der Tatkündigung zu beurteilen. Bestreitet der Arbeitnehmer auch nach rechtskräftiger Verurteilung weiterhin den Tatvorwurf, muss das Arbeitsgericht ohne Bindung an das Strafurteil eigenständige Feststellungen treffen.

### **III. Druckkündigung**

Eine Druckkündigung liegt vor, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen. Das Verlangen kann durch ein Verhalten des Arbeitnehmers oder einen in seiner Person liegenden Grund objektiv gerechtfertigt sein. Dann liegt es im Ermessen des Arbeitgebers, eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen. Fehlt es an einer objektiven Rechtfertigung der Drohung, kommt eine (Druck-) Kündigung aus betriebsbedingten Gründen in Betracht. An deren Zulässigkeit sind indes strenge Anforderungen zu stellen, vor allem auch wegen der vertraglichen Fürsorgepflicht gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer.

### **IV. Umdeutung der außerordentlichen Kündigung**

#### **1. in ordentliche Kündigung**

Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche zum nächstzulässigen Zeitpunkt ist möglich, wenn eindeutig erkennbar ist, dass der Kündigende das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beenden will. Das hat aber die Anhörung des Betriebsrates zur - wenn auch nur hilfsweise gewollten - ordentlichen Kündigung zur Voraussetzung.

#### **2. in Aufhebungsvertrag**

Die Umdeutung einer unwirksamen fristlosen Kündigung in ein Angebot zur sofortigen einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zulässig und möglich. Voraussetzung ist auch hier der mutmaßliche Wille zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter allen Umständen. Allerdings kommt nur dann ein Aufhebungsvertrag zustande, wenn der Kündigungsempfänger die Unwirksamkeit der

Kündigung vergegenwärtigt und gleichwohl erkennt, dass der Kündigende ihm ein Angebot zur Vertragsaufhebung gemacht, welches er bereit ist, anzunehmen.

### **3. in Anfechtung**

Die dem Arbeitsvertrag zugrunde liegenden Willenserklärungen der Parteien können gemäß den §§ 119, 123 BGB angefochten werden. Bei den Rechtsfolgen ist dabei aber auf die Besonderheiten des Arbeitsvertrages zu achten. So kann ein schon in Vollzug gesetzter Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht mehr mit rückwirkender Kraft im Sinne des § 142 Abs. 1 BGB angefochten werden.

### **V. Außerordentliche Änderungskündigung**

Eine Änderungskündigung ist auch als außerordentliche Kündigung zulässig. Ihre Wirksamkeit richtet sich danach, ob das Angebot des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis unter anderen Bedingungen fortzusetzen, rechtmäßig war. Dem Arbeitgeber muss die Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden und die alsbaldige Änderung notwendig sein. Dem Arbeitnehmer müssen die Neuerungen zumutbar sein. Alle Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Auch für die außerordentliche Änderungskündigung gilt die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Sie beginnt in dem Zeitpunkt der Arbeitgeberentscheidung, dass der Arbeitnehmer nicht mehr auf dem bisherigen Arbeitsplatz weiter beschäftigt werden kann. Versucht der Arbeitgeber zunächst, dem Arbeitnehmer über sein Direktionsrecht eine andere Tätigkeit zuzuweisen, so hemmt das die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht.

Die Drei-Wochenfrist des § 4 S. 2 KSchG zur Anrufung des Arbeitsgerichts gilt für die außerordentliche Änderungskündigung aus wichtigem Grund entsprechend.

Wegen der analogen Anwendung des § 2 KSchG auf die außerordentliche Änderungskündigung muss der Arbeitnehmer die Annahme des Änderungsangebotes unter Vorbehalt bzw. seine Ablehnung nach Zugang der Kündigung unverzüglich erklären. Die widerspruchslose Weiterarbeit auf dem neuen Arbeitsplatz ist aber so lange keine vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebotes, als der Arbeitnehmer noch rechtzeitig, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, einen Vorbehalt im Sinne des § 2 KSchG erklären kann.

