

§ 13 Besonderer und allgemeiner Kündigungsschutz

Weiterführende Literatur: Becker/Etzel/Friedrich/Gröninger/Hillebrecht/Rost/Weigand/Weller/M.Wolf/I. Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu den sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften; Beckerle/Schuster Die Abmahnung; Hueck/v.Hoyningen-Huene, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz; Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Band, §§ 127 - 156; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, §§ 61, 129 - 145.

1. Besonderer Kündigungsschutz

Der besondere Kündigungsschutz greift zugunsten aller Arbeitnehmer, die einen entsprechenden Anspruch geltend machen können, meist unabhängig von der Größe des Betriebes oder der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit. In den meisten Fällen schließt der besondere Kündigungsschutz die ordentliche Kündbarkeit aus, in manchen Fällen schränkt er sogar das Recht zur außerordentlichen Kündigung ein. Im Einzelnen können folgende Fallgruppen des besonderen Kündigungsschutzes unterschieden werden:

1.1 Arbeitnehmervertreter

§ 15 Abs. 1 KSchG erklärt die **ordentliche Kündigung** eines Betriebsratsmitglieds (eines Mitglieds einer Jugend- oder Ausbildungsvertretung, einer Bordvertretung, eines Seebetriebsrates oder eines angestellten Personalrates gem. § 47 BPersVG) während seiner Amtszeit sowie in den darauf folgenden 12 Monaten (bei Seebetriebsratsmitgliedern 6 Monaten) für unzulässig.

Im Wesentlichen kann dieser Sonderstatus wie folgt begründet werden: Zum einen vertreten Betriebsräte und ihnen gleichgestellte Personen die Arbeitnehmerschaft, müssen mithin im Interesse der Mitarbeiter gegenüber dem Arbeitgeber Positionen beziehen, die den Arbeitgeber verärgern können. Mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung hätte ein Arbeitgeber zum anderen ein Druckmittel, unbotmäßige Arbeitnehmervertreter unter Druck zu setzen. Der Schutz nach Ende der Amtszeit soll den Arbeitnehmer vor der Rache eines nachtragenden Arbeitgebers schützen und ehemaligen hauptberuflichen Arbeitnehmervertretern die Möglichkeit geben, sich wieder in ihr früheres Arbeitsgebiet einzuarbeiten.

Mitglieder eines Wahlvorstandes sind vom Zeitpunkt ihrer Bestellung, Wahlbewerber vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlages an jeweils bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses ebenfalls nicht ordentlich kündbar, § 15 Abs. 3 KSchG.

Der Schutz vor ordentlichen Kündigungen gilt nach h. M. für diesen Personenkreis auch bei Massenentlassungen und Änderungskündigungen. Eine Ausnahme von dem besonderen Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter enthält lediglich § 15 Abs. 4, 5 KSchG im Falle von Betriebsstilllegungen.

Eine **außerordentliche Kündigung** bleibt gemäß § 15 Abs. 2 KSchG möglich. Sie bedarf jedoch nach § 103 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrates. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, kann das Arbeitsgericht sie auf

Antrag des Arbeitgebers ersetzen, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist (§ 103 Abs. 2 BetrVG).

1.2 Mutterschutz und Elternzeit

Der Kündigungsschutz für Schwangere und Arbeitnehmer während der Elternzeit wird durch das Mutterschutzgesetz und das Bundeserziehungsgeldgesetz geregelt.

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zurzeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder ihm innerhalb zweier Wochen nach der Kündigung mitgeteilt wird. Selbst eine außerordentliche Kündigung bei grobem Verstoß der Schwangeren gegen ihre Arbeitnehmerpflichten ist verboten. Jedoch kann die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle in besonderen Fällen ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären (§ 9 Abs. 3 MuSchG).

Wie bereits besprochen (vgl. Meub, Arbeitsrecht, § 10 Zif. 5), kann Elternzeit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres eines Kindes sowohl von Frauen als auch von Männern genommen werden, § 15 BErzGG. Dementsprechend gilt auch das besondere Kündigungsverbot des § 18 Abs. 1 BErzGG gleichermaßen zugunsten von Frauen oder Männern: danach darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch acht Wochen vor Beginn der Elternzeit und während der Elternzeit vom Arbeitgeber generell nicht gekündigt werden. Während der Elternzeit kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis jedoch zum Ende der Elternzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen, § 19 BErzGG.

1.3 Schwerbehinderte

Die ordentliche wie außerordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten, der mindestens sechs Monate ohne Unterbrechung im Unternehmen beschäftigt war (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX), bedarf der vorherigen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (§ 85 SGB IX). Eine ohne die vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 134 BGB unheilbar nichtig (BAG NZA 1992, 503 - zum früheren § 21 SchwbG).

Der besondere Kündigungsschutz steht dem Schwerbehinderten nur dann zu, wenn er bei Zugang der Kündigung als Schwerbehinderter anerkannt ist oder zumindest einen Antrag auf Anerkennung oder einen Gleichstellungsantrag gestellt hat (so auch BAG NZA 1992, 23; eine Gegenmeinung will bereits das

objektive Vorliegen einer Schwerbehinderung im Zeitpunkt der Kündigung ausreichen lassen).

1.4 Weitere Fallgruppen des besonderen Kündigungsschutzes

Für bestimmte besonders exponierte oder schützenswerte Personengruppen enthalten verschiedene Gesetze weitere Kündigungsschutzvorschriften:

- § 613a Abs. 4 S. 1 BGB bestimmt, dass eine Kündigung eines Arbeitnehmers durch den alten oder neuen Arbeitgeber wegen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs unwirksam ist. Ist also das Motiv der Kündigung der Betriebsübergang bzw. der Inhaberwechsel, dann ist die Kündigung unwirksam, weil nichtig nach § 134 BGB.
- Nach Art. 48 Abs. 2 GG ist eine Kündigung oder Entlassung eines Bundestagsabgeordneten wegen seiner **Abgeordnetentätigkeit** nicht zulässig. Ähnliches gilt für Abgeordnete zum Europäischen Parlament, zu den Landes-, Kreis- und den Gemeindeparlamenten.

Die Regelungen auf Länder-, Kreis- und kommunaler Ebene sind dabei recht unterschiedlich. Sie ergeben sich aus den jeweiligen Landesverfassungen bzw. Gemeindeordnungen. Der besondere Kündigungsschutz für Kreis- und Gemeindevertreter reicht dabei von einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung wegen der Abgeordnetentätigkeit (so z.B. § 35 Abs. 2 Sächs.GemeindeO) bis hin zu einem generellen Ausschluss der ordentlichen Kündigung bis ein Jahr nach Mandatsbeendigung (so z.B. § 35a Abs. 2 Hess.GemeindeO; näher hierzu auch Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 145 II).

