

# Die Kündigung im Arbeitsrecht

Von Rechtsanwalt **Paul Kintrup**, Hamburg\*

*Lebensnah, praxisrelevant und prüfungsgerecht: Mit diesen Schlagworten ist das Arbeitsrecht, insbesondere das Kündigungsrecht treffend beschrieben. Und doch genießt das Fach in der Ausbildung häufig keinen hohen Stellenwert. Dieser Beitrag dient dazu, einen Überblick über die wichtigsten Spielarten und Elemente der Kündigung von Arbeitsverhältnissen zu vermitteln.*

## I. Einleitung

Das Arbeitsrecht wird von vielen Studierenden lange Zeit hauptsächlich als Schwerpunktstudium im Rahmen des universitären Teils der ersten juristischen Prüfung wahrgenommen. Vielen, die keinen arbeitsrechtlichen Schwerpunkt wählen, fällt erst in der Examensvorbereitung auf, dass arbeitsrechtliche Kenntnisse – je nach Bundesland in unterschiedlicher Ausprägung – von allen Prüfungsämtern in Deutschland erwartet werden. Als klassisches „Nebengebiet“ reicht meist ein guter struktureller Überblick über das Individualarbeitsrecht und seine Systematik aus, um Fragen in der mündlichen Prüfung sicher begegnen zu können und auch in der Examensklausur positiv hervorstechen. Dies gilt neben der Begründung von Arbeitsverhältnissen, den Grundsätzen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und dem Schadensersatzrecht insbesondere für die Kündigung. Dieser Beitrag ist, auch mit Blick auf die große praktische Relevanz, dazu gedacht, einen systematischen Überblick über das Kündigungsrecht zu geben, sodass für diesen Teilaspekt des Arbeitsrechts erste Kenntnisse geschaffen werden. Die nachfolgende Aufstellung wird sich mit den in der Praxis und der Ausbildung häufigsten Fällen der Kündigung durch den Arbeitgeber<sup>1</sup> befassen. Auf die Besprechung der Eigenkündigung des Arbeitnehmers, bei der der Arbeitgeber ohnehin keinen ausgeprägten Kündigungsschutz genießt, verzichtet dieser Beitrag hingegen.

## II. Allgemeine Voraussetzungen jeder Kündigung

Bevor die einzelnen Kündigungsarten und -gründe besprochen werden (siehe dazu III.), sollen im Folgenden als „allgemeiner Teil“ einige Punkte dargestellt werden, die bei jeder Kündigung zu berücksichtigen sind. Bleiben sie unbeachtet, ist die Kündigung ungeachtet der materiell-rechtlichen Gründe unwirksam.

### 1. Schriftformerfordernis

Gem. § 623 BGB ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses (und auch ein Auflösungsvertrag) nur formwirksam, wenn sie schriftlich erfolgt. Das Schriftformerfordernis des § 623 BGB hat, wie auch andere besondere Formvorschriften (z.B. § 766 BGB für die Bürgschaftserklärung) Beweis- und Warnfunktio-

on.<sup>2</sup> Ziel ist einerseits, Unklarheiten über die Wirksamkeit einer Kündigung zu vermeiden. Andererseits soll sichergestellt werden, dass derjenige, der die Kündigung erklärt, sich durch die Schriftform ausreichend Zeit für die Entscheidung und die damit verbundenen Rechtsfolgen nimmt und seinen Kündigungsschluss ggf. noch einmal überdenkt.<sup>3</sup> So soll größtmögliche Rechtssicherheit für die Parteien des Arbeitsverhältnisses geschaffen werden.<sup>4</sup> Die weiteren Voraussetzungen der Schriftform ergeben sich aus § 126 Abs. 1 BGB: Die Erklärung muss in einer einheitlichen Urkunde enthalten und eigenhändig unterschrieben sein. Die Unterschrift dient dazu, den Aussteller der Urkunde erkennbar zu machen (Identitätsfunktion).<sup>5</sup> Sie muss den vollen Namen des Ausstellers wiedergeben, sodass seine Identität ausreichend kenntlich gemacht ist, braucht aber nicht lesbar zu sein.<sup>6</sup>

Gelegentlich muss die Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer zusätzlich auch begründet werden, z.B. bei einer Kündigung trotz Schwangerschaft § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG oder bei der außerordentlichen Kündigung von Auszubildenden, § 22 Abs. 3 BBiG. Einen Sonderfall bildet schließlich § 626 Abs. 2 S. 3 BGB, nach dem die Gründe für eine außerordentliche Kündigung auf Verlangen des Arbeitnehmers nachträglich schriftlich mitzuteilen sind.

### 2. Wirksame Vertretung des Arbeitgebers

Weiter ist bei Kündigungserklärungen zu beachten, dass in der Praxis regelmäßig nicht der Arbeitgeber selbst kündigt, sondern hierbei vertreten wird. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Arbeitgeber gesellschaftsrechtlich organisiert ist (z.B. als GmbH oder AG) und die Kündigung vom Geschäftsführer oder dem Abteilungsleiter ausgesprochen wird. Weil es sich bei der Kündigung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, gilt hier § 174 S. 1 BGB: Der Arbeitnehmer kann grundsätzlich die Kündigung zurückweisen, wenn der Kündigung keine Vollmacht des Vertreters beigelegt ist. Da dies den Rechtsverkehr unnötig verkomplizieren würde, sieht § 174 S. 2 BGB vor, dass Zurückweisung ausgeschlossen ist, wenn der Empfänger zuvor von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt worden ist. Im Arbeitsrecht ist diese Kenntnis der Bevollmächtigung zur Kündigung bereits dann anzunehmen, wenn der Vertreter für den Arbeitgeber eine Funktion ausübt, die typischerweise auch zur Kündigung von Arbeitnehmern berechtigt.<sup>7</sup> Ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass der Geschäftsführer oder der Abteilungs-

<sup>2</sup> BAGE 120, 251 = NJW 2007, 1831 (1832).

<sup>3</sup> Müller-Glöge, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, BGB § 623 Rn. 1.

<sup>4</sup> BAGE 120, 251 = NJW 2007, 1831 (1832).

<sup>5</sup> Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 126 Rn. 6.

<sup>6</sup> BAGE 125, 325 = NJW 2008, 2521 (2521).

<sup>7</sup> Grundlegend BAGE 24, 273 = NJW 1972, 1877 (1877).

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Hamburg.

<sup>1</sup> Zu Gunsten der Lesbarkeit wird in diesem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und diverse Personen sind hierin eingeschlossen.

leiter berechtigt ist, für den Arbeitgeber Kündigungen auszusprechen, ist damit regelmäßig überflüssig.