Noch etwas ausführlicher wird die außerordentliche Kündigung unter <https://www.ra-potratz.de/die-ausserordentliche-kuendigung-oder-auch-die-kuendigung-aus-wichtigem-grund.html> behandelt.

## Besonderer Kündigungsschutz

### **Betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtliche Funktionsträger (§ 15 KSchG)**

Hierunter fallen Betriebsratsmitglieder (§§ 7 ff. BetrVG), Mitglieder eines Wahlvorstandes (§ 16 BetrVG) und Wahlbewerber (§14 BetrVG), einer Bordvertretung (§ 155 BetrVG), eines Seebetriebsrates (§ 116 BetrVG) sowie einer Jugend- und Auszubildendenvertretung( (§ 60 BetrVG).

Kündigt der Arbeitgeber, um einen Arbeitnehmer an der Vorbereitung einer Betriebsratswahl zu hindern, ist sie nichtig, weil die Betriebsratswahl nicht behindert werden darf (§ 20 BetrVG).

### **1. Geschützter Personenkreis**

#### **a) Wahlvorstandsmitglieder**

Der Schutz der **Mitglieder des Wahlvorstandes** beginnt mit dem Zeitpunkt seiner Bestellung und besteht bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses (§ 15 Abs. 3 S. 1 KSchG). Anschließend hat das Wahlvorstandsmitglied noch sechs Monate „nachwirkenden“ Kündigungsschutz (§ 15 Abs. 3 S. 2, 2. Hs. KSchG), außer der Wahlvorstand wird durch einen anderen Wahlvorstand ersetzt. Ist die Wahl nichtig, gilt der Sonderkündigungsschutz nicht.

#### **b) Wahlwerber**

Der Schutz der **Wahlbewerber** setzt im Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags ein (§ 15 Abs. 3 S. 1 KSchG). Auf die Einreichung des Wahlvorschlags beim Wahlvorstand kommt es nicht an. Das Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zu einer außerordentlichen Kündigung eines Wahlbewerbers besteht auch dann, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Bewerbung hat. Auch muss für den Schutz die Wählbarkeit des Bewerbers gewährleistet sein. Der besondere Schutz nach § 15 Abs. 3 S. 1 KSchG endet mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses. Es folgt der nachwirkende sechsmonatige Schutz nach S. 2.

#### **c) Einladende/antragstellende Arbeitnehmer für die Wahl/Bestellung des Wahlvorstandes**

Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der zu einer Betriebs-, Wahl- oder Bordversammlung nach § 17 Abs. 3, § 17a Nr. 3 Satz 2, § 115 Abs. 2 Nr. 8 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes einlädt oder die Bestellung eines Wahlvorstandes nach § 16 Abs. 2 Satz 1, § 17 Abs. 4, § 17a Nr. 4, § 63 Abs. 3, § 115 Abs. 2 Nr. 8 Satz 2 oder § 116 Abs. 2 Nr. 7 Satz 5 des Betriebsverfassungsgesetzes **beantragt**, ist grds. vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig. Der Kündigungsschutz gilt für die ersten drei in der Einladung oder Antragstellung aufgeführten Arbeitnehmer. Wird ein Betriebsrat, eine Jugend- und Auszubildendenvertretung, eine Bordvertretung oder ein Seebetriebsrat nicht gewählt, besteht der Kündigungsschutz nach Satz 1 vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung an drei Monate.

#### **d) Betriebsratsmitglieder**

Für **Betriebsratsmitglieder** setzt der Schutz des § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG mit **der Bekanntgabe des Wahlergebnisses** oder, wenn zu diesem Zeitpunkt der alte Betriebsrat noch besteht, **mit Ablauf seiner Amtszeit** ein (§ 21 S. 2 BetrVG). Ist die Wahl allerdings nichtig, d.h. wurde gegen allgemeine Grundsätze einer ordnungsgemäßen Wahl verstoßen, so kann sich der Gewählte nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Der Schutz des § 15 Abs. 1 KSchG dauert bis zur Beendigung der Amtszeit. Nach Beendigung der Amtszeit ist die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung oder eines Seebetriebsrats innerhalb eines Jahres, die Kündigung eines Mitglieds einer Bordvertretung innerhalb von sechs Monaten, jeweils vom Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit an gerechnet, **unzulässig**, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Die Amtszeit beträgt **vier Jahre** (§ 21 BetrVG) und endet spätestens am 31.05. des Jahres, in dem nach § 13 Abs. 1 BetrVG die regelmäßigen Betriebsratswahlen stattfinden.