- Ein **Berufsausbildungsverhältnis** kann arbeitgeberseitig nach Ablauf der Probezeit nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden, § 22 Abs. 2 BBiG.
- Der **Vertrauensmann der Schwerbehinderten** genießt nach § 96 Abs. 3 SGB IX den gleichen Kündigungsschutz wie ein Betriebsratsmitglied.
- **Immissionsschutz- und Störfallbeauftragte** sind während ihrer Amtszeit und ein Jahr danach ebenfalls nur außerordentlich kündbar, § 58 Abs. 2, 58d BImSchG.
- Gleiches gilt für **Datenschutzbeauftragte**, § 4f Abs. 3 BDSG.

Auch enthalten eine zunehmende Anzahl von **Tarifverträgen** einen Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung zugunsten älterer Arbeitnehmer nach einer bestimmten Betriebszugehörigkeit.

Bsp: § 53 Abs. 3 BAT: nach 15 Jähriger Beschäftigungszeit und Vollendung des 40. Lebensjahres.

2. Allgemeiner Kündigungsschutz

Im Gegensatz zum besonderen Kündigungsschutz ist der allgemeine Kündigungsschutz nicht an besondere Eigenschaften oder Befindlichkeiten eines Arbeitnehmers gebunden. Sofern bestimmte Eingangsvoraussetzungen vorliegen, gewährt der allgemeine Kündigungsschutz jedem Arbeitnehmer Schutz vor ungerechtfertigten Kündigungen.

2.1 Allgemeiner, relativer Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG

Fall: „Auftragsrückgang in der kunststoffverarbeitenden Industrie“

Die Firma „Plaste AG“ (künftig kurz: P) fertigt Kunststoffteile, die überwiegend als Zulieferteile von der Spielwarenindustrie abgenommen werden. Beschäftigt sind bei P durchschnittlich 200 Arbeitnehmer. Schon seit mehreren Jahren gehen die Aufträge nachhaltig zurück, sodass für einen Teil der Belegschaft nicht mehr ausreichend Beschäftigung vorhanden ist. Deshalb beschließt der Vorstand den Stellenabbau von 15 Arbeitsplätzen.

Dieser soll durch Kündigung von Mitarbeitern aus einer von dem Auftragsrückgang besonders betroffenen Abteilung mit bisher rund 40 gewerblichen Arbeitnehmern erfolgen. Der Werksleiter - der sich bei dieser Gelegenheit von einigen ihm unliebsamen Mitarbeitern trennen will - gibt der Personalabteilung eine Liste mit 15 Namen. Betroffen sind u.a.

- der Azubi A, im 2. Lehrjahr und gewähltes Mitglied der Jugendvertretung des Betriebsrates;
- der 26 jährige Betriebswirt B, Assistent des Werksleiter, seit 5 Monaten bei der Firma beschäftigt, der von sich behauptet, er sei leitender Angestellter;
- der ungelernte Arbeiter C, 54 Jahre alt, verheiratet, drei unterhaltspflichtige Kinder, schon 27 Jahre im Betrieb.

Sie sind gerade als Praktikant(in) in der Personalabteilung. Der Personalleiter bittet Sie um eine Stellungnahme, ob eine Kündigung möglich und zulässig sei und welche Anforderungen zu beachten wären. Ihre Sichtung der Personalakten aller 40 Mitarbeiter der Abteilung zeigt, dass 4 Mitarbeiter erst seit 1 - 2 Jahren im Unternehmen beschäftigt sind, wovon alle unter 30 Jahren, 2 davon ledig und ohne Kinder sind, jedoch nicht auf der Liste stehen.

1. Allgemeine Überlegungen:

- 1.1 Eine **außerordentliche Kündigung** nach § 626 BGB scheidet zweifelsfrei aus. Denn ein Auftragsrückgang ist kein wichtiger Grund, weil er in die Risikosphäre des Arbeitgebers fällt (Wirtschaftsrisiko).
- 1.2 Es kämen **ordentliche Kündigungen** in Betracht. Dann müssten jeweils die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung vorliegen:
- (1) **Ordnungsgemäße Kündigungserklärung**
 - schriftlich, § 623 BGB;
 - als Gestaltungsrecht grundsätzlich bedingungsfeindlich;
 - einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, d.h. Zugang i.S.v. §§ 130 ff BGB ist erforderlich.
 - Erklärungsinhalt: Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zum zulässigen Termin.
 - (2) **Kein Ausschluss bzw. Zustimmungserfordernis**
z.B. § 9 MuSchG, § 19 SchwbG, § 22 Abs. 2 BBiG, § 15 KSchG.
 - (3) **Anhörung** des Betriebsrates, § 102 BetrVG.
 - (4) **Kündigungsfrist** nach Vertrag, aus Tarifvertrag oder gemäß § 622 BGB.
 - (5) **Soziale Rechtfertigung** der Kündigung, § 1 KSchG
Zweistufentheorie:
 - (a) Gründe und
 - (b) Verhältnismäßigkeit.

Die Voraussetzungen (1) und (4) wollen wir nachfolgend vernachlässigen, da sie zurzeit noch keine Rolle spielen. Prüfen wir nunmehr **für jeden Einzelfall** die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung.

2. Beabsichtigte Kündigung des Azubis A:

zu (2): Der beabsichtigten Kündigung des A stehen zwei Ausschlussgründe entgegen:

- § 22 Abs. 2 BBiG (= Nach Ablauf der Probezeit kann ein Ausbildungsverhältnis vom Ag nicht mehr gekündigt werden).
- § 15 Abs. 1 KSchG (= Die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes oder eines Mitglieds einer Jugendvertretung ist unzulässig).

3. Beabsichtigte Kündigung des B:

- zu (2): Ausschluss- oder Zustimmungserfordernisse liegen bei B nicht vor.
- zu (3): Laut Sachverhalt besteht bei der Fa. „Plaste AG“ ein Betriebsrat. Dieser **muss zwingend vor** jeder beabsichtigten Kündigung angehört werden, § 102 Abs. 1 BetrVG.
- zu (5): Der Kündigung könnten die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes entgegenstehen. Es gilt also zu prüfen, ob B unter den **Anwendungsbereich des KSchG (§§ 1 Abs. 1, 14, 23 KSchG)** fällt.

- (a) **Ordentliche Kündigung:** Vom allgemeinen Kündigungsschutz wird nur die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber erfasst. Arbeitnehmer-Kündigungen sowie sonstige Beendigungsgründe (wie Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder Aufhebungsvertrag) unterliegen nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz.
- (b) **Geschützter Personenkreis:** Durch das KSchG werden nur Arbeitnehmer geschützt. **Arbeitnehmer** i.S.d. KSchG ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienst eines anderen zur Arbeit verpflichtet ist. Arbeitnehmer i.S.d. KSchG sind demnach auch Teilzeitbeschäftigte oder in Nebenbeschäftigung Tätige. Nicht unter den Schutzbereich des KSchG fallen andererseits z.B. Beamte und Familienangehörige, die nur aufgrund familiärer Beziehungen in den Betrieben mitarbeiten sowie Heimarbeiter und Handelsvertreter. Nach § 14 KSchG fallen außerdem Organe einer juristischen Person nicht unter den Schutzbereich des KSchG; auf leitende Angestellte (z.B.: Geschäftsführer, Werksleiter, Prokuristen) ist das KSchG hingegen grundsätzlich anwendbar.

