

# Arbeitspapier 10

## *Die ordentliche Kündigung des AN*

### **Examensrelevanz:**

Klage des AN auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung nicht beendet wurde (meist prozessual eingekleidet).

Leistungsansprüche des AN, die Bestand oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzen (z. Bsp. Entgelt, Urlaubsabgeltung, Beschäftigung), dann Inzidentprüfung der ordentlichen Kündigung.

### **A. Besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen der ordentlichen Kündigung**

#### **I. Ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen**

Recht des AG zur ordentlichen Kündigung darf nicht gesetzlich, individual- oder kollektivvertraglich ausgeschlossen sein; beachte vor allem § 22 Abs. 1 KSchG, § 2 Abs. 1 ArbPISchG, § 15 Abs. 3 TzBfG, § 22 Abs. 2 Nr. 2 BBiG.

#### **II. Keine Nichtigkeit der Kündigung**

Gemäß § 134 BGB i. V. mit den §§ 612a, 613a Abs. 4 BGB.

Gemäß § 138 Abs. 1 BGB (strenger Maßstab; Gründe müssen auf verwerflichen Motiven beruhen, z. Bsp. Rachsucht, Vergeltung).

Gemäß § 7 Abs. 1 AGG (i.V. mit § 1 AGG), sofern § 1 KSchG wegen Nichterfüllung der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) oder mangels Betriebsgröße (§ 23 Abs. 1 KSchG) nicht eingreift.

Gemäß § 242 BGB (neben § 1 KSchG nur in beschränktem Umfang anwendbar; vor allem widersprüchliches Verhalten, Kündigung zur Unzeit, Kündigung in ehrverletzender Form, diskriminierende Kündigung i. V. mit Art. 3 Abs. 3 GG).

Zum Kündigungsschutz außerhalb des KSchG siehe unten VIII.

#### **III. Zustimmungserfordernisse**

§ 17 Abs. 1, 2 MuSchG, § 5 Abs. 2 PflegeZG;

§ 18 Abs. 1 BEEG, § 103 BetrVG;

§ 168 SGB IX.

Wird die ordentliche Kündigung ohne die erforderliche behördliche Zustimmung erklärt, ist diese gemäß § 134 BGB i. V. mit § 17 Abs. 1 MuSchG, § 18 Abs. 1 BEEG bzw. § 168 SGB IX nichtig.

#### **IV. Anzeigerfordernis bei Massenentlassungen**

§ 17 Abs. 1 KSchG: Anzeigepflicht des AG bei geplanter Massenentlassung in Betrieben mit mehr als 20 AN (ob anzeigepflichtige Massenentlassung vorliegt, richtet sich nach den

Schwellenwerten des § 17 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 KSchG).

Entlassungen = ursprünglich Realakt, dauerhaftes Ausscheiden aus dem Betrieb aufgrund einer ordentlichen Kündigung durch AG oder Änderungskündigung, die bei Nichtannahme des Änderungsangebots zur Entlassung führt, oder Eigenkündigung des AN oder Aufhebungsvertrag, der vom AG veranlasst wurde (§ 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Nach der Rspr. des EuGH (27.1.2005 NZA 2005, 213 ff.) und auch inzwischen des BAG (23.3.2006 AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21) ist unter Entlassung i. S. des § 17 KSchG die Kündigungserklärung des Arbeitgebers zu verstehen.

**Rechtsfolgen** der Anzeige, § 18 KSchG: Hemmung der Wirksamkeit der nach § 17 KSchG anzuzeigenden Entlassungen (§ 18 Abs. 1 KSchG) während der Sperrfrist von einem Monat.

**Rechtsfolgen** einer fehlenden oder unvollständigen Anzeige:

- Entlassung als Realakt ist unzulässig.
- Unzulässigkeit der Entlassung führte nach urspr. Konzeption zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn sich AN gegenüber AG auf die Unwirksamkeit beruft (so BAG: Kündigung ist auflösend bedingt durch die Verweigerung der Einwilligung des AN).
- Nimmt der AN die Kündigung hin, endet der Schwebezustand.
- Ob Kündigung unwirksam ist, war zunächst unklar; für Kündigungen vor 27.1.2005 vom BAG wegen Vertrauensschutzes für AG verneint (BAG 23.3.2006 AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21; nach neuerer Rspr. des BAG ist § 17 Abs. 1 KSchG als gesetzliches Verbot zu verstehen, so dass eine fehlende oder unvollständige Massenentlassungsanzeige die Nichtigkeit der ordentlichen Kündigung bewirkt [BAG 22.11.2012 NZA 2013, 845 ff.]).

## V. Anhörung des Betriebsrates, § 102 BetrVG

Betriebsratsanhörung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung. Unterbleibt die Anhörung, so ist die Kündigung unwirksam. Das gilt analog § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG auch, wenn der Betriebsrat zwar angehört wurde, die Anhörung aber wegen unzureichender Unterrichtung des Betriebsrates nicht ordnungsgemäß erfolgte.

Fehler im Verantwortungsbereich des Betriebsrates sind für Wirksamkeit der Kündigung dagegen unbeachtlich.