### 3. Betriebsratsanhörung

Die dritte zentrale allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung ist die Anhörung des Betriebsrates, sofern ein solcher existiert. Gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Die Vorschrift ist dazu gedacht, es dem Betriebsrat als Vertretungsorgan der Belegschaft zu ermöglichen, die Entscheidung des Arbeitgebers zu beeinflussen.<sup>8</sup> Entgegen der missverständlichen amtlichen Überschrift handelt es sich allerdings nicht um ein echtes Mitbestimmungsrecht, sondern „nur“ um ein Anhörungsrecht.<sup>9</sup> Der Arbeitgeber kann also die Kündigung nach einer ordnungsgemäßen Unterrichtung unabhängig davon aussprechen, ob bzw. welche Stellung der Betriebsrat in der Sache bezogen hat. Wichtig ist ferner, dass die Anhörung getreu dem Wortlaut der Vorschrift vor jeder Kündigung erfolgen muss – d.h. zeitlich vor jedem Ausspruch und bei jeder Form der Kündigung.<sup>10</sup> Letzteres wirkt sich in der Praxis insbesondere dann aus, wenn einem Arbeitnehmer außerordentlich und hilfsweise ordentlich gekündigt wird – es handelt sich hierbei um zwei verschiedene Kündigungen, bei der die ordentliche Kündigung unter der Bedingung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung steht. Der Betriebsrat ist dann zu beiden Varianten zu hören.

Inhaltlich fordert § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG die Mitteilung der Gründe für die Kündigung an den Betriebsrat. Er soll in die Lage versetzt werden, sich selbstständig ein Bild zur Person des Arbeitnehmers und des Sachverhalts zu machen, der den Anlass zur Kündigung gibt.<sup>11</sup> Um das zu erreichen, fordert das Bundesarbeitsgericht grundsätzlich, dass dem Betriebsrat neben den Personalien des betroffenen Arbeitnehmers die Kündigungsart, der zugrundeliegende Sachverhalt sowie die Kündigungsfrist mitzuteilen sind.<sup>12</sup> Hiervon kann im Einzelfall auch abgewichen werden, wenn der Betriebsrat bereits vor der Anhörung Kenntnis einzelner Umstände hat.<sup>13</sup> Maßgeblich bleibt aber, dass der Betriebsrat so beteiligt werden muss, dass ihm eine informierte Stellungnahme zur avisierten Kündigung möglich ist.

<sup>8</sup> BAGE 74, 185 = NZA 1994, 311 (312).

<sup>9</sup> Koch, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kommentar zum Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, BetrVG § 102 Rn. 1. Bei echten Mitbestimmungsrechten, wie z.B. § 87 BetrVG, sind Maßnahmen ohne Zustimmung des Betriebsrats grundsätzlich nicht zulässig. Ein lehrreicher Überblick über das Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung findet sich bei Holler/Schuhmann, ZJS 2017, 509 ff. und 606 ff.

<sup>10</sup> Kania, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, BetrVG § 102 Rn. 1.

<sup>11</sup> BAGE 74, 185 = NZA 1994, 311 (313).

<sup>12</sup> BAGE 74, 185 = NZA 1994, 311 (313); Einzelheiten bei Kania (Fn. 10), BetrVG § 102 Rn. 5 ff.

<sup>13</sup> Z.B. wenn der Betriebsrat den Kündigungssachverhalt bereits kennt, vgl. BAGE 49, 136 = NZA 1986, 426 (427).

Für seine Stellungnahme gegenüber dem Arbeitgeber hat der Betriebsrat bei einer ordentlichen Kündigung eine Woche, bei einer außerordentlichen Kündigung drei Tage Zeit, § 102 Abs. 2 S. 1, S. 3 BetrVG. Bei diesen Fristen handelt es sich um Ereignisfristen, sodass der Tag, an dem der Betriebsrat informiert wird, bei der Fristberechnung nicht zu berücksichtigen ist, § 187 Abs. 1 BGB.<sup>14</sup> Der Betriebsrat hat nunmehr drei Reaktionsmöglichkeiten: (1) er äußert sein Einverständnis, (2) er meldet Bedenken an bzw. widerspricht der Kündigung, § 102 Abs. 2, Abs. 3 BetrVG oder (3) er reagiert nicht auf die Anhörung. Ob der Betriebsrat sich zu der geplanten Kündigung äußert, liegt allein bei ihm. Unterlässt er eine Stellungnahme, gilt allerdings seine Zustimmung gem. § 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG als erteilt. Praktische Konsequenzen hat dabei nur ein Widerspruch des Betriebsrates. Zwar führt dieser, wie oben beschrieben, nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, allerdings kann der betroffene Arbeitnehmer nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG einen sog. Weiterbeschäftigungsanspruch geltend machen, wenn er gerichtlich gegen die Kündigung vorgeht. Er ist dann für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. In der Praxis läuft dies regelmäßig darauf hinaus, dass der Arbeitnehmer bei fortlaufenden Bezügen freigestellt wird.

### III. Die unterschiedlichen Kündigungsformen

Im Kündigungsrecht existieren mehrere Kündigungsformen. Wie auch bei anderen Dauerschuldverhältnissen wird systematisch in ordentliche (1.) und außerordentliche Kündigung (2.) unterteilt. Schließlich gibt es im Arbeitsrecht noch einige gesetzlich geregelte bzw. richterlich anerkannte Sonderformen (3.).

#### 1. Ordentliche Kündigung

Um dem sozialen Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers aufgrund der Abhängigkeit vom Arbeitgeber gerecht zu werden, hat der Gesetzgeber mit dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) eigene Regelungen und Beendigungstatbestände für Arbeitsverhältnisse normiert. Anders als im sonst einschlägigen Dienstvertragsrecht (§§ 620 f. BGB) wird damit verhindert, dass Arbeitnehmern, die in den Schutzbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen, ohne besonderen Anlass gekündigt werden kann. Entsprechend ist vor den Kündigungsgründen die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf das jeweilige Arbeitsverhältnis zu prüfen. Nachfolgend werden die Arten der jeweiligen ordentlichen Kündigung und bestehende Kündigungsfristen näher erläutert.

#### a) Vorprüfung: Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

§ 1 Abs. 1 KSchG legt zunächst den persönlichen Anwendungsbereich fest. Eine Prüfung der sozialen Rechtfertigung

<sup>14</sup> Kania (Fn. 10), BetrVG § 102 Rn. 11. Für die weitere Fristberechnung gelten §§ 188, 193 BGB. Die Frist läuft bei der ordentlichen Kündigung also regelmäßig am selben Kalendertag eine Woche nach der Mitteilung um 24 Uhr ab.

der Kündigung und damit der Voraussetzungen der jeweiligen Kündigungsgründe findet erst statt, wenn der betroffene Arbeitnehmer länger als sechs Monate ununterbrochen bei demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt gewesen ist. Innerhalb dieses Zeitraums kommt es zu keiner Überprüfung der Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz, sondern es ist allein die Einhaltung der Kündigungsfrist maßgeblich.<sup>15</sup>

Daneben ist zu beachten, dass das Kündigungsschutzgesetz nicht vorbehaltlos für jeden Betrieb bzw. jedes Unternehmen gilt. Um kleineren Arbeitgebern mehr Flexibilität in den Planungen und Reaktionsmöglichkeiten bei unvorhersehbaren Veränderungen an die Hand zu geben, findet sich in § 23 Abs. 1 KSchG die sog. „Kleinbetriebsklausel“. Sie bestimmt abhängig vom Beginn des Arbeitsverhältnisses unterschiedliche Schwellenwerte an Arbeitnehmern, ab denen ein Betrieb unter das Kündigungsschutzgesetz fällt. Weil der Begriff „Betrieb“ im Kündigungsschutzgesetz nicht definiert ist, gilt hier nach der Rechtsprechung der allgemeine arbeitsrechtliche Betriebsbegriff: Hierbei handelt es sich um eine organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe der Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern unter Einsatz von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt, der nicht nur in der Befriedigung von Eigenbedarf liegt.<sup>16</sup> Organisatorische Trennungen zeigen sich in der Praxis deutlich durch unterschiedliche Filialen desselben Unternehmens.