Zurück zum Sachverhalt: Ob B tatsächlich leitender Angestellter ist, lässt sich auf Grund der Angaben im Sachverhalt nicht abschließend sagen, ist für die rechtliche Beurteilung im vorliegenden Fall aber unerheblich, da B zumindest nicht Organ der Fa. „Plaste AG“ ist.

- (c) **Mindestgröße des Betriebs, § 23 KSchG:** Es muss sich um einen Betrieb handeln, in dem mehr als zehn Arbeitnehmer dauerhaft beschäftigt sind. Teilzeitarbeitskräfte mit einer regelmäßigen wöchentlichen Beschäftigungsdauer mehr als 20 bzw. mehr als 30 Stunden werden mit 0,5 bzw. mit 0,75 bei der Errechnung der Mindestbeschäftigtenzahl

berücksichtigt, § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG. Andererseits werden Auszubildende für die Ermittlung der Beschäftigtenzahl nicht mitgerechnet, § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG.

Zurück zum Sachverhalt: Die Fa. „Plaste AG“ mit rund 200 Arbeitnehmern fällt mit Sicherheit unter den Anwendungsbereich des KSchG.

- (d) **Beschäftigungsdauer:** Dem Kündigungsschutz unterliegen nur solche Arbeitsverhältnisse, die länger als sechs Monate bestanden haben. Soweit das nicht der Fall ist, ist eine ordentliche Kündigung ohne Berücksichtigung der Sonderregeln des KSchG zulässig.

Zurück zum Sachverhalt: Mithin fällt B nicht unter den Schutzbereich des § 1 KSchG. Er kann also unter Einhaltung der Kündigungsfristen und nach Anhörung des Betriebsrates ordentlich gekündigt werden.

4. Beabsichtigte Kündigung des C:

zu (2): Ausschlussgründe, die gegen eine Kündigung des C sprächen, sind nicht ersichtlich.

zu (3): Vor einer Kündigung des C wäre zwingend der Betriebsrat anzuhören (vgl. oben 3., zu (3)).

zu (4): Da es sich um eine ordentliche Kündigung handelt, müssten außerdem die Kündigungsfristen beobachtet werden (Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder § 622 BGB).

zu (5): Ausgangsvorschrift für den allgemeinen Kündigungsschutz ist § 1 Abs. 1 KSchG. Danach ist eine Kündigung unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Diese Vorschrift ist aber zu unbestimmt, als dass sie direkt auf einen Fall anwendbar wäre. Deshalb enthält das Gesetz selbst Konkretisierungen:

- (a) Die wichtigste Konkretisierung enthält § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Danach ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt, „wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des An liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des An in diesem Betriebe entgegenstehen, bedingt ist“. Es werden also drei voneinander unabhängige Kündigungsgründe genannt. Im Einzelnen ist zu prüfen: Ist die Kündigung

- **personenbedingt?** Personenbedingte Gründe sind solche, die auf persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des An beruhen.

Hauptfälle: Wegfall der Arbeits- oder Berufserlaubnis; Mangelnde körperliche oder geistige Eignung; nachlassende Arbeitsfähigkeit; dauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit.

Diese personenbedingten Eigenschaften müssen natürlich in einer gewissen Intensität vorliegen. Bezogen auf das Beispiel **Krankheit** bedeutet das, dass eine einzelne Erkrankung, auch wenn sie von längerer Dauer ist, keinesfalls ausreicht. Nicht sozial ungerechtfertigt ist eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit nur dann, wenn folgende drei Voraussetzungen vorliegen:

- (1) Negative Prognose bezüglich des Gesundheitszustandes, d.h. es muss die Annahme hinzukommen, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft länger krankheitsbedingt ausfällt.
- (2) Die zu erwartenden Ausfallzeiten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen.
- (3) Diese Beeinträchtigung darf für den Arbeitgeber billigerweise nicht zumutbar sein (st. Rspr. des BAG z.B. BAGE 91,271 = BB 2000, 49; BAG BB 2002, 2675; BB 2007, 1904).

Oft werden von Arbeitgeberseite häufige **Kurzerkrankungen** eines Arbeitnehmers als Begründung für eine personenbedingte Kündigung herangezogen. Dies ist prinzipiell zulässig. Allerdings müssen sich in diesem Fall die Kurzerkrankungen über einen längeren Zeitraum hingezogen haben (etwa 3 Jahre) und zudem muss mit ihnen auch in Zukunft zu rechnen sein.

- **verhaltensbedingt?** Verhaltensbedingte Gründe sind vor allem solche, die sich aus dem Verhalten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, seinen Arbeitskollegen oder Kunden ergeben.

Bsp(e).: Wiederholte Arbeitsverweigerung; häufiges Zuspätkommen; Schlechtarbeit; Störung des

Betriebsfriedens; strafbare Handlungen im Betrieb (z.B. Diebstahl; Spesenbetrug); Beleidigungen des Vorgesetzten oder des Arbeitgebers; eigenmächtiger Urlaubsantritt; Minderleistung (kann auch personenbedingt sein).

Der Umgang mit so genannten „Lowperformern“ (=Schlechtleister) spielt in der betrieblichen Praxis eine nicht unbedeutende Rolle. Dabei kann die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer seine vertragliche Pflichten verletzt. Eine im Durchschnitt dreifach höhere Fehlerquote reicht nach BAG v. 17.01.2008 – 2 AZR 536/06 – als Kündigungsgrund aus.

Ob die private Nutzung des firmeneigenen Internetzugangs eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt, hängt m.E. von den bestehenden betrieblichen Regeln ab. Dieser Fall scheint mir ähnlich zu beurteilen wie die private Nutzung von firmeneigenen Telefonen, von Faxanschlüssen oder Kopiergeräten. Dementsprechend liegt ein verhaltensbedingtes Fehlverhalten des Arbeitnehmers nur dann vor, wenn er entgegen klarer schriftlicher oder mündlicher Anweisung privat telefoniert, Faxe versendet, kopiert oder im Internet surft (ähnlich auch Vehslage, Privates Surfen am Arbeitsplatz AnwBl 2001, 145).

- **betriebsbedingt?** Betriebsbedingte Gründe sind alle internen und externen Einflüsse auf den Betrieb, die die Arbeitsleistung des An überflüssig werden lassen.

Bsp(e).: Längerfristige Absatzschwierigkeiten;
Rohstoff- und Energiemangel;
Rationalisierungsmaßnahmen; Stilllegung einer Betriebsabteilung; Umstellung der Produktionsmethoden.

Angewandt auf unseren Fall bedeutet das: Da vorliegend ein nachhaltiger Auftragsrückgang zu verzeichnen ist, sind dringende betriebliche Erfordernisse für eine Personalverminderung gegeben. Somit ist die Kündigung des Arbeiters C unter dem Gesichtspunkt des § 1 Abs. 2 KSchG zunächst nicht sozial ungerechtfertigt.