**Beachte:** Betriebsratsanhörung ist nur erforderlich, sofern ein Betriebsrat besteht; wurde in einem betriebsratsfähigen Betrieb (§ 1 BetrVG) kein Betriebsrat gewählt, so entfällt die Prüfung von § 102 BetrVG.

### I. Zeitpunkt der Anhörung

Die Anhörung ist vor Erklärung der Kündigung durchzuführen, § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

### II. Adressat der Anhörung

Adressat der Information über eine beabsichtigte Kündigung ist der Betriebsratsvorsitzende oder bei dessen Verhinderung sein Stellvertreter, § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG.

Unterrichtet der AG ein nicht zuständiges Betriebsratsmitglied (ohne Empfangsvollmacht), so agiert dieses als Erklärungsbote des AG; Erklärung geht dem Betriebsrat erst zu, wenn der Bote die Information an den Betriebsratsvorsitzenden weitergeleitet hat.

### III. Form der Anhörung

Anhörung muss durch den AG oder eine kündigungsberechtigte Person erfolgen.

Anhörung ist formlos möglich, der AG muss dem Betriebsrat keine Beweismittel vorlegen und auch keine Einsicht in die Personalakten gewähren.

### IV. Inhalt der Anhörung

Der AG hat den Betriebsrat den Kündigungssachverhalt so ausführlich und umfassend mitzuteilen, dass der Betriebsrat in die Lage versetzt wird, auf den Kündigungsentschluss des AG argumentativ Einfluss zu nehmen.

Der AG muss aber nur die Gründe mitteilen, die aus seiner Sicht zur Kündigung führen (sog. subjektive Determination des Anhörungsverfahrens). Liegen mehrere Kündigungsgründe vor, beschränkt sich der AG aber auf einzelne, ist die Betriebsratsanhörung dennoch ordnungsgemäß. Will der AG sich zu einem späteren Zeitpunkt zur Rechtfertigung seiner Kündigung auf die weiteren Kündigungsgründe berufen (sog. Nachschieben von Kündigungsgründen), steht dem § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG entgegen.

Der AG muss dem Betriebsrat u. a. mitteilen:

- wem gekündigt werden soll = Person des AN;
- ob ordentlich oder außerordentlich gekündigt werden soll (Kündigungsart);
- die Kündigungsfrist, soweit sie dem Betriebsrat nicht bekannt ist bzw. durch ihn nicht berechnet werden kann;
- den Kündigungstermin;  
**Beachte:** Mitteilung eines falschen Kündigungstermins führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG.
- Sozialdaten des betroffenen AN sowie alle Umstände, soweit sie für die Kündigung von Bedeutung sind.

### V. Ende des Anhörungsverfahrens

Kündigung darf erst erklärt werden, wenn Anhörungsverfahren gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG ordnungsgemäß abgeschlossen ist.

Abgeschlossen ist das Anhörungsverfahren, wenn:

- der Betriebsrat der Kündigung zustimmt;
- die Zustimmung wegen Ablaufs der Anhörungsfrist gemäß § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG als erteilt gilt;
- der Betriebsrat die Zustimmung zu der Kündigung endgültig verweigert.

**Beachte:** Die Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat hat keine Bedeutung für die Rechtswirksamkeit der Kündigung.

## **B. Kündigungsschutz nach dem KSchG**

### *I. Anwendbarkeit des KSchG*

#### *1. Betrieblicher Anwendungsbereich, § 23 KSchG*

Das KSchG ist uneingeschränkt anwendbar auf Betriebe des privaten oder öffentlichen Rechts, die in der Regel **mehr** als fünf AN beschäftigen und deren Arbeitsverhältnis vor dem 1.1.2004 begonnen hat. Werden in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt, dann sind diese Arbeitnehmer bis zur Beschäftigung von in der Regel 10 Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat.

Bei der Berechnung werden teilzeitbeschäftigte AN gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG nur anteilig und die zur Berufsausbildung Beschäftigten gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht berücksichtigt. Nicht mitgezählt werden ebenfalls AN in Elternzeit oder Pflegezeit, sofern für die Dauer dieser Zeit ein AN zur Vertretung eingestellt und dieser bei der Anzahl berücksichtigt wird (§ 21 Abs. 7 BEEG, § 6 Abs. 4 PflegeZG).

Der Ausschluss eines Betriebes oder eines Arbeitsverhältnisses aus dem Anwendungsbereich des KSchG wegen zu geringer Arbeitnehmerzahl gilt seit dem 1.1.2004 nur noch im Grundsatz, da die §§ 4 bis 7 KSchG sowie § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG hiervon ausdrücklich ausgenommen werden. Hieraus folgt:

- Die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung wegen fehlender sozialer Rechtfertigung kann nur geltend gemacht werden, wenn § 1 KSchG nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 KSchG anwendbar ist.
- Die Unwirksamkeit einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung unterliegt stets der Präklusionsfrist in § 4 Satz 1 KSchG (§ 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.V. mit § 4 Satz 1 KSchG). Das gilt auch, wenn:
  - in dem Betrieb zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt sind,
  - für Arbeitsverhältnisse, die nach dem 31.12.2003 begonnen haben und nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG nicht zu berücksichtigen sind sowie
  - für Arbeitsverhältnisse in den ersten sechs Monaten.
- Das KSchG ist unproblematisch anwendbar, wenn ausschließlich der Auszubildende und unter Berücksichtigung von § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind.