Ist ein Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 geschlossen worden, fällt ein Betrieb bei mehr als zehn regelmäßig Beschäftigten unter das Regime des Kündigungsschutzgesetzes, bei älteren Arbeitsverhältnissen liegt der Schwellenwert bei fünf Arbeitnehmern, § 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 KSchG. Unterhalb dieser Werte werden Kündigungen nicht auf ihre soziale Rechtfertigung überprüft. Bei der Bestimmung der Betriebsgröße werden die Arbeitnehmer nicht nach Köpfen gezählt, sondern anteilig nach ihrem Beschäftigungsumfang: Vollzeitbeschäftigte zählen zu 1,0; Teilzeitbeschäftigte bis 20 Stunden pro Woche zählen gem. § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG zu 0,5, bis 30 Stunden zu 0,75. Auszubildende zählen bei der Berechnung der Schwellenwerte nicht, § 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 KSchG. Ein Sonderfall ergibt sich schließlich, wenn im Betrieb Leiharbeiter beschäftigt sind. Beruht dies auf einer Regelmäßigkeit, wird dadurch also normalerweise vorhandener Personalbedarf gedeckt, zählen entlehene Arbeitnehmer wie Stammarbeitnehmer in die Berechnung des Schwellenwertes hinein.<sup>17</sup>

#### b) Personenbedingte Kündigung

Die personenbedingte Kündigung knüpft – wie der Name bereits sagt – an Umstände an, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Hierbei handelt es sich um Dinge, wie per-

sönliche Fähigkeiten, Eigenschaften sowie Einstellungen, die zwar aus der Sphäre des Arbeitnehmers stammen, ihm jedoch nicht im Sinne eines vertragswidrigen Verhaltens vorwerfbar sind.<sup>18</sup> Sie können einen ausreichenden Grund zur Kündigung bilden, wenn der Arbeitnehmer deswegen gar nicht oder fast nicht mehr in der Lage ist, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen.<sup>19</sup> Weil es nicht auf das Verschulden des Arbeitnehmers ankommt, sind weitere Voraussetzungen an eine Kündigung geknüpft. So ist erforderlich, dass der Leistungsausfall erhebliche Auswirkungen hat. Konkret geht es um die betrieblichen und wirtschaftlichen Belange des Arbeitgebers, insbesondere Störungen im Betriebsablauf oder erhebliche Lohnkosten, denen etwa aufgrund Krankheit keine Arbeitsleistung gegenübersteht.<sup>20</sup>

Bei der Prüfung der fehlenden vertragsgemäßen Leistung und der daraus folgenden Auswirkungen darf indes nicht unmittelbar auf Vorfälle in der Vergangenheit abgestellt werden. Vielmehr ist eine sog. Negativprognose anzustellen: Es kommt maßgeblich darauf an, ob auch die zukünftige Störung des Arbeitsverhältnisses zu erwarten ist, wenn das Arbeitsverhältnis unverändert fortbesteht.<sup>21</sup> Bei der personenbedingten Kündigung wird also nicht Vergangenes sanktioniert, sondern präventiv gehandelt. Dennoch kann sich aus der Vergangenheit auch eine Indizwirkung für die künftige Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben. Das ist bei häufigen oder längeren Erkrankungen des Arbeitnehmers, die den Hauptanwendungsfall der personenbedingten Kündigung ausmachen, auch die Regel.<sup>22</sup>

In einem dritten Schritt ist sodann zu untersuchen, ob es für den Arbeitnehmer nicht eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen freien Arbeitsplatz im Betrieb gibt. Dieses Erfordernis folgt aus dem im Kündigungsrecht leitenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>23</sup> Aufgrund der existenziellen Bedeutung eines Arbeitsplatzes und dem damit verbundenen Einkommen sollen Kündigungen möglichst vermieden werden und nur als letzter Schritt – ultima ratio – erfolgen, wenn Störungen nicht anders abgeholfen werden kann. Eine andere Beschäftigungsmöglichkeit ist immer dann gegeben, wenn ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründe sich nicht oder kaum störend auswirken.<sup>24</sup> Ein Arbeitsplatz ist frei, wenn er zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt ist oder mit Ablauf der Kündigungsfrist des betroffenen Arbeitnehmers frei wird.<sup>25</sup> Naheliegend ist ebenfalls, dass der Gesetzgeber mit „anderen Arbeitsplätzen“ nicht jeden denk-

<sup>18</sup> Oetker, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, KSchG § 1 Rn. 99.

<sup>19</sup> BAGE 139, 144 = NJW 2012, 1099 (1199).

<sup>20</sup> Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 99.

<sup>21</sup> Am Beispiel der Krankheit anschaulich BAG NZA 1991, 185 (186) = BB 1990, 2265.

<sup>22</sup> Vgl. Einzelfälle krankheitsbedingter Störungen bei Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 152 ff.

<sup>23</sup> BAG NZA 2019, 309 (312).

<sup>24</sup> BAG NZA 2019, 309 (312).

<sup>25</sup> BAG NJW 2014, 244 (245) = NZA 2013, 1345 (1346).

<sup>15</sup> Zur Bestimmung der Kündigungsfrist siehe unten, III. 1. e).

<sup>16</sup> St. Rspr., vgl. nur BAGE 167, 170 = NZA 2019, 1427 (1428).

<sup>17</sup> BAGE 144, 222 = NZA 2013, 726 (728).

baren Arbeitsplatz beim Arbeitgeber meint, sondern Tätigkeiten im Blick hat, welche als gleich- oder geringerwertig anzusehen sind.<sup>26</sup> Durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz soll kein Anspruch auf eine Beförderung entstehen.

Ferner erweist sich eine personenbedingte Kündigung nur als sozial gerechtfertigt, wenn in einer abschließenden Interessenabwägung das Auflösungsinteresse des Arbeitgebers das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses überwiegt. Zu diesem Zweck werden hinsichtlich des Arbeitnehmers insbesondere Sozialdaten wie Alter, Betriebszugehörigkeit oder Unterhaltspflichten, aber auch der störungsfreien Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Ursache für die Umstände, die den personenbedingten Kündigungsgrund bilden, eingestellt; auf Arbeitgeberseite ist vor allem das Ausmaß der betrieblichen Beeinträchtigungen maßgebend.<sup>27</sup> Die Abwägung erfolgt immer im Einzelfall, sodass pauschale Aussagen, wann eine personenbedingte Kündigung rechtmäßig ist, nicht getroffen werden können. Das Arbeitsrecht kennt keine absoluten Kündigungsgründe.