- (b) Jedoch sind wir damit noch nicht am Ende unserer Untersuchung: Aus dem Ziel des Kündigungsschutzgesetzes, den Bestand des Arbeitsverhältnisses als Grundlage der wirtschaftlichen und sozialen Existenz des Arbeitnehmers zu sichern, ist abzuleiten, dass eine Kündigung stets nur die **ultima-ratio** sein kann. Bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung ist daher stets auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (**Zweistufentheorie**, 1. Stufe: Kündigungsgrund „an sich“ (vgl. oben (a)) und 2. Stufe: Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, dass eine Beendigungskündigung, gleichgültig ob sie auf betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Gründe gestützt wird, als äußerstes Mittel erst dann in Betracht kommt, wenn sie zur Beseitigung betrieblicher Beeinträchtigungen **geeignet und erforderlich** ist, sowie im Verhältnis zu dem verfolgten Zweck **angemessen** erscheint. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich beispielsweise, dass der Ag bei einem nur vorübergehenden Auftragsmangel grundsätzlich durch die Einführung von Kurzarbeit versuchen muss, betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden.

Die Zweistufentheorie gilt prinzipiell für alle genannten Kündigungsgründe, wenngleich in unterschiedlicher Ausgestaltung:

- Bei personenbedingten Kündigungen muss der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung beispielsweise Versetzungsmöglichkeiten, auch nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen prüfen und Leistungsgeminderten einen ihren Kräften entsprechende freie Arbeitsplätze anbieten (sofern vorhanden).
- Das ultima ratio Prinzip macht weiterhin den Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung in aller Regel von einer vorhergegangenen **Abmahnung** abhängig. D. h., beim ersten Auftreten eines negativen Verhaltens muss der Ag deutlich machen, dass er in Zukunft eine solches Verhalten nicht hinnehmen und bei einer Wiederholung kündigen wird. Diese „gelbe Karte“ ist bei eindeutigem und grobem Missverhalten wie z.B. einem Diebstahl,

oder Spesenbetrug ausnahmsweise entbehrlich (Zum Institut der Abmahnung ausführlicher unter 2.2).

- Für den Fall einer betriebsbedingten Kündigung ist das ultima ratio Prinzip sogar ausdrücklich in § 1 Abs. 3, 1. Hlbs. KSchG beschrieben: Der hinter dieser Vorschrift stehende Rechtsgedanke ist, dass eine betriebsbedingte Kündigung immer das letzte angewandte Mittel zur Lösung eines Konflikts sein muss. Es ist also bei betriebsbedingt begründeten Kündigungen zu prüfen, ob eine korrekte Auswahl getroffen wurde, also ob ein anderer Arbeitnehmer aus der gleichen Gruppe nicht weniger stark von der Kündigung betroffen wäre (Kündigung des sozial am wenigsten Gefährdeten) oder in anderen Fällen, ob die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung etwa nach einer Umschulung auf einem anderen Arbeitsplatz besteht. Ist eine Umsetzung nicht möglich, sind bei der Auswahl zu berücksichtigen: die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und eine evtl. vorhandene Schwerbehinderung des zu kündigenden Arbeitnehmers. Die Sozialauswahl findet allerdings ihre Grenze in § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG: Danach brauchen zum einen solche Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl mit einbezogen zu werden, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Arbeitgeber willkürlich An, die er als Leistungsträger ansieht, aus der Sozialauswahl herausnehmen darf. Er muss vielmehr beachten, dass die Berücksichtigung sozialer Aspekte die Regel und die Nichteinbeziehung bestimmter Arbeitnehmer die Ausnahme ist. Dementsprechend kommt eine Nichteinbeziehung nur in Betracht, wenn es aus Sicht eines verständigen Arbeitgebers erforderlich ist, die Sozialauswahl zu durchbrechen, etwa, weil einzelne Arbeitnehmer besondere Kenntnisse aufweisen, z.B. nur sie selten anfallende Spezialaufgaben durchführen können oder besondere Führungseigenschaften aufweisen.

Zum anderen kann nach dieser Vorschrift die Sozialauswahl auch zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur durchbrochen werden. Daraus ist jedoch nicht abzuleiten, dass der Arbeitgeber systematisch nur den in ihrer Leistung schwächer beurteilten Arbeitnehmern kündigen darf. Es soll durch sie vielmehr sichergestellt werden, dass ein Arbeitgeber seinen leistungsstärker beurteilten Arbeitnehmer kündigen muss, nur weil sie

durch die Sozialauswahl weniger schutzwürdig sind. Sinn und Zweck dieser Regelung ist also, dem Arbeitgeber zu gestatten, die bisherige Leistungsstärke seiner Belegschaft aufrechtzuerhalten (vgl. auch BAG DB 2007, 2210).

Zurück zum Fall des C: Unter den eben genannten Aspekten ist nun die beabsichtigte Kündigung des C mit den Verhältnissen anderer Arbeitnehmer der Abteilung zu vergleichen (Grundsatz der betriebsbezogenen Sozialauswahl). Es spricht vieles dafür, dass im Falle des C die soziale Abwägung zugunsten des C ausfallen wird. Denn laut Sachverhalt sind 4 Mitarbeiter erst seit 1-2 Jahren im Unternehmen beschäftigt, wovon alle unter 30 Jahren, 2 davon ledig und ohne Kinder sind, jedoch nicht auf der Liste stehen. Eine abschließende Beurteilung scheint hier also noch nicht möglich.

noch zu (5): Besonderheiten gelten außerdem, falls es sich um eine **Massenentlassung** i.S.d. §§ 17 ff KSchG handelt. Nach § 17 Abs. 1 KSchG handelt es sich um eine anzeigepflichtige Massenentlassung, wenn innerhalb von 30 Kalendertagen in Betrieben mit in der Regel

- mehr als 20, aber weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer,
- mindestens 60, aber weniger als 500 Arbeitnehmer 10 % der regelmäßig Beschäftigten oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer oder
- mindestens 500 Mitarbeitern mindestens 30 Arbeitnehmern

entlassen werden sollen. Vor solchen Entlassungen ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitsamt Anzeige zu erstatten. Den Dienststellen der Bundesanstalt für Arbeit soll durch die §§ 17 ff KSchG ermöglicht werden, vorausschauend Arbeitsvermittlungs- und andere Maßnahmen einzuleiten, um die Folgen der Massenentlassung von den betroffenen Arbeitnehmern möglichst abzuwenden, aber auch für die Region zu mildern.

Beabsichtigt der Arbeitgeber eine nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtige Entlassung vorzunehmen, so hat er gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG auch dem Betriebsrat rechtzeitig zweckdienliche Auskünfte über die Gründe für die geplanten Entlassungen zu erteilen.