Die Mitgliedschaft im Betriebsrat erlischt durch Ablauf der Amtszeit, Niederlegung des Betriebsratsamtes, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Verlust der Wählbarkeit, Ausschluss aus dem Betriebsrat oder Auflösung des Betriebsrats aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung und durch gerichtliche Entscheidung über die Feststellung der Nichtwählbarkeit nach Ablauf der in § 19 Abs. 2 bezeichneten Frist, es sei denn, der Mangel liegt nicht mehr vor (§ 24 BetrVG). Betriebsratsmitglieder, die ihr Amt niedergelegt haben, besitzen den nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 Abs. 2 KSchG.

#### **e) Ersatzmitglieder des Betriebsrates (§ 25 BetrVG)**

sind gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG geschützt, solange sie stellvertretend für ein verhindertes ordentliches Mitglied dem Betriebsrat angehören. Der Schutz besteht für die gesamte Dauer der Vertretung, nicht nur an den Tagen, an denen sie die Geschäfte eines Betriebsratsmitgliedes wahrnehmen. Die Vertretung beginnt mit der Arbeitsaufnahme an dem Tag, an dem das ordentliche Mitglied erstmals verhindert ist. Der Schutz besteht bis zum Ende der Stellvertretung, wobei jeder Vertretungsfall den nachwirkenden Kündigungsschutz für die Dauer eines Jahres von Neuem auslöst.

#### **f) Nachrücken eines Ersatzmitgliedes**

**Scheidet ein Mitglied des Betriebsrats aus**, so rückt ein Ersatzmitglied nach. Dies gilt entsprechend für die Stellvertretung eines zeitweilig verhinderten Mitglieds des Betriebsrats (§ 25 BetrVG). Das nachgerückte Mitglied genießt von diesem Zeitpunkt an den vollen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG und nach Beendigung der Amtszeit den nachrückenden für ein Jahr gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG.

#### **g) Analoge Anwendung für Jugend- und Auszubildendenvertretung**

Für Mitglieder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung eines Seebetriebsrates gelten v.g. Ausführungen über die Betriebsratsmitglieder entsprechend (§ 15 Abs. 1

KSchG).

## 2. Ausschluss der ordentlichen Kündigung/Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung

Der Kündigungsschutz v.g. Personengruppen **schließt die ordentliche Kündigung aus, nicht jedoch die außerordentliche** aus wichtigem Grund i.S.d. § 626 BGB. Auch hierbei gilt die Zwei-Wochenfrist.

### a) Zustimmung des Betriebsrates/Zustimmungsersetzungsverfahren

Gemäß § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrats, des Wahlvorstands sowie von Wahlbewerbern der **Zustimmung des Betriebsrats**. Verweigert er sie, kann das Arbeitsgericht sie auf Antrag des Arbeitgebers ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. In dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht ist der betroffene Arbeitnehmer Beteiligter (§ 103 Abs. 2 BetrVG). Die vorherige Zustimmung bzw. Ersetzung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Die nachträgliche Zustimmung ist rechtlich irrelevant.

Die Zustimmung muss innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 BGB unter Angabe der Gründe der beabsichtigten Kündigung eingeholt werden. Der Betriebsrat muss seine Entscheidung - die er unter Ausschluss des zu kündigenden Mitglieds und nach Beteiligung eines Ersatzmitgliedes zu treffen hat - innerhalb von drei Tagen mitteilen. Ist kein Ersatzmitglied geladen und nimmt das zu kündigende Mitglied an der Beratung über seine eigene Kündigung teil, ist der Betriebsratsbeschluss nichtig, selbst wenn das zu kündigende Mitglied keine Stimme abgegeben hat.