### c) Verhaltensbedingte Kündigung

Die verhaltensbedingte Kündigung folgt ebenfalls einer Störung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung, die hier im Verhalten des Arbeitnehmers liegt. Entsprechend kann nur ein Verhalten kündigungsrelevant sein, welches einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat, während das Privatleben für eine Kündigung grundsätzlich bedeutungslos bleibt, solange es sich nicht auch auf das Arbeitsverhältnis auswirkt.<sup>28</sup> Wie im allgemeinen Schuldrecht gilt auch hier das Verschuldensprinzip. Das Verhalten kann also nur dann einen geeigneten Kündigungsgrund bilden, wenn der Arbeitnehmer schuldhaft handelte und ihm vorgeworfen werden kann, er hätte sich auch anders – nämlich vertragskonform – verhalten können.<sup>29</sup>

Die somit erforderliche Verletzung einer vertraglichen Haupt- bzw. Nebenpflicht wird – wie auch bei der personenbedingten Kündigung – nicht direkt durch Kündigung sanktioniert, sondern bildet nur den Anknüpfungspunkt für eine auch hier anzustellende Prognose. Erst wenn diese negativ ausfällt, also zukünftige Vertragsverletzungen zu erwarten sind oder das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unrettbar beschädigt ist, kann eine Kündigung gerechtfertigt sein. Ein erstmaliges Fehlverhalten, welches nicht als schwerwiegend zu werten ist, führt regelmäßig noch zu keiner Negativprognose, weil völlig offen ist, wie der Arbeitnehmer sich zukünftig verhält. Aus diesem Grund ist bei leichteren Pflichtverletzungen der Arbeitnehmer vorher abzumahnern. Dies gebietet nicht zuletzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>30</sup>

Mit einer Abmahnung beanstandet der Arbeitgeber formal ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers. Sie enthält den konkret vorgeworfenen Sachverhalt und die Androhung

der Kündigung im Wiederholungsfall. Im Umkehrschluss kann der Arbeitnehmer wegen des abgemahnten Sachverhaltes nicht gekündigt werden. Kommt es allerdings zu einer erneuten Pflichtverletzung im selben Bereich wie die abgemahnte, wird mittels der Abmahnung die Negativprognose durch weitere Tatsachen untermauert und damit objektiviert.<sup>31</sup> Es gibt indes auch Fälle, bei denen eine Abmahnung entbehrlich ist, beispielsweise wenn bereits das erstmalige Fehlverhalten des Arbeitnehmers unter keinen Umständen vom Arbeitgeber hinzunehmen ist oder im Vorhinein klar ist, dass der betroffene Arbeitnehmer sein Verhalten nicht ändern wird.<sup>32</sup> Praktische Anwendungsfälle sind insbesondere Straftaten gegen den Arbeitgeber. Hier ist eine zukünftige vertrauensvolle Zusammenarbeit kaum mehr möglich.

Schließlich entscheidet auch bei der verhaltensbedingten Kündigung eine Interessensabwägung endgültig über die soziale Rechtfertigung. Sie ist gegeben, wenn ein verständig urteilender Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst wäre.<sup>33</sup> Hierzu wird neben den Sozialdaten des Arbeitnehmers, insbesondere das Verhalten auf seine Schwere und den Folgen für den Betriebsablauf, untersucht.

### d) Betriebsbedingte Kündigung

Die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ist in der öffentlichen Wahrnehmung sehr präsent, weil betriebsbedingte Kündigungen Teil einer Reaktion des Arbeitgebers auf wirtschaftliche Veränderungen sind, die häufig nicht nur einzelne Arbeitnehmer eines Betriebs betreffen, sondern gleich eine Vielzahl an Arbeitsplätzen wegfallen soll. Diese Umstrukturierungen liegen grundsätzlich allein in der Hand des Arbeitgebers. Es ist seine grundrechtlich geschützte freie unternehmerische Entscheidung, seinen Betrieb nach seinen Vorstellungen zu strukturieren.<sup>34</sup> Will der Arbeitgeber im Zuge dessen Kündigungen aussprechen, unterliegt er jedoch zeitlichen Beschränkungen. Betriebsbedingte Kündigungen können nur gerechtfertigt sein, wenn der Wegfall der Arbeitsplätze durch die Umstrukturierung spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist eintritt. Kommt es erst danach zum Wegfall, fehlt es nach der Rechtsprechung an Dringlichkeit.<sup>35</sup> Das Tatbestandsmerkmal „dringend“ ist damit bereits Teil des auch hier einschlägigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>36</sup> Wie auch sonst gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weiter, dass im Betrieb bzw. Unternehmen keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten für betroffene Arbeitnehmer

<sup>26</sup> Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 106.

<sup>27</sup> Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 109.

<sup>28</sup> BAG NZA 2018, 1406 (1409) = DB 2018, 2440.

<sup>29</sup> Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 188.

<sup>30</sup> Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe oben, III. 1. b).

<sup>31</sup> BAGE 134, 350 = NJW 2011, 167 (170) = NZA 2010, 1227 (1230) = Boemke, JuS 2011, 175.

<sup>32</sup> BAG NJW 2017, 3018 (3020) = NZA 2017, 1121 (1123).

<sup>33</sup> Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 201.

<sup>34</sup> Die Entscheidung ist daher nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar, nämlich auf offensichtliche Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür, nicht dagegen auf ihre sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit, hin, BAGE 166, 363 = NJW 2019, 3538 (3541).

<sup>35</sup> BAGE 166, 363 = NJW 2019, 3538 (3541).

<sup>36</sup> Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 235.

bestehen, § 2 Abs. 2 S. 2 KSchG.

Anders als bei den sonstigen ordentlichen Kündigungsformen wird die gedankliche Prüfung der Kündigung nicht am betroffenen Arbeitnehmer aufgehängt, sondern an betrieblichen Erfordernissen. Erst danach wird in einem zweiten Schritt entschieden, wer aus der Belegschaft betroffen sein wird, denn die Gründe für die Kündigung haben in diesem Fall nichts mit dem jeweiligen Arbeitnehmer zu tun. Der Gesetzgeber sieht deswegen eine Sozialauswahl vor, § 1 Abs. 3 KSchG. Sie dient dazu, schutzbedürftigeren Arbeitnehmern den Erhalt ihres Arbeitsplatzes zu sichern und nur die auszuwählen, die auf das Arbeitsverhältnis am wenigsten angewiesen sind.<sup>37</sup> Der Arbeitgeber kann also nicht frei selektieren, wen er im Zuge der Umstrukturierungsmaßnahmen „los wird“, sondern er hat einem festen Schema zu folgen, anhand dessen er die betroffenen Arbeitnehmer ermittelt. Im Einzelnen ergibt sich hier folgender Ablauf:

Zunächst wird eine Gruppe aller Arbeitnehmer des Betriebs erstellt, deren Arbeitsplätze von der Umstrukturierung berührt sind. Maßgeblich ist dabei die Vergleichbarkeit der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten; wer ähnliche Aufgaben hat, den sieht die Rechtsprechung insoweit als austauschbar an.<sup>38</sup> Fallen also – vereinfacht dargestellt – in einem Betrieb drei Arbeitsplätze in der Verwaltung und fünf in der Logistik weg, dann sind alle Arbeitnehmer in der Verwaltungsabteilung in Bezug auf die drei entfallenden Stellen dort eine Vergleichsgruppe, während alle Mitarbeiter der Logistik die andere Vergleichsgruppe bilden. Um den zukünftigen Betriebsablauf nicht zu gefährden, gesteht der Gesetzgeber durch § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG dem Arbeitgeber außerdem zu, essenzielle Arbeitnehmer mit besonderen Kenntnissen, Fähigkeiten oder Leistungen aus der Vergleichsgruppe auszunehmen. Durch die Wortwahl „berechtigten betrieblichen Interesse“ in § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG wird zusätzlich zum Ausdruck gebracht, dass auch hier eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zwischen den betroffenen Arbeitnehmern und dem Interesse des Arbeitgebers, bestimmte Personen aus der Gruppe herauszunehmen, stattfindet.<sup>39</sup>

Im letzten Schritt werden sodann von der gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG bereinigten Gruppe die Arbeitnehmer mit dem geringsten Schutzbedürfnis durch den Vergleich ihrer Sozialdaten ermittelt. Ihnen gegenüber ist die Kündigung auszusprechen. Die entscheidenden Kriterien sind in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG abschließend aufgezählt: Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung, wobei im Grundsatz alle Daten gleichrangig sind.<sup>40</sup> Weil aber der Arbeitgeber nach dem Wortlaut der Vorschrift diese Faktoren „nur“ ausreichend berücksichtigen muss, um eine ordnungsgemäße Sozialauswahl zu treffen, ist ihm ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt – er muss eine vertretbare Entscheidung

treffen.<sup>41</sup> In der Praxis wird zur Umsetzung häufig eine Tabelle mit den Daten aller Arbeitnehmer der Vergleichsgruppe erstellt und anschließend gewichtet.

#### e) Fristen

Die Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung bemisst sich gem. § 622 BGB nach dem Dienstalter des betroffenen Arbeitnehmers. Nach Abs. 1 beträgt die Frist im Grundsatz vier Wochen. Bei längerer Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit verlängert sich diese Frist nach Abs. 2 auf bis zu sieben Monate. Weiter regelt Abs. 3 die Modalitäten für die Vereinbarung einer Probezeit, die maximal sechs Monate betragen kann. Hier kann mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Die soeben beschriebenen Fristen sind grundsätzlich zwingend. Allein in Ausnahmefällen, d.h. bei einer vorübergehenden Einstellung als Aushilfe für bis zu drei Monate oder bei Kleinunternehmen bis 20 Mitarbeiter, kann Abweichendes vereinbart werden, § 622 Abs. 5 BGB. Schließlich gibt es weitere Abweichungsmöglichkeiten für Tarifverträge.

Für die Berechnung der Kündigungsfristen gelten die allgemeinen Regeln, §§ 187 ff. BGB.<sup>42</sup> Der Tag der Kündigung wird also gem. § 187 Abs. 1 BGB als Ereignistag (Zugang der Kündigungserklärung) nicht mitgerechnet, für das Ende gilt dann § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Zu beachten ist hier unbedingt, dass, sofern das Fristende auf einen Sonntag oder Feiertag fällt, § 193 BGB nicht anzuwenden ist, denn es geht um das Ende des Arbeitsverhältnisses und nicht um die Abgabe einer Willenserklärung.

#### 2. Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung findet sich nicht im Kündigungsschutzgesetz, sondern in § 622 BGB. Sie legt – wie auch allgemein § 314 BGB – das Recht zur Kündigung eines Dienstverhältnisses<sup>43</sup> fest, wenn die Fortsetzung bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar ist, § 622 Abs. 1 BGB. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Frage der Rechtmäßigkeit der außerordentlichen Kündigung ist – wie sonst auch – der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung.<sup>44</sup>

Gegenstand der Prüfung ist zunächst die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist. Nach § 626 Abs. 2 S. 1, S. 2 BGB kann ein Arbeitgeber nur innerhalb von zwei Wochen kündigen, nachdem er von den maßgeblichen Tatsachen erfahren hat, die ihn hierzu berechtigen. Die Frist ist eingehalten, wenn die Kündigungserklärung dem Arbeitnehmer innerhalb dieses Zeitraums zugeht. Der Arbeitgeber hat also höchstens zwei Wochen Zeit, um zu entscheiden, ob der ihm

<sup>37</sup> BAGE 159, 82 = NZA 2017, 902 (903); BAGE NZA 2019, 1345 (1347) = ZIP 2020, 44.

<sup>38</sup> Vgl. nur BAG NZA 2005, 867 (868).

<sup>39</sup> Oetker (Fn. 18), KSchG § 1 Rn. 342a.

<sup>40</sup> St. Rspr., vgl. BAG 150, 330 = NJW 2015, 1838 (1838).

<sup>41</sup> BAG 150, 330 = NJW 2015, 1838 (1839).

<sup>42</sup> Müller-Glöge (Fn. 3), BGB § 622 Rn. 11.

<sup>43</sup> Das Arbeitsverhältnis ist insoweit ein Unterfall eines Dienstverhältnisses, vgl. auch die systematische Stellung von §§ 611 und 611a BGB.

<sup>44</sup> Niemann, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 54.

bekannt gewordene Sachverhalt die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer unzumutbar werden lässt. So wird für den Arbeitnehmer Rechtssicherheit geschaffen.<sup>45</sup> „Kenntnis“ im Sinne der Vorschrift meint eine positive Sachverhaltskenntnis, die so umfassend ist, dass sie eine Entscheidung über die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglicht.<sup>46</sup> Bestehen nur Anhaltspunkte für einen kündigungsrelevanten Sachverhalt, muss der Arbeitgeber zügig Ermittlungen anstellen, um den Sachverhalt gänzlich aufzudecken; erst dann beginnt die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen.<sup>47</sup> Hierzu gehört im Grundsatz auch die Anhörung des Arbeitnehmers.<sup>48</sup>

Die nun folgende Prüfung des wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB lehnt sich letztlich stark an die Systematik der ordentlichen Kündigung an. Er liegt vor, wenn ein Sachverhalt ohne besondere Umstände geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden.<sup>49</sup> Praktisch können hier also sowohl personen- als auch verhaltens- sowie betriebsbedingte Gründe Anlass zur Kündigung geben.<sup>50</sup> Freilich kommen außerordentliche verhaltensbedingte Kündigungen am häufigsten vor, weswegen es bei der Entscheidung, ob ein wichtiger Grund an sich vorliegt, meist auf eine erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten ankommen wird.<sup>51</sup>

Sodann werden die besonderen Umstände des Einzelfalls mit in die Prüfung eingestellt und die Frage beantwortet, ob dem Arbeitgeber die Fortführung des Vertrages bis zum Ablauf einer ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar ist. Auch hier gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, d.h. alle milderen Mittel – namentlich die Abmahnung – müssen für den Arbeitgeber ebenfalls unzumutbar sein.<sup>52</sup> Das ist besonders bei Bagatellfällen, wie dem vor rund einem Jahrzehnt mit großer Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit verfolgte Fall „Emmely“<sup>53</sup>, zu beachten.