Da im vorliegenden Fall nur 15 von 200 An gekündigt werden soll, liegen die Voraussetzungen für eine Massenentlassung nicht vor.

Als **Ergebnis** bleibt festzuhalten, dass eine Kündigung des Azubis A auf Grund der §§ 15 Abs. 2 BBiG, 15 Abs. 1 KSchG scheitert, B unter Anrechnung auf

den geplanten Stellenabbau ordentlich gekündigt werden kann und eine Kündigung des C wegen des Grundsatzes der betriebsbezogenen Sozialauswahl mit allergrößter Wahrscheinlichkeit nicht möglich sein wird. Hier besteht weiterer Sachaufklärungsbedarf.

Zu beachten wird die „Plaste AG“ auch zu haben, dass nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine betriebsbedingte Beendigungskündigung überdies ausgeschlossen ist, wenn es objektiv möglich ist, einzelne Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz in anderen Abteilungen ggfs. sogar zu veränderten/schlechteren Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen (BAG DB 2005, 2250 ff = BB 2005, 2691 ff). Besteht diese Möglichkeit, hat der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine solche Weiterbeschäftigung anzubieten. Dieses Angebot darf lediglich in Extremfällen (z.B. bei offenkundig unterwertiger Beschäftigung) unterbleiben. Spricht der Arbeitgeber ohne vorheriges oder gleichzeitiges Angebot eine Beendigungskündigung aus, ist diese regelmäßig nach § 1 Abs. 2 KSchG unverhältnismäßig und mithin sozialwidrig (BAG a.a.O.; sog. Verhandlungslösung vor Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen und im Wege einer Änderungskündigung (BAG NZA 2005, 1289)).

2.2 Die Abmahnung

Das Rechtsinstitut der Abmahnung ist (wie auch die verwandten Institute der Verwarnung, des Verweises, der Rüge oder auch der Betriebsbuße) gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Die Abmahnung ist für das Arbeitsrecht im Hinblick auf die soziale Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter entwickelt worden (deshalb ist eine Abmahnung von Leitungsorganen von Kapitalgesellschaften nicht erforderlich, da diese regelmäßig ihre Pflichten kennen und sich über die Folgen ihres Fehlverhalten auch ohne Abmahnung im Klaren sein müssen, BAG, MDR 2000, 647 f = BB 2000, 844 f). Die Abmahnung ist eine geschäftsähnliche Handlung, durch die einem Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens vor Augen geführt werden soll. Eine Abmahnung im Rechtssinne liegt dann vor, wenn der Vertragspartner aufgefordert wird (**Hinweisfunktion**), ein vertragswidriges Verhalten künftig zu unterlassen (**Ermahnungsfunktion**) und für den Wiederholungsfall Rechtsfolgen angedroht werden (**Warnfunktion**). In der Regel wird die Abmahnung schriftlich ausgesprochen (**Dokumentationsfunktion**) und zu den Personalakten genommen.

Versteht man die Kündigung als das äußerste und letzte Mittel zur Regelung eines Interessenkonflikts, dann verbietet sich eine Kündigung, wenn mildere Mittel zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers vorhanden sind. Deshalb muss der Arbeitgeber vor Ausspruch einer ordentlichen wie außerordentlichen Kündigung (vgl. insofern auch § 314 Abs. 2 BGB) zunächst prüfen, ob das

Fehlverhalten nicht durch schwächere Maßnahmen geahndet werden kann und ob der Vorwurf bereits so stark ist, dass er eine Kündigung rechtfertigt.

Bsp: Ein einmaliges zu spät kommen ist noch kein Grund für eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung.

Nicht jede verbale Anzüglichkeit z.B. während eines Betriebsausflugs rechtfertigt bereits eine fristlose Kündigung wegen sexueller Belästigung. (Nach entsprechender Abmahnung und im Wiederholungsfalle mag die Beurteilung anders ausfallen.) Anders sicherlich bei sexuellen Zudringlichkeiten eines Ausbilders gegenüber Auszubildenden.

Aber auch die Abmahnung selbst unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. So ist eine Abmahnung aus geringfügigem Anlass (z.B. Verstoß gegen das Rauchverbot, wenn keine besonderen Umstände hinzukommen oder verbotswidriges Radiohören am Arbeitsplatz) unwirksam. Hier genügen i.d.R. zunächst die schwächeren Formen der Ermahnung oder der Rüge.

Kann eine Kündigung nur nach erfolgter Abmahnung wirksam ausgesprochen werden, so muss zwischen dem tatsächlichen Kündigungsgrund und der vorangegangenen Abmahnung ein innerer Zusammenhang bestehen. Nicht erforderlich ist die Identität der Pflichtverletzungen. Es reicht aus, wenn sie wertmäßig auf einer Ebene liegen. Ein solcher Sachzusammenhang besteht z.B. zwischen häufigem Zuspätkommen, vorzeitigem Verlassen des Arbeitsplatzes, unentschuldigtem Fehlen und Unterlassen des Einreichens der Krankmeldung, nicht jedoch gegenüber der privaten Nutzung von Büroeinrichtungen.

Ob und wie viele Abmahnungen zahlenmäßig einer Kündigung vorausgegangen sein müssen, hängt von der Art des Verstoßes bzw. von der Schwere der Beanstandungen und der dazwischenliegenden beanstandungsfreien Zeit ab. So ist eine vorhergehende Abmahnung überflüssig bei schweren Vertrauensverstößen oder wenn feststeht, dass der mit ihr verfolgte Zweck nicht erreicht werden kann oder wenn der Arbeitnehmer von vorneherein nicht mit einer Duldung seines Verhaltens rechnen kann (BAG NZA 1994, 656 f).

Bsp: Beleidigung des Arbeitgebers; Betrug; Diebstahl; Missbrauch von Kontrolleinrichtungen ,exzessive Nutzung des Internets zu privaten Zwecken (BAG DB 2007, 1932) etc.

Entbehrlich ist die Abmahnung auch dann, wenn sie nicht erfolgsversprechend ist, etwa bei erkennbarer Unwilligkeit des Arbeitnehmers zu vertragsgerechtem Verhalten (BAG NZA 1985, 96 f).

Bsp: Beharrliche Arbeitsverweigerung.

Die Abmahnung erfolgt durch mündliche oder schriftliche Erklärung an den Arbeitnehmer. Abmahnungsberechtigt sind nach h.M. nicht nur die Dienstvorgesetzten, die zu Personalentscheidungen bevollmächtigt sind, sondern auch die Fachvorgesetzten. Die Abmahnung muss das Fehlverhalten so präzise beschreiben, dass der Abgemahnte weiß, welches Verhalten gerügt wird und er künftig unterlassen oder verbessern soll. Pauschale Behauptungen wie schlechte Arbeitsleistung, nicht hinnehmbares Verhalten oder Unzuverlässigkeit reichen nicht. Eine Kündigung braucht dabei nicht angedroht zu werden; die Abmahnung muss jedoch dem Arbeitnehmer deutlich machen, dass im Wiederholungsfalle der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist. Eine Frist, innerhalb derer eine Abmahnung auszusprechen ist, besteht nicht (BAG DB 1986, 1075; allerdings kann der Arbeitgeber durch Zeitverlauf das Recht auf Abmahnung verwirken).