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann das Arbeitsgericht sie auf Antrag des Arbeitgebers ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. In dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht ist der betroffene Arbeitnehmer Beteiligter (§ 103 Abs. 2 BetrVG). Der Arbeitgeber muss demnach innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht nur den Antrag auf Zustimmung beim Betriebsrat stellen, sondern bei Verweigerung bzw. Fristablauf auch das Ersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG beim Arbeitsgericht einleiten. Selbstverständlich wahrt nur ein zulässiger Zustimmungsersetzungsantrag nach § 103 Abs. 2 BetrVG die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Ein Antrag vor Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates ist unzulässig und wird auch nicht zulässig, wenn die Zustimmung nachträglich beantragt wird. Hierdurch wird die Frist des § 626 Abs. BGB nicht eingehalten.

Im Beschlussverfahren prüft das Arbeitsgericht, ob ein wichtiger Grund die beabsichtigte Kündigung rechtfertigt. Im Ergebnis nimmt es damit den Kündigungsschutzprozess vorweg.

Der Arbeitgeber kann dem Betriebsratsmitglied erst dann wirksam außerordentlich kündigen, wenn der Beschluss über die Ersetzung der verweigeren Zustimmung rechtskräftig ist. Eine vorher ausgesprochene Kündigung ist unheilbar nichtig.

Die Kündigung muss unverzüglich nach rechtskräftiger Ersetzung durch das Arbeitsgericht erfolgen.

### **b) Folgen der Ersetzung**

Auch wenn die Zustimmung ersetzt wurde, ist die anschließende Kündigungsschutzklage des betroffenen Betriebsratsmitgliedes zulässig, obwohl mit der Ersetzung festgestellt wurde, dass die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist. Aufgrund dieser Präklusionswirkung kann der Arbeitnehmer sich im Kündigungsschutzverfahren nicht auf Kündigungshindernisse berufen, die er schon im Zustimmungsverfahren hätte vorbringen können. Das gilt aber nicht für solche Kündigungshindernisse, die noch nach Abschluss des Verfahrens beseitigt werden können (z.B. die fehlende Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen).

### **3. Änderungskündigung**

Abgesehen von den Sonderfällen der Betriebsstilllegung und der Stilllegung einer Betriebsabteilung ist bei den geschützten Amtsträgern des § 15 KSchG eine ordentliche Kündigung völlig ausgeschlossen, selbst bei sog. Massenänderungskündigungen aus betriebsbedingten Gründen.

Eine außerordentliche Kündigung ist während der Amtszeit nach § 103 BetrVG nur mit Zustimmung des Betriebsrates bzw. der Ersetzung durch das Arbeitsgericht zulässig. Sie kommt mit notwendiger Auslaufzeit gegebenenfalls dann in Frage, wenn ohne die Änderung der Arbeitsbedingungen ein inhaltsleeres Arbeitsverhältnis über einen erheblichen Zeitraum nur durch Gehaltszahlungen fortgesetzt werden müsste und der Arbeitgeber u.U. eine unternehmerische Entscheidung, bestimmte Arbeitsplätze einzusparen, wegen des Beschäftigungsanspruches des Mandatsträgers nicht umsetzen könnte.

### **4. Stilllegung von Betrieben und Betriebsteilen**

Wird der Betrieb stillgelegt, so ist die Kündigung der in § 15 Absatz 1 bis 3 KSchG genannten Personen frühestens zum Zeitpunkt der Stilllegung zulässig, es sei denn, dass ihre Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist (§ 15 Abs. 4 KSchG). Hierbei ist die Kündigungsfrist einzuhalten. Zudem ist sie nur gerechtfertigt, wenn keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb besteht.