Im Rahmen der Einzelfallprüfung kommt es zu einer umfassenden Interessenabwägung zwischen dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers und dem Loslösungsinteresse des Arbeitgebers. In die Abwägung sind unterschiedlichste Ge-

sichtspunkte einzustellen. Hierzu zählen auf der Arbeitgeberseite vor allem seine betrieblichen Interessen, der entstandene Schaden und der Umfang des Vertrauensverlustes, während auf der Arbeitnehmerseite vor allem die Sozialdaten und die Folgen der Kündigung erheblich sind.<sup>54</sup>

### 3. Weitere Kündigungsformen

Neben den besprochenen Kündigungsformen gibt es noch drei weitere Fallgruppen, die an dieser Stelle nur überblicksartig angerissen werden können. Bei einer Änderungskündigung gem. § 2 KSchG wird dem Arbeitnehmer gekündigt und ihm gleichzeitig ein neues Arbeitsverhältnis angeboten. Im Rahmen der Wirksamkeit der Kündigung kommt es dann wiederum auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung nach § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG an.<sup>55</sup>

Die sog. Verdachtskündigung wird ausgesprochen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer verdächtigt, einen schwerwiegenden Verstoß gegen seine vertraglichen Pflichten begangen zu haben und das Vertrauen in eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit bereits aus diesem Grund unwiederbringlich beschädigt ist. Sie ist von der verhaltensbedingten (Tat-)Kündigung abzugrenzen, bei der der Arbeitgeber den Pflichtenverstoß nachweisen kann.<sup>56</sup>

Schließlich kündigt der Arbeitgeber bei der Druckkündigung auf Grund der Einwirkungen anderer Arbeitnehmer oder Kunden. Drohen dem Arbeitgeber unverhältnismäßige Nachteile, etwa weil er ansonsten Teile seiner übrigen Belegschaft oder Vertragsbeziehungen in signifikantem Volumen verlieren würde, kann eine solche Kündigung gerechtfertigt sein.<sup>57</sup>

## IV. Besonderer Kündigungsschutz

Für einige Personengruppen hat der Gesetzgeber aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit einen besonderen Kündigungsschutz eingeführt. Dadurch soll sichergestellt werden, dass Betroffene nicht ausschließlich wegen Umständen gekündigt werden, auf die sie entweder keinen Einfluss haben oder zwar vom Arbeitnehmer willentlich herbeigeführt werden, es sich jedoch um ein sozial bzw. gesellschaftlich anerkanntes und gewünschtes Verhalten handelt. Besteht ein solcher Sonderkündigungsschutz, bedeutet dies indes nicht automatisch, dass Kündigungen gar nicht mehr möglich sind. Vielmehr hat der Gesetzgeber für verschiedene Gruppen unterschiedlich stark ausgeprägte Mechanismen eingeführt, bei deren Befolgung Kündigungen trotzdem wirksam ausgesprochen werden können. Im Folgenden werden die wichtigsten Formen des besonderen Kündigungsschutzes näher beleuchtet. Wie der Begriff „besonderer Kündigungsschutz“ bereits zum Ausdruck bringt, greift er nur, soweit einem Arbeitnehmer gekündigt wird. Bei sonstigen Beendigungs- oder Nichtigkeitstatbestän-

<sup>45</sup> Niemann (Fn. 44), BGB § 626 Rn. 200.

<sup>46</sup> BAG NJW 2015, 1628 (1630) = NZA 2015, 621 (623); BAG NJW 2014, 3389 (3390) = NZA 2014, 1015 (1016).

<sup>47</sup> Eingängig BAG NJW 2014, 3389 (3390) = NZA 2014, 1015 (1016).

<sup>48</sup> Die Anhörung muss dann aber in einer kurzen Frist von regelmäßig höchstens einer Woche erfolgen, vgl. BAGE 137, 54 = NJW 2011, 2231 (2232) = NZA 2011, 798 (799).

<sup>49</sup> BAGE 134, 350 = NJW 2011, 167 (167) = NZA 2010, 1227 (1229) = Boemke, JuS 2011, 175.

<sup>50</sup> Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 9), BGB § 626 Rn. 61 f.; der jeweilige Prüfungsmaßstab entspricht dabei dem der ordentlichen Kündigung, siehe oben, III. 1.

<sup>51</sup> Siehe hierzu oben, III. 1. c).

<sup>52</sup> BAG NJW 2011 2905 (2906) = NZA 2011, 1027 (1028 f.).

<sup>53</sup> BAGE 134, 350 = NJW 2011, 167 (170) = NZA 2010, 1227 (1230) = Boemke, JuS 2011, 175. Im Fall hatte eine KassiererIn Pfandbons im Gesamtwert von 1,30 €, die ihr nicht gehörten, für sich selbst eingelöst.

<sup>54</sup> Zu den einzelnen Abwägungskriterien ausführlich Niemann (Fn. 44), BGB § 626 Rn. 24 ff. insbesondere Rn. 37 ff.

<sup>55</sup> Zur Änderungskündigung Berkowsky, NZA-RR 2003, 449 (449 ff.).

<sup>56</sup> Stöhr, JuS 2010, 1052 (1052 ff.).

<sup>57</sup> Stöhr, JuS 2010, 1052 (1055 f.).

den (Aufhebungsvertrag, Anfechtung etc.) findet der besondere Kündigungsschutz dagegen keine Anwendung.

### 1. Arbeitnehmervertretungen, § 15 KSchG

Bei der ersten Personengruppe mit besonderem Kündigungsschutz handelt es sich um Mitglieder von Arbeitnehmervertretungen, also des Betriebsrates, des Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrates sowie Jugend- und Auszubildendenvertretungen.<sup>58</sup> Sie sollen möglichst unabhängig von ihrem Arbeitgeber als Vertreter der Belegschaft agieren können. Um diese Grundvoraussetzung einer effektiven Betriebsratsarbeit zu erreichen, soll es ihnen ermöglicht werden, gegenüber dem Arbeitgeber auch unbequeme Positionen zu vertreten, ohne deswegen persönliche Konsequenzen fürchten zu müssen. Geschützt wird damit in erster Linie die Funktion des Betriebsratsmitglieds und nicht die Arbeitnehmerstellung.<sup>59</sup> Aus diesem Grund sind sie ordentlich nicht kündbar, § 15 Abs. 1 Hs. 1 KSchG. Dabei beschränkt sich der ordentliche Kündigungsschutz nicht allein auf die Dauer der Amtszeit des jeweiligen Mitglieds. Vielmehr erweitert § 15 Abs. 3 S. 1 KSchG ihn um den Zeitraum des Wahlverfahrens vor der Amtszeit, während nach Ende der Amtszeit ein nachwirkender Schutz für die Dauer von einem Jahr besteht, § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG. Dieser Zeitraum dient dem Ausgleich von möglicherweise während der Amtszeit des Mitglieds aufgetretenen Spannungen zwischen ihm und dem Arbeitgeber.<sup>60</sup> Um dem Arbeitgeber nicht jeglichen Spielraum in seinem grundrechtlich geschützten Kernbereich unternehmerischer Entscheidungen zu nehmen, sind ordentliche Kündigungen von Mitgliedern von Arbeitnehmervertretungen ausnahmsweise bei Betriebsstilllegungen zulässig, § 15 Abs. 4 KSchG.