#### *2. Persönlicher Anwendungsbereich*

Nur Arbeitsverhältnisse von AN, die nicht unter **§ 14 KSchG** fallen und nicht nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG ausgenommen sind.

Arbeitsverhältnis muss ohne Unterberechnung länger als sechs Monate bestanden haben, § 1 Abs. 1 KSchG (Fristberechnung erfolgt gemäß §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 BGB; § 193 BGB findet hingegen keine Anwendung).

**Maßgeblicher Zeitpunkt:** Zugang der Kündigungserklärung, nicht der Beendigungstermin.

**Beginn des Arbeitsverhältnisses:** Begründung des Arbeitsverhältnisses (Abschluss des Arbeitsvertrages, wenn Arbeitsantritt sofort erfolgen soll; kann im Arbeitsvertrag auch anders geregelt werden; wird nicht durch Nichtannahme der Arbeitsleistung oder krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit hinausgezögert).

**Ununterbrochener Bestand:** meint den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses (Zeiten der Nichtleistung des AN sind unschädlich); folgen mehrere (wirksam) befristete Arbeitsverhältnisse aufeinander, werden diese zusammengerechnet; gleiches gilt, wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ein nur geringer Zeitraum und zudem ein innerer Zusammenhang besteht.

### *3. Präklusion, §§ 4, 7 KSchG, 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG*

Auf die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 1 KSchG kommt es nicht mehr an, wenn die Kündigung bereits gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gilt (sog. Präklusion). Sonstige Unwirksamkeitsgründe können ebenfalls grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden, da § 7 KSchG die unwiderlegbare Vermutung generell auf die Rechtswirksamkeit einer Kündigung erstreckt (gilt seit 1.1.2004). Ausnahme: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis (§ 623 BGB), weil die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG nur bei einer schriftlichen Kündigung zu laufen beginnt.

Präklusion tritt ein, wenn der AN nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung gemäß § 4 KSchG Kündigungsschutzklage erhebt. Es handelt sich um eine prozessuale Ausschlussfrist mit materieller Wirkung. Die Fristversäumung führt nicht bereits zur Unzulässigkeit der Kündigungsschutzklage, sondern erst zu deren Unbegründetheit.

Berechnung der Frist erfolgt nach den § 46 Abs. 2 ArbGG, §§ 495, 222 Abs. 1 ZPO, §§ 187 ff BGB.

Zur Fristwahrung genügt die Einreichung der Klageschrift bei Gericht, wenn die Zustellung der Klage demnächst erfolgt (§ 46 Abs. 2 ArbGG i. V. mit § 495 ZPO i. V. mit § 167 ZPO); Zustellung „demnächst“ liegt vor, wenn weder die Partei noch ihr Vertreter zu einer Verzögerung der Zustellung beigetragen haben. Hierauf kommt es aber nur an, wenn die Klage nicht innerhalb der Frist zugestellt worden ist.

Bei unverschuldeter Fristversäumung kann Wiedereinsetzung gemäß § 5 KSchG beantragt werden (bedeutsam bei Zugangshindernissen).

**Klausurhinweis:** Bei der Prüfung der Präklusion lautet der Obersatz: Die ordentliche Kündigung ist nach § 7 KSchG rechtswirksam, wenn der AN die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG versäumt hat. Wird im Sachverhalt kein Antrag auf Wiedereinsetzung (§§ 5, 6 KSchG) mitgeteilt, dann ist dieser auch nicht zu unterstellen, so dass eine Prüfung der §§ 5, 6 KSchG zu unterbleiben hat.

#### *4. Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 1 KSchG*

Ordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist sie, wenn sie nicht durch einen der in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Gründe bedingt ist.

**Beachte:** § 1 Abs. 1 KSchG spricht zwar nur von „Kündigung“, die Vorschrift erfasst aber ausschließlich die ordentliche Kündigung. Das ergibt sich aus § 13 KSchG, der ausdrücklich festlegt, welche Vorschriften des KSchG für die außerordentliche Kündigung anwendbar sind; § 1 KSchG gehört nicht dazu. Es ist deshalb grob falsch, wenn die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung am Maßstab des § 1 Abs. 2 KSchG gemessen wird.

##### *a) Zeitpunkt des Vorliegens des Kündigungsgrundes*

Der Kündigungsgrund muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung vorgelegen haben.