Wird eine der in den Absätzen 1 bis 3 genannten Personen in einer Betriebsabteilung beschäftigt, die stillgelegt wird, so ist sie in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen. Ist dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich, so findet auf ihre Kündigung die Vorschrift des Absatzes 4 über die Kündigung bei Stilllegung des Betriebs sinngemäß Anwendung (§ 15 Abs. 5 KSchG). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn dieser Arbeitsplatz mit einem sonderkündigungsgeschützten Arbeitnehmer besetzt ist, es sei denn, dessen sozialen Belangen überwiegen in erheblichen Maße.

Vor Ausspruch der Kündigung ist der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG anzuhören; § 103 BetrVG greift mangels einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung nicht.

## II. Schwerbehinderte Menschen (§ 168 SGB IX)

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes.

Eine Schwerbehinderung liegt bei einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 vor. Einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden Menschen mit Behinderungen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen ansonsten die übrigen Voraussetzungen wie beim schwerbehinderten Menschen vorliegen, und wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 SGB IX).

Der Kündigungsschutz greift erst, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sechs Monate bestanden hat (§ 173 Abs. 1 S. 1 SGB IX). Zudem muss die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nachgewiesen sein. Dies geschieht durch einen entsprechenden Ausweis, aber auch durch einen Feststellungsbescheid respektive durch gleichstehende Feststellungen. Der Nachweis muss nicht vor Ausspruch der Kündigung geführt worden sein. Entscheidend ist, dass die Schwerbehinderteneigenschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststand. Jeglicher Nachweis ist entbehrlich, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft offenkundig ist.

Erteilt das Integrationsamt die Zustimmung, kann der Arbeitgeber die ordentliche Kündigung nur innerhalb eines Monats nach Zustellung aussprechen. Die außerordentliche Kündigung kann auch nach Ablauf der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erfolgen, wenn er Arbeitgeber sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt.

Eine ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung ist unheilbar nichtig. Die Klagefrist beträgt drei Wochen (§ 4 KSchG).

## III. Mutterschaft (§ 17 Abs.1 S. 1 MuSchG)

Das Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt gilt während der gesamten Schwangerschaft bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung. Durch die Neufassung der Vorschrift sind **nicht mehr nur Arbeitnehmerinnen, sondern „Frauen während der Schwangerschaft**, bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung“ von der Vorschrift erfasst. Die Schwangerschaft muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bestehen. Für die Feststellung kommt es auf das Zeugnis des Arztes oder der Hebamme an.

Der Arbeitgeber muss positive Kenntnis von der Schwangerschaft haben. Die Kenntniserlangung binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung reicht aus. Selbst nach Ablauf der Frist besteht

Kündigungsschutz, wenn die Schwangere die Mitteilung unverschuldet, d.h. in nicht zu vertretender Weise unterlassen hat und sie unverzüglich nachholt.

Das Kündigungsverbot besteht nicht, wenn vor Zugang der Kündigung die zuständige Behörde **zugestimmt** hat. Das ist nur in besonderen Fällen der Fall, stellt also die Ausnahme dar. Die Zustimmung darf auch nicht mit dem Zustand der Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf der vier Monate nach der Entbindung in Zusammenhang stehen.

Hat der Arbeitgeber die Kündigung ohne die erforderliche Zustimmung ausgesprochen, ist sie nichtig. Ihre Unwirksamkeit muss innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG gerichtlich geltend gemacht werden. Hatte die Schwangere selbst keine Kenntnis von der Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, kann sie gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis der Schwangerschaft die nachträgliche Zulassung der Klage beantragen.

#### **IV. Elternzeit (§ 18 Abs. 1 S. 1 BEEG)**

Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen. Der Kündigungsschutz beginnt frühestens acht Wochen vor Beginn einer Elternzeit bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes und frühestens 14 Wochen vor Beginn einer Elternzeit zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes. Während der Elternzeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen. In besonderen Fällen kann **ausnahmsweise** eine Kündigung für zulässig erklärt werden. Ein besonderer Fall ist insbesondere dann gegeben, wenn der/die Arbeitnehmer/in nach Rückkehr aus der Elternzeit nicht mehr im Betrieb eingesetzt werden kann.

Die Zulässigkeitserklärung erfolgt durch die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle. Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Durchführung des Satzes 4 erlassen.