Die Abmahnung unterliegt (im Gegensatz zur mitbestimmungspflichtigen Betriebsbuße, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, gl. A. Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, zu § 87 Rdnr. 73) nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates. Hat der Arbeitgeber ein Fehlverhalten abgemahnt, kann er wegen desselben Vorfalls nicht noch zusätzlich kündigen.

Nach Auffassung des BAG muss der Arbeitnehmer gehört werden, bevor eine Abmahnung zur Personalakte genommen wird. Jedoch macht nach h.M. die Nichtanhörung die Abmahnung nicht unwirksam. Wird eine Abmahnung zur Personalakte genommen, kann der Arbeitnehmer nach § 83 Abs. 2 BetrVG die Aufnahme einer Gegendarstellung verlangen. Die Wirkung einer Abmahnung ist zeitlich begrenzt. Abhängig vom jeweiligen Einzelfall kann sie ihre Wirkung verlieren, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten längere Zeit unbeanstandet erfüllt hat oder der Arbeitgeber ein vergleichbares Fehlverhalten anderer Arbeitnehmer unbeanstandet hinnimmt. Hat die Abmahnung ihre Wirkung verloren, kann der Arbeitnehmer ihre Entfernung aus der Personalakte verlangen (BAG NZA 1988, 654).

Da eine zu der Personalakte genommene Abmahnung geeignet ist, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen zu behindern, kann er die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung gemäß §§ 242, 1004 BGB verlangen (BAG BB 1996, 1862). Der Beseitigungsanspruch ist begründet, wenn die Abmahnung formal nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, sie unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt oder keine schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr bestehen (z.B. Zeitablauf).

2.3 Allgemeiner, absoluter Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 S. 2 und 3f KSchG

Die in § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG genannten Tatbestände begründen auch die Sozialwidrigkeit der Kündigung. Danach ist eine Kündigung ungerechtfertigt, wenn

- ein Verstoß gegen die Richtlinien über die personelle Auswahl nach § 95 BetrVG bzw. § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG vorliegt (§ 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1a und Nr. 2a) oder
- die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderen Arbeitsplatz gegeben ist (§ 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1b und Nr. 2b) oder
- eine Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen sowie unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist (§ 1 Abs. 2 S. 3).

Fall: Kündigung trotz Widerspruchs des Betriebsrates (Fortführung des Falles „Auftragsrückgang in der kunststoffverarbeitenden Industrie“)

Die Liste mit den 15 Namen der zu Kündigenden war zwischenzeitlich dem Betriebsrat zur Stellungnahme zugeleitet worden. Einer der Betroffenen ist D, der seit zwei Jahren bei Fa. P beschäftigt ist und seit einigen Monaten privat an eine Fortbildungsmaßnahme zum Chemisch-Technischen Assistenten teilnimmt. Trotz frist- und formgerechten Widerspruchs des Betriebsrats kündigt Fa. P dem D ordnungsgemäß, obwohl sie für eine andere Abteilung mehrere Chemisch-Technische Assistenten sucht.

D will wissen,

1. ob er materiell-rechtlich gegen die Kündigung vorgehen kann und
2. was er verfahrenstechnisch unternehmen soll.

1. Materiell rechtlich:

Die Kündigung des D wäre unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 1 KSchG).

- (1) Dass die Kündigung des D unter den Anwendungsbereich des KSchG (§§ 1 Abs. 1, 14, 23 KSchG) fällt, steht außer Frage und soll hier nicht nochmals untersucht werden (vgl. hierzu oben Fall Auftragsrückgang in der kunststoffverarbeitenden Industrie, Zif. 3).
- (2) Die Sozialwidrigkeit könnte sich vorliegend aus § 1 Abs. 2 S. 2, Zif. 1b evtl. i.V.m. S. 3 KSchG ergeben. § 1 Abs. 2 S. 2 und 3

KSChG ist die logische Fortsetzung von § 102 BetrVG: Durch sie soll nämlich der allgemeine Kündigungsschutz für den Fall verstärkt werden, dass sich der Arbeitgeber über begründete Einwendungen des Betriebsrates zum Nachteil des Arbeitnehmers hinwegsetzt (BAG AP Nr. 16 zu § 1 KSChG).

- (a) Voraussetzung wäre zunächst, dass der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Dies ist vorliegend der Fall, da D an einer Fortbildungsmaßnahme zum Chemisch-technischen Assistenten teilnimmt und Firma P Arbeitskräftebedarf an entsprechend qualifizierten Mitarbeitern hat. Sollte die Fortbildung des D noch nicht abgeschlossen sein, wäre § 1 Abs. 2 S. 3 KSChG anzuwenden.
- (b) Weitere Voraussetzung ist der Widerspruch des Betriebsrates. Laut Sachverhalt war der Betriebsrat angehört worden und hatte der beabsichtigten Kündigung des D form- und fristgerecht widersprochen.
- (c) Letzte Voraussetzung für die Sozialwidrigkeit der Kündigung ist, dass D gemäß § 1 Abs. 2 S. 3 KSChG seinem Arbeitgeber noch erklären müsste, er sei mit einer Weiterbeschäftigung gegebenenfalls zu geänderten Bedingungen einverstanden. Dies wäre noch nachzuholen.

Zwischenergebnis: Die Kündigung ist materiell-rechtlich sozial un gerechtfertigt und damit unwirksam.

2. Prozessual:

2.1 Gegen die Kündigung kann D zunächst **Einspruch** nach § 3 KSChG beim Betriebsrat einlegen. Ziel des Einspruchsverfahrens ist, beiden Parteien noch einmal die tatsächliche und rechtliche Lage darzulegen und eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen.

Der Einspruch selbst hat **keine unmittelbare rechtliche Wirkung**, insbesondere hemmt er keinen Fristablauf.

2.2 Gegen eine ordentliche wie eine fristlose Kündigung kann weiterhin **Kündigungsschutzklage** gemäß § 4 S. 1 KSChG beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht (gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3b ArbGG) erhoben werden. Ziel der Klage ist die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung (Feststellungsklage, § 256 ZPO). Gemäß § 11 ArbGG kann D

den Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht selbst führen (kein Anwaltszwang in der 1. Instanz).

Sinn und Zweck der relativ kurzen Frist von drei Wochen für die Erhebung der Kündigungsschutzklage ist, dem Arbeitgeber alsbald Klarheit darüber zu geben, ob er eventuell den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen muss oder er die Stelle anderweitig besetzen kann. Versäumt nämlich der Arbeitnehmer die Drei-Wochenfrist und kommt auch eine nachträgliche Zulassung nach §§ 5 und 6 KSchG nicht in Betracht, hat dies die Heilung der Sozialwidrigkeit zur Folge, d.h. eine später eingereichte **Kündigungsgegenklage** bleibt zwar nach wie vor möglich, jedoch wird sie aufgrund von § 7 KSchG so behandelt, als ob die Kündigung von Anfang an sozial gerechtfertigt gewesen wäre.