Stützt sich der AG auf einen bestimmten Kündigungsgrund und stellt sich später (regelmäßig im Kündigungsschutzprozess) heraus, dass dieser die Kündigung nicht trägt, stellt sich die Frage, ob der AG den anderen Kündigungsgrund nachschieben kann (sog. **Nachschieben von Kündigungsgründen**). Dazu gilt Folgendes:

- Sofern der weitere Kündigungsgrund bereits im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorlag, kann er grundsätzlich nachgeschoben werden.
- Musste vor der Kündigung der Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG angehört werden, kann der Kündigungsgrund nur nachgeschoben werden, wenn der Betriebsrat auch zu diesem Grund angehört wurde.

Problem: Kannte der AG den weiteren Kündigungsgrund im Zeitpunkt der Kündigungserklärung noch nicht, konnte er den Betriebsrat zwangsläufig nicht zu diesem Grund anhören. In diesem (und nur in diesem Fall) kann die Betriebsratsanhörung ausnahmsweise nachgeholt und der weitere Kündigungsgrund anschließend im Prozess nachgeschoben werden. Das gilt aber ausschließlich für Kündigungsgründe, die zur Zeit der Kündigungserklärung objektiv vorlagen. Bei später entstehenden Kündigungsgründen muss der AG eine erneute Kündigung erklären.

##### *b) Personenbedingte Kündigung*

###### *(1) Begriff*

Gründe liegen in Person des AN; kündigungsrechtlich relevante Störung liegt außerhalb der Disposition des AN, Verhalten vom AN nicht steuerbar.

**Beispiel:** Krankheit, Alkoholabhängigkeit im Sinne einer krankhaften Störung, mangelnde körperliche oder geistige Eignung, mangelnde Anpassungsfähigkeit, Nachlassen der Arbeitsfähigkeit.

Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung ist im Einzelfall schwierig, da auch das kündigungsrechtlich relevante Verhalten des AN letztlich ein in der Person des AN liegender Umstand ist.

**Merke:** Personenbedingte Kündigung - Der AN will, kann sich aber nicht anders verhalten.

#### (2) *Negative Zukunftsprognose*

Eine personenbedingte Kündigung ist nur sozial gerechtfertigt, wenn der in der Person des AN liegende Grund die Leistungsfähigkeit in der Zukunft beeinträchtigt. Auf die Leistungsdefizite in der Vergangenheit kommt es nicht an. Der AG hat deshalb vor Erklärung der Kündigung eine Zukunftsprognose anzustellen; nur wenn diese zu Lasten des AN negativ ausfällt, liegt ein personenbedingter Kündigungsgrund vor.

Bei der Zukunftsprognose kann den Umständen in der Vergangenheit aber Indizwirkung zukommen.

#### (3) *Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen*

Durch den Ausfall des AN müssen betriebliche Interessen beeinträchtigt werden, die der AG nicht anders als durch eine Kündigung des AN abwenden kann.

**Beispiel:** Störungen des Arbeitsablaufs, erhebliche wirtschaftliche Belastungen.

Im Falle **krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit** gilt:

- Inwieweit AG wirtschaftlich belastet wird, hängt u. a. von der Dauer der Erkrankung, der Betriebsgröße und davon ab, ob AG zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet ist (s. dazu Arbeitspapier 5).
- Häufige Kurzerkrankung: wirtschaftliche Belastung des AG ist anzunehmen, wenn mit weiteren außergewöhnlich hohen Entgeltfortzahlungskosten zu rechnen ist, die über den 6-Wochen-Zeitraum des § 3 EFZG hinausgehen und bereits in der Vergangenheit häufige Erkrankungen vorlagen.
- Langandauernde Krankheit: erhebliche Belastung, wenn der AG damit rechnen muss, dass der AN dauerhaft außer Stande sein wird, seine Arbeitsleistung zu erbringen.
- Minderleistung: krankheitsbedingte Minderleistung des AN ist erhebliche Beeinträchtigung, wenn die Minderleistung ein Drittel der Arbeitsleistung ausmacht.

#### (4) *Erforderlichkeit*

Kündigung muss letztes Mittel des AG sein, d. h., Kündigung ist unzulässig, wenn AG Kündigung durch Einsatz milderer Mittel verhindern kann. Beachte auch § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG.

**Beispiel:** Umsetzung des AN auf weniger belastenden Arbeitsplatz.

(5) *Interessenabwägung (Verhältnismäßigkeit i.e. Sinne)*

Konkrete Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich, d. h., alle für den AN sprechenden Umstände sind gegen die Interessen des AG abzuwägen (Bestandsinteresse vs. Beendigungsinteresse).

Kriterien: Dauer der Beschäftigung, Alter, Familienstand, Zumutbarkeit von Überbrückungsmaßnahmen, bei personenbedingter Kündigung wegen Krankheit sind der Grund der Erkrankung (Arbeitsunfall) sowie die Häufigkeit und Dauer aller Fehlzeiten zu berücksichtigen.

**Klausurhinweis:** Auf die Interessenabwägung im Einzelfall ist besonderer Wert zu legen. Das gilt nicht nur im Falle der personenbedingten Kündigung, sondern auch bei der verhaltensbedingten Kündigung.

c) *Verhaltensbedingte Kündigung*

(1) *Begriff*

Gründe liegen im Verhalten des AN; AN verhält sich willensgesteuert vertragswidrig; grundsätzlich Verschulden erforderlich.