Dies gilt entsprechend, wenn Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen während der Elternzeit bei demselben Arbeitgeber Teilzeitarbeit leisten oder ohne Elternzeit in Anspruch zu nehmen, Teilzeitarbeit leisten und Anspruch auf Elterngeld nach § 1 BEEG während des Zeitraums nach § 4 Absatz 1 Satz 1 und 3 BEEG haben.

Die Elternzeit muss wirksam in Anspruch genommen worden sein, d.h. sie muss **spätestens sieben Wochen vor dem Zeitpunkt, von dem sie gewährt werden soll, schriftlich verlangt** werden und zugleich muss dem Arbeitgeber mitgeteilt werden, **für welchen Zeitraum** er innerhalb von zwei Jahren in Anspruch genommen werden soll (vgl. § 16 Abs. 1 BEEG). Die Elternzeit, die ohne Zustimmung des Arbeitgebers auf drei Zeitabschnitte verteilt werden kann, kann nicht nur gegenüber einem Arbeitgeber geltend gemacht werden. Bei einem Arbeitgeberwechsel kann der Rest vom neuen Arbeitgeber verlangt werden.

Der Kündigungsschutz dauert bis zum Ende der Elternzeit und besteht bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes.

## **Ordentlich unkündbare Arbeitnehmer**

Das Recht zur ordentlichen Kündigung kann tarif- oder einzelvertraglich abbedungen werden. Das gilt indes nicht für die außerordentliche Kündigung. Bei den „Unkündbaren“ stellt sich somit die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine außerordentlich Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist.

### **I. wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB**

Grundsätzlich ist beim Begriff des „wichtigen Grundes“ davon auszugehen, dass er im Sinne des § 626 BGB verwendet wird. Es gilt daher die übliche zweistufige Prüfung (1. Wichtiger Grund „an sich“ und 2. Interessenabwägung hinsichtlich der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, s.o.). Bei den Zumutbarkeitserwägungen ist dabei nicht auf die fiktive Kündigungsfrist abzustellen, sondern auf die tatsächliche künftige Vertragsbindung. Die „Unkündbarkeit“ kann sich zu Gunsten wie auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirken. Bei einmaligen Vorfällen ohne Wiederholungsgefahr wirkt sich die längere Vertragsbindung zu Gunsten des Arbeitnehmers aus. Bei Dauertatbeständen oder Vorfällen mit Wiederholungsgefahr kann die Fortsetzung demgegenüber u.U. eher für den Arbeitgeber unzumutbar sein als bei einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer.

### **1. außerordentliche betriebsbedingte Kündigung**

Eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung kann nur ausnahmsweise zulässig sein, da der Arbeitgeber das unternehmerische Risiko trägt, wozu auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gehört. Unzumutbarkeit kann indes vorliegen, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer Betriebsschließung keine Verwendung mehr für die Arbeitsleistung - auch in einem anderen Betrieb - hat, jedoch das Gehalt weiterzahlen müsste.

Fehlen tarifvertragliche Regelungen für die Kündbarkeit eines ordentlich aus betriebsbedingten Gründen nicht mehr Kündbaren, so tritt die Frage einer möglichen Weiterbeschäftigung in den Vordergrund. An die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung werden dann aber verschärfte Anforderungen gestellt. Der Arbeitgeber muss dann substantiiert darlegen, warum das Freimachen eines geeigneten Arbeitsplatzes oder seine Schaffung nicht möglich oder nicht zumutbar sein soll. Es besteht aber keine Pflicht des Arbeitgebers, einen besetzten, in Frage kommenden Arbeitsplatz „freizukündigen“. Auch das zu erwartende Freiwerden aufgrund üblicher Fluktuation ist zu berücksichtigen.

Im Übrigen sind bei der Konkretisierung des wichtigen Grundes Sinn und Zweck der Unkündbarkeitsklausel entscheidend. Es ist immer zu klären, inwiefern betriebsbedingte Kündigungen von der

Unkündbarkeitsklausel erfasst werden sollen. Bedeutsam ist, ob der Arbeitgeber insbesondere das Risiko übernommen hat, das Arbeitsverhältnis auch ohne Beschäftigungsmöglichkeit fortzusetzen.