- 2.3 Nach § 102 Abs. 5 BetrVG hat ein Arbeitnehmer, gegen dessen Kündigung der Betriebsrat begründeten Widerspruch eingelegt hat und der Kündigungsschutzklage erhoben hat, einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen. D wäre also zu empfehlen, seinen Arbeitgeber noch während der Kündigungsfrist, jedoch spätestens am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist (BAG BB 2000, 2049) aufzufordern, das Arbeitsverhältnis bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses fortzusetzen.

Ergebnis: Dem D wäre zu empfehlen, jeweils fristgerecht sowohl Einspruch als auch Kündigungsschutzklage einzulegen und die vorläufige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Prozessende von Fa. P. zu verlangen. Außerdem sollte D seine prinzipielle Bereitschaft erklären, eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen zu akzeptieren.

Alternativ könnte D auf Einspruch und Kündigungsschutzklage verzichten und nach 1a KSchG vorgehen: Erhebt ein Arbeitnehmer bei einer betriebsbedingten Kündigung innerhalb der drei Wochenfrist keine Feststellungsklage, hat er Anspruch auf eine Abfindung i.H.v. 0,5 Monatsverdiensten pro Beschäftigungsjahr, § 1a Abs. 2 KSchG.

2.4 Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG

Der Kündigungsschutz nach dem KSchG lässt aufgrund seiner Eingangsvoraussetzungen Millionen von Arbeitsverhältnissen unberührt. Dies sind zum einen alle Arbeitsverhältnisse in Kleinbetrieben, also Betrieben, in denen die Mindestgröße des § 23 KSchG nicht erreicht wird, und zum anderen

Arbeitsverhältnisse vor Ablauf der sechs monatlichen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG.

Nach einer Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 97, 169 = BB 1998, 1058 = DB 1998, 826) haben jedoch die allgemeinen zivilrechtlichen Generalklauseln das durch Art. 12 Abs. 1 GG gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme dort zu sichern, wo das KSchG nicht gilt. Das BVerfG betont in seiner Entscheidung folgende Mindestvoraussetzungen für den allgemeinen Mindestkündigungsschutz:

- Es muss Schutz vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen bestehen.
- Bei einer unter mehreren Arbeitnehmern erforderlichen Auswahl ist ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme zu beachten.
- Es ist ein durch langjährige Mitarbeit verdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsplatzes zu berücksichtigen.

Basis des allgemeinen Mindestkündigungsschutzes sind dementsprechend das Maßregelverbot des § 612a BGB, der Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB und die Sittenwidrigkeit, § 138 BGB.

Praktisch bedeutet dies: Während im Anwendungsbereich des KSchG jede Kündigung sozial gerechtfertigt sein muss, ist außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG eine arbeitgeberseitige Kündigung grundsätzlich zulässig und nur in den durch das BVerfG gezogenen Grenzen unzulässig. Das bedeutet, dass die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers hier durch eine Missbrauchskontrolle eingeschränkt wird. Anders gewendet: Willkürliche und grundlose Kündigungen sind unzulässig; ein Arbeitnehmer soll seinen Arbeitsplatz nicht aus Gründen verlieren, die in keinem schutzwürdigen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen (weiterführend: Stein, DB 2005, 1218). Verlangt wird dementsprechend auch im Rahmen des allgemeinen Mindestkündigungsschutzes eine abgeschwächte Inhaltskontrolle dahingehend, ob ansatzweise personenbedingte, verhaltensbedingte oder betriebsbedingte Gründe für die Kündigung vorliegen (MünchArbR/Wank § 122 RdNr.35) und ein gewisses Maß an sozialer Ausgewogenheit (BAG BB 2001, 572).

3. Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach Ausspruch einer Kündigung

3.1 Grundsätzliches

Der **Beschäftigungsanspruch** besteht nach Ausspruch einer ordentlichen Kündigung zunächst nur bis Ablauf der Kündigungsfrist (BAG DB 1976, 2308), bei fristloser Kündigung bis zu deren Zugang.

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht bei Massenentlassungen i.S.d. §§ 17 ff KSchG und fehlender Zustimmung der Arbeitsverwaltung: liegt bei einer anzeigepflichtigen Massenentlassung die erforderliche Zustimmung zum vorgesehenen Entlassungstermin nicht vor, darf der Arbeitgeber (trotz privatrechtlich wirksamer Kündigung) die Arbeitnehmer so lange nicht entlassen, bis die Zustimmung erteilt ist. Ist die Zustimmung weder vor noch nach dem vorgesehenen Entlassungszeitpunkte beantragt worden, werden die Arbeitsverhältnisse durch die Kündigung überhaupt nicht aufgelöst (BAG EzA § 17 KSchG Nr. 9).

In der Praxis besteht insbesondere auf Arbeitgeberseite gelegentlich der Wunsch, den Arbeitnehmer mit Ausspruch der Kündigung von der Erbringung der Arbeitsleistung **freizustellen**. Aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit können die Arbeitsvertragspartner selbstverständlich vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der Arbeit freigestellt wird. Inwieweit damit auch eine Befreiung von der Lohnzahlungspflicht einhergeht, hängt von dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung ab. Nur in besonders schwerwiegenden Fällen, wenn das Interesse des Arbeitgebers an einer Freistellung die Interessen des Arbeitnehmers an einer Weiterbeschäftigung deutlich überwiegt (z.B. Verrat von Betriebsgeheimnissen), kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durch einseitige **Suspendierung** sogar vor Abschluss des Anhörungsverfahrens unter Fortzahlung der Vergütung (h.L. Fitting, § 102, Rdnr. 13; Zöllner/Loritz § 12 VI2; Etzel, KR zu § 102, Rdnr. 119) von der Arbeitsleistung freistellen.

3.2 Der Weiterbeschäftigungsanspruch zwischen Ablauf der Kündigungsfrist und rechtskräftigem Urteil

Ob mit Ablauf der Kündigungsfrist ein Weiterbeschäftigungsanspruch noch bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Kündigungsprozesses weiter besteht, ist zweifelhaft, da das Arbeitsverhältnis nunmehr zwischen den Parteien im Streit ist. Unstreitig besteht zunächst eine Weiterbeschäftigungspflicht bei offensichtlich unwirksamen Kündigungen (z.B. Nichtanhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG, Fehlen der vorherige Zustimmung nach §§ 85 SGB IX oder § 9 Abs. 3 MuSchG) und weiterhin in den Fällen des § 102 Abs. 5 BetrVG, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung widersprochen und der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat (s. o. Fall: Die Kündigung trotz Widerspruchs des Betriebsrats). Der Große Senat des BAG bejagt eine Weiterbeschäftigungspflicht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsprozesses auch dann, wenn ein Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung durch Urteil festgestellt hat und „überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen“ (BAG AP 19 zu § 611 BGB = DB 1986, 1827). Ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers kann z.B. dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer zur Konkurrenz abwandern will oder die Gefahr der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht besteht.