Setzt regelmäßig eine Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten des Arbeitsvertrages voraus (Störungen im Leistungs- oder Vertrauensbereich); bei außervertraglichem Verhalten nur, wenn es konkrete Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat.

**Beispiel:** häufiges Zuspätkommen; Beleidigung des AG; Verstoß gegen Alkoholverbot.

**Merke:** Verhaltensbedingte Kündigung - Der AN kann, will sich aber nicht anders (vertragskonform) verhalten.

(2) *Negative Zukunftsprognose*

Auch die verhaltensbedingte Kündigung setzt eine negative Zukunftsprognose voraus; sie hat keinen Sanktionscharakter. Es muss im Zeitpunkt der Kündigung mit weiteren Vertragsverletzungen zu rechnen oder die eingetretene Vertragsstörung muss so schwerwiegend sein, dass eine vertrauensvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich erscheint.

(3) *Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Dem AG darf kein milderes Mittel (Änderungskündigung, Versetzung, Umsetzung usw.) zur Verfügung stehen.

Milderes Mittel ist auch die **Abmahnung**.

- Begriff: Deutliche und ernsthafte Missbilligung eines genau bezeichneten Fehlverhaltens, verbunden mit der Aufforderung, das missbilligte Verhalten zu unterlassen und dem Hinweis, dass ansonsten Fortbestand des Arbeitsvertrages gefährdet. Sie hat eine Hinweis- und Warnfunktion für den AN und darüber hinaus Beweisfunktion.
- Abmahnung verbraucht Kündigungstatbestand; sofern abgemahnt wird, kann wegen des abgemahnten Sachverhalts nicht mehr gekündigt werden.
- Abgemahntes Verhalten und das die Kündigung veranlassende Verhalten müssen ver-



gleichbar sein (ansonsten kann Abmahnung ihre Warnfunktion nicht entfalten).

- Hinweis- und Warnfunktion einer Abmahnung wirkt nicht dauerhaft, sondern entfällt nach längerer Zeit; aber keine festen Fristen.
- Abmahnung ist nach dem Rechtsgedanken in § 314 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V. mit § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich, wenn:
  - Das Vertrauensverhältnis zwischen AG und AN derart gestört ist, dass Wiederherstellung des Vertrauens unmöglich erscheint.
  - Der AN aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung nicht damit rechnen kann, dass sein Verhalten gebilligt wird bzw. wenn der AN von Anfang an nicht gewillt ist, sein Verhalten zu ändern.
  - Bereits wegen gleichartigem Sachverhalt in der Vergangenheit abgemahnt wurde.

#### (4) *Interessenabwägung*

Es sind insbesondere zu berücksichtigen: Grad des Verschuldens, Bedeutung der verletzten Vertragspflichten, Dauer der Betriebszugehörigkeit und der störungsfreien Vertragsbeziehung, Beeinträchtigung betrieblicher Belange.

#### d) *Betriebsbedingte Kündigung*

##### (1) *Dringende betriebliche Erfordernisse*

Grund der Kündigung sind dringende betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des AN im Betrieb entgegenstehen.

#### Können auf **außerbetrieblichen Gründen**

**Beispiel:** Abbau von Arbeitsplätzen aufgrund von Absatzschwierigkeiten, fehlenden Aufträgen oder wegen Rohstoffmangels.

oder **innerbetrieblichen Gründen** beruhen.

**Beispiel:** Umstrukturierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen, Stilllegung eines Betriebes bzw. Betriebsteils.

Außerbetriebliche Gründe sind meist Anlass, innerbetriebliche Maßnahmen durchzuführen.

Durch die betrieblichen Gründe muss ein Arbeitsplatzwegfall im Betrieb zu verzeichnen sein; es kommt aber nicht darauf an, dass gerade der Arbeitsplatz des gekündigten AN weggefallen ist.

Das Vorliegen betrieblicher Gründe und der damit im Zusammenhang stehende Arbeitsplatzwegfall sind gerichtlich voll nachprüfbar.

Nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegt dagegen die **unternehmerische Entscheidung**, die den Veränderungen im Betrieb im Regelfall vorausgeht (Umstrukturierungsentscheidung; Entscheidung über Arbeitsplatzabbau usw.). Arg.: Der Unternehmer trägt das Risiko der unternehmerischen Betätigung, deshalb soll er in seiner Entscheidung zur Unternehmensgestaltung frei sein. Die unternehmerische Entscheidung wird aus diesem Grund nicht auf ihre Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit überprüft, sondern nur darauf, ob

sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (Missbrauchskontrolle).

### *(2) Erforderlichkeit*

AG hat vor Ausspruch der Kündigung zu prüfen, ob er den betroffenen AN nicht im Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG) oder nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder nach einer Änderung der Arbeitsbedingungen (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG) weiterbeschäftigen kann. Ist das der Fall, ist die Kündigung unwirksam. Eine Interessenabwägung findet wegen der kollektiven Dimension des Kündigungssachverhalts nicht statt. Statt dessen: Soziale Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG).