Anders verhält es sich hingegen mit der außerordentlichen Kündigung. Nachdem bereits im allgemeinen arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB nicht vertraglich oder tariflich abbedungen werden kann,<sup>61</sup> muss dies auch für Mitglieder von Arbeitnehmervertretungen gelten. Entsprechend nimmt § 15 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 KSchG die Kündigung aus wichtigem Grund aus dem Kündigungsverbot aus. Für den wichtigen Grund gelten sodann die allgemeinen Grundsätze des § 626 Abs. 1 BGB.<sup>62</sup> Allerdings muss hier, anders als bei Kündigungen von Arbeitnehmern, die keine Funktion in einer Arbeitnehmervertretung innehaben, der Betriebsrat nicht nur angehört werden,<sup>63</sup> sondern gem. § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG a.E. i.V.m. § 103 Abs. 1 BetrVG zustimmen. Es handelt sich hier also

um ein echtes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, ohne dessen Einverständnis der Arbeitgeber nur noch die Ersetzung des Einverständnisses durch das Arbeitsgericht anstreben kann, wenn er trotzdem die Kündigung aussprechen will.<sup>64</sup>

### 2. Schwerbehinderte, §§ 168 ff. SGB IX

Seit dem 1.1.2018 ist der Kündigungsschutz für schwerbehinderte Personen in den §§ 168 ff. SGB IX geregelt. Er soll dem besonderen Schutzbedürfnis schwerbehinderter Arbeitnehmer Rechnung tragen und außerdem präventiv unterbinden, dass Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eher kündigen anstatt ihren besonderen Pflichten gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern (z.B. § 164 SGB IX) nachzukommen.<sup>65</sup> Schwerbehindert ist gem. § 2 Abs. 2 SGB IX, wer einen Grad der Behinderung von mindestens 50 hat oder nach § 2 Abs. 3 SGB IX diesen Personen gleichgestellt ist. Die Feststellung des Grades der Behinderung erfolgt nach den Regelungen des § 152 SGB IX. Sie muss für den besonderen Kündigungsschutz nachgewiesen werden, § 173 Abs. 3 Hs. 1 SGB IX. Wie auch im allgemeinen Kündigungsschutz besteht eine sechsmonatige Wartezeit ab Beginn des Arbeitsverhältnisses, innerhalb der kein Schutz besteht, § 173 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX. Ferner ist zu beachten, dass – ggf. zusätzlich zum Betriebsrat – die Schwerbehindertenvertretung vor einer geplanten Kündigung anzuhören ist, § 178 Abs. 2 SGB IX.

Systematisch wird in den §§ 168 ff. SGB IX zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Kündigung unterschieden. Im Rahmen der ordentlichen Kündigung hat der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen, § 170 SGB IX. Das Integrationsamt ist daraufhin gehalten, binnen eines Monats zu entscheiden, § 171 Abs. 1 SGB IX. Es trifft seine Entscheidung im Grundsatz nach pflichtgemäßem Ermessen im Wege der Interessensabwägung zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses.<sup>66</sup> Weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber haben damit im Grundsatz einen Anspruch auf Zustimmung bzw. Ablehnung. Allerdings gibt der Gesetzgeber dem Integrationsamt in § 172 SGB IX einige ermessensleitende Vorschriften an die Hand, nach denen die Behörde in bestimmten Sachverhalten der beabsichtigten Kündigung zustimmen muss (Einstellung/Auflösung von Betrieben, Abs. 1), oder soll (Sicherung eines Arbeitsplatzes, Abs. 2; oder Insolvenz, Abs. 3). Hat das Integrationsamt die Zustimmung erteilt, hat der Arbeitgeber nach der Zustellung der Entscheidung einen Monat Zeit, die Kündigung auszusprechen, § 171 Abs. 3 SGB IX. Verpasst er diese Frist, tritt der besondere Kündigungsschutz wieder in Kraft.<sup>67</sup>

Will der Arbeitgeber dagegen außerordentlich kündigen, werden die Regelungen für die ordentliche Kündigungen durch

<sup>58</sup> Kiel, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, KSchG § 15 Rn. 6. Die Bordvertretung und der Seebetriebsrat sowie die weiteren in § 15 KSchG geschützten Personenkreise bleiben nachfolgend mangels Relevanz für die juristische Ausbildung außer Betracht.

<sup>59</sup> Kiel (Fn. 58), KSchG § 15 Rn. 1.

<sup>60</sup> Kiel (Fn. 58), KSchG § 15 Rn. 31.

<sup>61</sup> BAG NZA 1992, 452 (454) = DB 1992, 896.

<sup>62</sup> Zur außerordentlichen Kündigung siehe oben, III. 2.

<sup>63</sup> Zur Betriebsratsanhörung siehe oben, II. 3.

<sup>64</sup> Dazu Kania (Fn. 10), BetrVG § 103 Rn. 13 ff.

<sup>65</sup> Rolfs, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, SGB IX § 168 Rn. 1.

<sup>66</sup> BVerwGE 99, 262 = NZA-RR 1996, 290 (290); BVerwGE 99, 336 = NZA-RR 1996, 288 (289).

<sup>67</sup> Rolfs (Fn. 65), SGB IX § 171 Rn. 3.

§ 174 SGB IX modifiziert. Zwar bleibt im Grundsatz der Mechanismus derselbe, allerdings kann der Arbeitgeber ähnlich der Frist in § 626 Abs. 2 BGB nur innerhalb von zwei Wochen die Zustimmung zur Kündigung beantragen, nachdem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt, § 174 Abs. 2 SGB IX. Ist der Antrag rechtzeitig gestellt, hat das Integrationsamt höchstens zwei Wochen Zeit zur Entscheidung, § 174 Abs. 3 S. 1 SGB IX. Anders als im BGB ist damit indes nicht gemeint, dass die Entscheidung den Beteiligten binnen zwei Wochen zugegangen sein muss. Vielmehr ist im Wortsinn der Norm damit allein der Zeitraum festgelegt, innerhalb der die Behörde die Entscheidung getroffen und auf den Weg zum Arbeitgeber gebracht haben muss.<sup>68</sup> Entsprechend sind Arbeitgeber gut beraten, nach Ablauf der zwei Wochen beim Integrationsamt nachzufragen.<sup>69</sup> Um bei außerordentlichen Kündigungen Klarheit zu schaffen, gilt die Zustimmung der Behörde als erteilt, wenn sie es versäumt, innerhalb von zwei Wochen zu entscheiden, § 174 Abs. 3 S. 2 SGB IX. Es handelt sich um eine gesetzliche Fiktion, die die Zustimmung ersetzt.<sup>70</sup> Der Arbeitgeber kann, wenn er die Zustimmung erhalten hat bzw. diese fingiert wird, innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB die Kündigung aussprechen. Ist diese durch die Involvierung des Integrationsamtes bereits abgelaufen, muss er sie unverzüglich erklären, § 174 Abs. 5 SGB IX.