## **2. außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung**

Bei verhaltensbedingten Kündigungen bezwecken sowohl die Tarif- als auch die Arbeitsvertragsparteien mit Unkündbarkeitsklauseln regelmäßig nicht den Schutz solcher Arbeitnehmer, die ihre Vertragspflichten schuldhaft verletzen. Gegebenenfalls kommt in solchen Fällen eine fiktive Kündigungsfrist mit sozialer Auslaufzeit in Betracht. Eine außerordentliche Kündigung ohne eine solche Auslaufzeit ist indes nur bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf dieser Frist möglich. Es muss ein Kündigungssachverhalt vorliegen, der so schwerwiegend ist, dass auch einem tariflich ordentlich kündbarem Arbeitnehmer außerordentlich fristlos hätte gekündigt werden können. Hier hat die ordentliche Unkündbarkeit bei der Interessenabwägung i.S.d. § 626 BGB keinen Einfluss.

## **3. außerordentliche personenbedingte Kündigung**

Bei personenbedingten Kündigungen, insbesondere wegen Krankheit, kann beim Ausschluss der ordentlichen Kündigung nur ganz ausnahmsweise eine außerordentliche in Betracht kommen. Zwar kann die Krankheit einen „wichtigen Grund“ i.S.d. § 626 BGB darstellen. Gleichwohl ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur in ganz engen Grenzen unzumutbar, da schon bei der ordentlichen Kündigung ein strenger Maßstab angelegt wird. In jedem Fall ist dem Arbeitnehmer dann eine soziale Auslaufzeit zu gewähren, welche der ordentlichen Kündigungsfrist entspricht.

Oft sind Vereinbarungen von Bedeutung, welche die ordentliche Kündigung von älteren oder solchen Arbeitnehmern ausschließen, die eine lange Betriebszugehörigkeit haben. Das Risiko langfristiger Krankheiten soll gerade durch die Unkündbarkeit abgedeckt werden. Altersbedingten Einschränkungen soll durch andere Maßnahmen als Kündigungen (z.B. durch Umsetzung) begegnet werden. Kann der Arbeitnehmer aber seine Arbeitsleistung überhaupt nicht mehr erbringen, ist bei der Unzumutbarkeitsprüfung zu Gunsten des Arbeitgebers zu berücksichtigen, dass er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem „Unkündbaren“ Zusatzleistungen in Form von z.B. Urlaubsgeld etc. erbringen muss, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten.

## **II. Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB**

Die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt bei der personenbedingten Kündigung in dem Zeitpunkt, wo der Arbeitgeber von dem Ausfall Kenntnis erlangt. Bei dauernder Arbeitsunfähigkeit handelt es sich hingegen um einen Dauertatbestand, bei dem es für die Einhaltung der 2-Wochen-Frist ausreicht, dass er in den letzten zwei Wochen vor Ausspruch der Kündigung angehalten hat.

## Über den Autor:

Rechtsanwalt seit 1993, seit 1998 selbständig  
Fachanwalt für Arbeitsrecht seit 2000



## Impressum:

Arnd Potratz  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Im Mediapark 8  
50670 Köln

Telefon: 0221 – 99 22 566

E-Mail: [kanzlei@ra-potratz.de](mailto:kanzlei@ra-potratz.de)

Web: <https://www.ra-potratz.de>

Die aktuellste Version dieses Dokuments finden  
Sie unter:

<https://www.info-kuendigung.de/leitfaden>

## Haftungsausschluss:

- Der Leitfaden dient der allgemeinen Information. Er erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ziel ist es, einen Einstieg zu verschaffen. Die gegebenen Erläuterungen – Stand: September 2019 – stellen keine Rechtsberatung dar und können eine individuelle, fallspezifische Besprechung mit einem Rechtsanwalt nicht ersetzen. Eine Haftung ist daher ausgeschlossen.