### *(3) Sozialauswahl, § 1 Abs. 3 KSchG*

Soziale Auswahl soll bewirken, dass derjenige AN den Arbeitsplatz verliert, den die Kündigung unter sozialen Gesichtspunkten am wenigsten hart trifft.

### **Kreis der vergleichbaren AN**

Nicht alle AN, die im Unternehmen beschäftigt sind, sind in die Sozialauswahl einzubeziehen; sondern nur vergleichbare. AN müssen demselben Betrieb angehören (Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl), auf derselben hierarchischen Ebene im Betrieb stehen (horizontale Sozialauswahl) und kraft Direktionsrecht des AG und nach ihrer fachlichen Qualifikation mit der jeweils anderen Aufgabe beschäftigt werden können.

AN mit Sonderkündigungsschutz fallen grundsätzlich aus dem Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden AN heraus; sie sind erst einzubeziehen, wenn behördliche Zustimmung erteilt wird (im Einzelnen str.).

### **Berechtigte betriebliche Bedürfnisse**

Steht der Kreis der vergleichbaren AN fest, ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob nicht einzelne AN gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG von der Sozialauswahl auszunehmen sind.

### **Sozialauswahl**

Im letzten Schritt ist zwischen den verbleibenden AN eine Sozialauswahl durchzuführen mit dem Ziel, dass nur dem sozial stärksten AN gekündigt wird.

Es ist die Schutzbedürftigkeit der einzelnen AN anhand der abschließend aufgezählten Auswahlkriterien zu überprüfen, dazu zählen: Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und etwaige Schwerbehinderung des Arbeitnehmers. Die aufgezählten Kriterien versteht die Rspr. des BAG als abschließend.

**Beachte:** § 2 Abs. 2 ArbPlSchG sowie sonstige Diskriminierungsverbote.

## *II. Druckkündigung*

Druckkündigung = Kündigung, die von AG erklärt wird, weil Dritte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem bestimmten AN unter Androhung von Nachteilen für den AG verlangen.

Einordnung der Druckkündigung in das System des KSchG (personen-, verhaltens-, betriebsbedingte Kündigung) ist nur schwer möglich.

Zwei Fallgruppen sind zu unterscheiden:

- Ist das Kündigungsverlangen Dritter durch ein Verhalten des AN oder einen in seiner Person liegenden Grund veranlasst und liegt in dem Verhalten bzw. dem persönlichen Grund ein objektiver Kündigungsgrund i. S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, so handelt es sich nicht um eine Druckkündigung, sondern um eine verhaltens- bzw. personenbedingte Kündigung.
- Stellt das Verhalten bzw. der in der Person des AN liegende Grund, der den Dritten zur Druckausübung veranlasst, keinen objektiven Kündigungsgrund dar, kommt als äußerste „Notmaßnahme“ unter folgenden Voraussetzungen eine Druckkündigung in Betracht (a. A. generell unzulässig):
  - AG muss sich vor Erklärung der Kündigung schützend vor den AN stellen und alles ihm Zumutbare unternehmen, um Dritte von deren Drohung abzubringen (AG muss AN aber nicht anhören).
  - Wenn das nicht gelingt, muss er den Konflikt - soweit möglich - mit anderen Mitteln lösen (z. Bsp.: Versetzung des AN).
  - Ist auch das nicht möglich, ist die Druckkündigung zulässig, wenn dem AG durch die angedrohten Druckmittel schwere wirtschaftliche Schäden drohen; sie ist ausgeschlossen, wenn der AG in vorwerfbarer Weise die Drucksituation herbeigeführt hat.

**Klausurhinweis:** Bei der Prüfung einer Druckkündigung ist mit besonderer Sorgfalt vorzugehen. Es kommt weniger darauf an, ob die Kündigung als personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigung i. S. des KSchG eingeordnet wird. Sie müssen vielmehr zeigen, dass sie die besondere Problematik der Druckkündigung im Gesamtsystem des Kündigungsschutzes verstanden haben und mit der notwendigen Sensibilität einer Lösung zuführen können.

## II. Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

Ist das KSchG nicht anwendbar, benötigt der AG zur ordentlichen Kündigung des AN grundsätzlich keinen Kündigungsgrund. Art. 12 Abs. 1 GG gebietet aber Mindestschutz des AN vor Verlust des Arbeitsplatzes durch Disposition des AG.

Trifft AG vor Kündigungserklärung Auswahl zwischen mehreren AN, ist Kündigung gemäß § 242 BGB dahin zu überprüfen, ob AG nicht willkürlich entschieden hat und Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme gewahrt wurde. Überprüfung der Kündigung gemäß § 242 BGB darf aber nicht dazu führen, dass auch außerhalb des KSchG eine dem KSchG entsprechende Überprüfung der Kündigung erfolgt. Es ist wie folgt zu prüfen:

1. Stufe: Sozialdaten des gekündigten AN sind mit Sozialdaten der anderen vergleichbaren AN zu vergleichen. Sofern Sozialdatenvergleich einen evidenten Verstoß gegen Mindestmaß sozialer Rücksichtnahme ergibt, ist auf
2. Stufe zu prüfen, ob und welche betrieblichen, persönlichen oder sonstigen Gründe, den

AG bewogen haben, den sozial schutzbedürftigeren AN zu entlassen. Fehlt es an solchen Gründen, ist Kündigung treuwidrig. Liegen solche Gründe vor, ist auf der

3. Stufe eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen.

Wegen § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist auch die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 242 BGB innerhalb der Präklusionsfrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend zu machen; § 7 KSchG gilt für alle Gründe, aus denen eine Kündigung rechtsunwirksam sein kann (Ausnahme: Schriftform, s.o.).