### 3. Schwangerschaft, § 17 MuSchG

Die zentrale Vorschrift zum besonderen Kündigungsschutz in und unmittelbar nach der Schwangerschaft findet sich in § 17 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1–3 MuSchG. Danach ist im Grundsatz jede Kündigung durch den Arbeitgeber während der Schwangerschaft sowie nach der Entbindung für mindestens vier Monate unzulässig.<sup>71</sup> Das betrifft dabei nicht nur die Kündigung selbst, sondern auch diesbezügliche Vorbereitungshandlungen, wie beispielsweise die Anhörung des Betriebsrates, § 17 Abs. 1 S. 3 MuSchG.<sup>72</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Ausspruch der Kündigung. Da der Arbeitgeber in diesem Moment häufig gar nicht weiß, ob die Arbeitnehmerin schwanger ist, regelt § 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG a.E., dass eine Mitteilung der Schwangerschaft binnen zwei Wochen nach Ausspruch der Kündigung zur Unwirksamkeit dieser führt. Soweit auch die Arbeitnehmerin nichts von ihrer Schwangerschaft weiß, ist die Überschreitung dieser Frist grundsätzlich unschädlich, wenn sie die Mitteilung unverzüglich nachholt, § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG. Etwas anderes gilt nur, wenn sie die Unkenntnis im Sinne eines „Verschuldens gegen sich selbst“ zu vertreten hat,

also ausreichend Anhaltspunkte gegeben sind, sodass Anlass für eine Untersuchung zur Klärung der Frage der Schwangerschaft besteht.<sup>73</sup>

In besonderen Fällen kann das grundsätzliche Kündigungsverbot nach § 17 Abs. 1 MuSchG jedoch für Arbeitgeber unzumutbar werden. Deshalb kann ein Arbeitgeber bei der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde einen Antrag stellen, die beabsichtigte Kündigung ausnahmsweise für zulässig zu erklären. Eine solche Zulassung ist jedoch nur denkbar, wenn die Kündigung nicht mit der Schwangerschaft, einer Fehlgeburt oder der Entbindung in Zusammenhang steht, § 17 Abs. 2 S. 1 MuSchG, sondern andere Gründe hat. Damit können als besondere Fälle einerseits betriebsbedingte Gründe, bei der die Arbeitnehmerin nicht weiter beschäftigt werden kann, etwa weil der Betrieb stillgelegt wird, andererseits auch verhaltensbedingte Kündigungen unter die Ausnahme fallen.<sup>74</sup> Ob ein solcher besonderer Fall vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Personenbedingte Gründe, die nicht in der Schwangerschaft liegen, sind jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht als besondere Fälle einzustufen.<sup>75</sup>

### 4. Elternzeit, § 18 BEEG

Auch im Rahmen der Elternzeit<sup>76</sup> gibt es mit § 18 BEEG einen besonderen Kündigungsschutz. Er ist ähnlich strukturiert wie § 17 MuSchG und sieht Fristen vor und während der Elternzeit vor. Nach § 18 Abs. 1 S. 1, S. 2 BEEG darf Arbeitnehmern, die Elternzeit in Anspruch nehmen wollen, acht bzw. 14 Wochen vor Beginn einer Elternzeit (je nach Alter des Kindes) und während der Dauer der Elternzeit (S. 3) nicht gekündigt werden. Auch hier kann in besonderen Fällen die Kündigung ausnahmsweise für zulässig erklärt werden, § 18 Abs. 1 S. 4 BEEG. Wie auch in § 17 Abs. 2 MuSchG geht es in erster Linie um betriebsbedingte und schwerwiegende verhaltensbedingte Gründe, die dazu führen, dass das arbeitgeberseitige Interesse am Ende des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand überwiegt.<sup>77</sup>

### 5. Weitere geschützte Personenkreise

Der Vollständigkeit halber sollen an dieser Stelle in Kürze weitere Personenkreise aufgeführt werden, die einen besonderen Kündigungsschutz genießen. Wenngleich in der Praxis immer wieder relevant, tauchen sie in der Ausbildung eher vereinzelt auf, sodass Studierende, die um diese Formen des Kündigungsschutzes wissen, bereits hervorstechen. Die begleitenden Vorschriften sind überwiegend leicht handhabbar.

<sup>68</sup> BAGE 75, 358 = NZA 1994, 1030 (1033).

<sup>69</sup> Rolfs (Fn. 65), SGB IX § 174 Rn. 5.

<sup>70</sup> Zum insoweit gleichen § 93 Abs. 3 S. 2 SGB IX a.F. vgl. BAGE 153, 102 = NZA 2016, 482 (485).

<sup>71</sup> Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, MuSchG § 17 Rn. 6. Gleiches gilt, wenn die Arbeitnehmerin eine Fehlgeburt nach der zwölften Woche ihrer Schwangerschaft erleidet.

<sup>72</sup> Eingehend Bayreuther, NZA 2017, 1145.

<sup>73</sup> Zu insoweit gleichen § 9 MuSchG a.F.: BAGE 43, 331 = NJW 1984, 1418 (1418); BAGE 101, 138 = NJW 2003, 308 (309).

<sup>74</sup> Schlachter (Fn. 71), MuSchG § 17 Rn. 13 f.

<sup>75</sup> EuGH, Slg. I 1998, S. 4185 = NZA 1998, 871.

<sup>76</sup> Zur Elternzeit allgemein, insbesondere zur Inanspruchnahme Karb, öAT 2019, 111.

<sup>77</sup> VGH München NJW 2020, 1316 (Ls.) = NZA-RR 2020, 74 (75); Einzelfälle bei Gallner, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, BEEG § 18 Rn. 11 ff.



Zum einen geht es um Arbeitnehmer, die zur Pflege ihrer Angehörigen von ihrer Arbeit ganz oder teilweise freigestellt werden. Grundsätzlich dürfen sie von bis zu zwölf Wochen vor Beginn der Pflegezeit bis zu ihrem Ende nicht ordentlich gekündigt werden, § 5 Abs. 1 PflegeZG.<sup>78</sup> Eine weitere Gruppe bilden Auszubildende. Nach Ablauf der Probezeit kann ein Auszubildender nicht mehr ordentlich gekündigt werden, § 22 Abs. 2 BBiG.

#### **V. Fazit**

Zusammenfassend hat das Kündigungsrecht zwar viele unterschiedliche Ausprägungen, diese folgen jedoch einer einheitlichen Grundstruktur, die materiell-rechtlich maßgeblich vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geleitet sind. Bei besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmergruppen kommt es in Rücksichtnahme der Schutzbedürftigkeit zu einer Modifikation in der Gewichtung der Interessen bei der Vornahme des Interessenausgleichs. Hinzu treten verschiedene allgemeine Umstände, deren Fehlen bei jeder Kündigung dieselben Auswirkungen haben, deswegen stets zu beachten sind und sicher beherrscht werden müssen.

---

<sup>78</sup> In besonderen Fällen sind Ausnahmen möglich, § 5 Abs. 2 PflegeZG.