## C. Kündigungsfristen

### I. Allgemeines

Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich, §§ 620 Abs. 2, 622 BGB.

Kündigungsfrist = Zeitraum zwischen Zugang der Kündigungserklärung und dem eigentlichen Beendigungstermin.

Die Berechnung erfolgt nach den §§ 187 ff. BGB, § 193 BGB ist nicht anwendbar (gilt sowohl wenn der letztmögliche Tag der Kündigungserklärung als auch der Tag des Fristendes auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt).

Die **Nichteinhaltung** der Kündigungsfristen **führt** aber in der Regel **nicht zur Unwirksamkeit** der Kündigung. An die Stelle der zu kurz bemessenen Kündigungsfrist tritt vielmehr die einschlägige Kündigungsfrist, so dass die Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt wirkt (= nach BAG Auslegung der Kündigungserklärung zum nächsten zulässigen Termin; BAG 15.12.2005 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 55); im Hinblick auf die Kündigungsfrist greift die Präklusionsfrist des § 4 Satz 1 KSchG in diesem Fall nicht ein (BAG 15.12.2005 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 55). Lässt sich hingegen nicht durch Auslegung ermitteln, dass eine fristwahrende Kündigung erklärt werden sollte (z.B. Erklärung ohne weiteren Zusatz zu einem bestimmten Termin), dann ist die ordentliche Kündigung nichtig (§ 134 BGB), was innerhalb der Präklusionsfrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend zu machen ist (BAG 1.9.2010 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 71). Nur in diesem Fall kommt eine Umdeutung (§ 140 BGB) in eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin in Betracht; andernfalls fehlt wegen § 7 KSchG die Grundlage für eine Umdeutung. Hat der AG die Kündigung mit einer längeren als der gesetzlichen Frist ausgesprochen, ist das unschädlich, denn der AG darf zugunsten des AN von § 622 BGB abweichen (s. § 622 Abs. 5 BGB).

### II. Gesetzliche Kündigungsfristen

**Grundkündigungsfrist:** § 622 Abs. 1 BGB = vier Wochen zum 15. oder zum Ende des Kalendermonats.

**Verlängerte Kündigungsfrist:** § 622 Abs. 2 BGB = abhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses. Achtung: Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden die Beschäfti-

gungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres des AN berücksichtigt! Die gegenläufige Vorschrift in § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. war nach der Rspr. des EuGH wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot von den Gerichten nicht mehr anzuwenden (ebenso BAG 1.9.2010 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 71).

**Beachte:** Ein Monat ist mehr als vier Wochen!

**Probezeit:** § 622 Abs. 3 BGB = zwei Wochen Kündigungsfrist (vgl. auch § 22 Abs. 1 BBiG)

**Beachte:** Es ist zwischen befristeten Arbeitsverhältnissen zur Probe und unbefristeten Arbeitsverhältnissen mit einer Probezeit zu unterscheiden. Nur letztere sind ordentlich kündbar, siehe bereits oben.

**Sonderregelungen:** § 169 SGB IX

### III. Individual- und kollektivvertragliche Kündigungsfristen

Kündigungsfristen des § 622 Abs. 1 bis 3 BGB sind nur begrenzt abdingbar. Abweichungen zugunsten der AN sind uneingeschränkt möglich; Abweichungen zu Lasten der AN nur, soweit in § 622 Abs. 4, 5 BGB zugelassen.

**Tarifvertrag:** § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB,

**Individualvereinbarung:** § 622 Abs. 5 BGB

Wird zu Lasten des AN eine längere Kündigungsfrist vereinbart, ist § 622 Abs. 6 BGB zu beachten.

#### **Prüfungsschema (ordentliche Kündigung)**

- A. Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen
- B. Zulässigkeit der (Kündigungsschutz-)klage
- C. Begründetheit
  - I. Wirksames Arbeitsverhältnis
  - II. Begriffliches Vorliegen einer ordentlichen Kündigung
  - III. Kündigungserklärung des AG
  - IV. Wirksamkeit der Kündigungserklärung
    1. Zugang, § 130 Abs. 1 BGB
    2. Form, § 623 BGB
    3. Keine unwiderlegbare Vermutung der Rechtswirksamkeit der ordentlichen Kündigung gem. § 7 KSchG
    4. Kein unzulässiger Inhalt
    5. Kein Ausschluss der ordentlichen Kündigung
    6. Vorliegen von Zustimmungserfordernissen
    7. Vorliegen von Anzeige nach § 17 KSchG bei Massenentlassungen
    8. Keine Nichtigkeit gemäß § 134 BGB i. V. mit §§ 612a BGB, 613a Abs. 4 BGB; Art. 3 Abs. 2, 3 GG; § 138 BGB; § 242 BGB
    9. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates (keine Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 Satz 3)

- a) Bestehen eines Betriebsrates
  - b) Ordnungsgemäße Anhörung vor Erklärung der Kündigung
  - c) Zustimmung oder Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates oder Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 BetrVG
10. Kündigungsschutz nach dem KSchG
- a) Betrieblicher Anwendungsbereich des KSchG eröffnet, § 23 Abs. 1 KSchG
  - b) Kündigung nicht gemäß § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam
- (1) Erfüllung der Wartefrist
  - (2) Personenbedingte Kündigung
    - personenbedingter Kündigungsgrund
    - negative Zukunftsprognose
    - Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
    - Erforderlichkeit
    - Interessenabwägung
  - (3) Verhaltensbedingte Kündigung
    - Verhaltensbedingter Kündigungsgrund
    - Negative Zukunftsprognose
    - Erforderlichkeit (v. a. Abmahnung)
    - Interessenabwägung
  - (4) Betriebsbedingte Kündigung
    - Betriebliches Erfordernis (dauerhafter Wegfall von Arbeitsplätzen aufgrund außer- oder innerbetrieblicher Umstände)
    - Erforderlichkeit
    - Sozialauswahl (Kreis der vergleichbaren AN, keine berechtigten betrieblichen Bedürfnisse i. S. von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG, soziale Auswahl)
11. Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, § 242 BGB
- V. Kündigungsfrist

### **Kontrollfragen:**

1. Muss der AG bei Erklärung der Kündigung eine besondere Form einhalten?
2. Wie wird die personenbedingte von der verhaltensbedingten Kündigung abgegrenzt?
3. Betrifft die personenbedingte Kündigung vergangene oder künftige Vorgänge?
4. Muss der AG bei der personenbedingten Kündigung zuvor eine Abmahnung ausgesprochen haben?
5. Gibt es eine kürzere Kündigungsfrist als die von vier Wochen zum 15. oder zum Monatsende?

6. Sind bei der Berechnung der Kündigungsfrist alle Beschäftigungszeiten des AN zu beachten?
7. Bedarf die ordentliche Kündigung eines Kündigungsgrundes?
8. Wann ist eine Abmahnung erforderlich?
9. Muss bei einer betriebsbedingten Kündigung immer eine Sozialauswahl durchgeführt werden?
10. Nach welchen Kriterien erfolgt die Sozialauswahl?
11. Kann ein AN mit ungünstigeren Sozialdaten im Betrieb verbleiben?

**Fall 13:** Werner Müller (W) ist 56 Jahre alt und verheiratet. Er arbeitet seit 30 Jahren als einer von drei Schweißern in der Autowerkstatt S-GmbH. Die S-GmbH beschäftigt 200 Mitarbeiter. Neben W ist auch sein Sohn T (ledig, 27 Jahre alt) sowie S (verheiratet, 50 Jahre alt) als Schweißer beschäftigt.

Wegen eines Auftragsrückgangs muss die S-GmbH Personal abbauen. Da u. a. immer weniger Schweissarbeiten anfallen, ist auf Dauer nur noch Arbeit für zwei statt für bisher drei Schweisser vorhanden. Deshalb soll u. a. T entlassen werden. W bietet an, dass er durch Aufhebungsvertrag ausscheiden würde, wenn sein Sohn nicht entlassen wird. Die S-GmbH stimmt dem Vorschlag des W zu.

Am 1.6.2019 wird der Betriebsratsvorsitzende V über die beabsichtigten Kündigungen ordnungsgemäß informiert. Insbesondere wird mitgeteilt, dass wegen der mit W getroffenen Vereinbarung nunmehr S statt T gekündigt werden solle. V lädt darauf hin den Betriebsrat zu einer Sitzung am 5.6.2019 ein. Das Betriebsratsmitglied König (K) konnte V jedoch nicht erreichen, weshalb er einen Kollegen aus K's Abteilung bat, die Einladung zu übermitteln. Zur Sitzung am 5.6.2019 erschien K nicht. Deshalb wurde der Nachrücker N zu dieser zugezogen.

Der Betriebsrat stimmte den Kündigungen zu. Das Ergebnis wurde dem Personalleiter P offiziell am Ende der Sitzung mitgeteilt. Am darauf folgenden Tag (6.6.2019) verschickte P die Kündigungen.

Dementsprechend wurde S, der bereits 20 Jahre bei der S-GmbH beschäftigt ist, mit Schreiben vom 6.6.2019, das am 8.6.2019 zuzuging, zum 31.12.2019 ordentlich gekündigt.

S sucht am 11.6.2019 Rechtsanwalt Freudig (F) auf und will von ihm wissen, ob und wie er erfolgreich gegen die Kündigung vorgehen kann. S weist F darauf hin, dass T weniger schutzbedürftig sei als er.

Ist die ordentliche Kündigung des S rechtswirksam?