Im Verlauf eines Kündigungsschutzverfahrens kann der Weiterbeschäftigungsanspruch sogar wieder untergehen, wenn nämlich das erstinstanzliche Urteil auf eine Berufung hin aufgehoben wird oder der Arbeitgeber aufgrund eines neuen Sachverhalts eine weitere wirksame Kündigung ausspricht.

3.3 Ansprüche bei unterlassener Weiterbeschäftigung

Wird ein gekündigter Arbeitnehmer während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses nicht weiter beschäftigt, stellt sich die Frage, ob er gleichwohl einen Lohnanspruch hat. Mit dem rechtskräftigen Abschluss der Kündigungsschutzklage steht im Erfolgsfalle fest, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Weil in der Erhebung einer Kündigungsschutzklage automatisch auch das Angebot des Arbeitnehmers zu weiterer Arbeit liegt, kommt der Arbeitgeber bei nicht Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in **Annahmeverzug**. Dementsprechend hat der Arbeitnehmer bei positivem Ausgang des Kündigungsschutzprozesses einen Lohnanspruch aus §§ 611, 615 BGB. Jedoch muss sich der Arbeitnehmer nach § 11 Nr. 2 KSchG (Sondervorschriften ggü. § 615 S. 2 BGB) anrechnen lassen, „was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen“.

Diese Schadensgeringhaltungspflicht kann in der Praxis dazu führen, dass der Arbeitnehmer plötzlich zwei Arbeitsverhältnisse hat. Ist er ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen und wird der Kündigungsschutzklage stattgegeben, steht der Arbeitnehmer formal in zwei Arbeitsverhältnissen, von denen er eines objektiv nicht erfüllen kann. Um den Arbeitnehmer aus dieser unangenehmen Situation zu befreien, gewährt das Gesetz zwei Möglichkeiten: Nach § 12 KSchG kann der Arbeitnehmer „binnen einer Woche nach der Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem verweigern ... Mit dem Zugang der Erklärung erlischt das Arbeitsverhältnis.“ Dieses Ergebnis vermag praktisch nicht zu befriedigen, denn trotz Obsiegens in der Sache erweist sich die Kündigungsschutzklage als wirtschaftlich nutzlos. Deshalb ist die zweite Variante von größerer praktischer Bedeutung: Nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG hat das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Nach § 10 KSchG ist dabei die Höhe der Abfindung zwischen dem 12 und 18-fachen Monatsverdienst festzusetzen.

3.4 Rechtsnatur des gekündigten Arbeitsverhältnisses bei Weiterbeschäftigung

Wird ein Arbeitsverhältnis über den Kündigungszeitpunkt hinaus fortgesetzt, stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur dieses Verhältnisses. Dabei ist zu unterscheiden:

- Erfolgt die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers während eines Kündigungsschutzprozesses **einvernehmlich**, wird das gekündigte

Arbeitsverhältnis auflösend bedingt fortgesetzt. Eine rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage führt dann zur endgültigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Gibt andererseits das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers statt, setzt sich das Arbeitsverhältnis unverändert fort.

- Erfolgt die Weiterbeschäftigung durch den Arbeitgeber hingegen lediglich **zur Abwendung der Zwangsvollstreckung** und erweist sich die Kündigung im Nachhinein als wirksam, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Nach Ansicht des BAG hat für die beiderseitigen Leistungen während der Weiterbeschäftigung dann kein Rechtsgrund bestanden, sodass nach Ansicht des BAG eine Rückabwicklung über § 812 Abs. 1 i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB zu erfolgen hat, nach diesseitiger Auffassung jedoch über die Grundsätze des „faktischen Arbeitsverhältnisses“ (BAG schafft ein Arbeitsverhältnis „zweiter Klasse“).

4. Die Änderungskündigung, § 2 KSchG

4.1 Begriff, Abgrenzung und Ausgestaltungsformen

Fall: Der lüsterne Firmenchef

Der alternde Firmenpatriarch F beschäftigt die zwischenzeitlich auch schon in die Jahre gekommene A bereits seit langem, zunächst als Sekretärin, dann als Chefsekretärin und jetzt als Persönliche Assistentin (bei in wesentlichen unveränderten Aufgaben). In einem vertraulichen Gespräch mit dem Leiter der Personalabteilung P meint F, es sei an der Zeit, sich „etwas Jüngerer“ ins Vorzimmer zu holen; da A aber „zu viel wisse“, solle sie „tunlichst nicht gekündigt, sondern versetzt werden“.

Tags darauf erhält A ein Firmenschreiben, in dem ihr erklärt wird, man könne sie als Assistentin des Firmenchefs ab 31.12. nicht mehr weiterbeschäftigen. Wenn A damit einverstanden sei, könne sie dann als Sachbearbeiterin in der Auftragsannahme bei unverändertem Gehalt arbeiten. A möchte aber lieber auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz bleiben. Bevor sie jedoch ganz aus der Firma ausscheide, sei sie mit der Versetzung einverstanden.

Bei dem mittelständischen Familienunternehmen F sind 70 Mitarbeiter angestellt; ein Betriebsrat besteht nicht. Frage:

1. Wie ist das Verhalten der Fa. F rechtlich zu verstehen und
2. was kann A dagegen unternehmen?

- 1.: Wie ist das Verhalten der Fa. F rechtlich zu verstehen?
- 1.1 Mit dem Schreiben könnte ein arbeitgeberseitiges **Direktionsrecht** als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i.S.d. § 315 Abs. 1 BGB ausgeübt worden sein. Eine einseitige Zuweisung einer neuen Tätigkeit käme hier jedoch nur in Betracht, wenn die künftig auszuübende Arbeit auf einem qualitativ vergleichbaren Niveau mit der bisherigen wäre. Dies ist bei der vorgesehenen Sachbearbeitertätigkeit nicht der Fall, da A bisher immer als Sekretärin des Firmenchefs tätig war.
- 1.2 Eine **einvernehmliche Vertragsänderung** liegt ebenfalls nicht vor. Zwar kann das Schreiben der Fa. F durchaus als Änderungsangebot verstanden werden; jedoch fehlt die Annahme des Angebots durch A.
- 1.3 Das Schreiben der Fa. F könnte eine **Teilkündigung** darstellen, da nur das Arbeitsfeld der A nicht hingegen die restlichen wechselseitigen Haupt- und Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag getroffen sind. Teilkündigungen sind jedoch im Arbeitsrecht im allgemeinen unzulässig, da sie einen einseitigen Eingriff in den Inhalt eines Dauerschuldverhältnisses darstellen (vgl. Schwerdtner, Münchner Kommentar, vor § 620, Rdnr. 45).
- 1.4 Wollte man das Schreiben als **ordentliche Kündigung** betrachten, trüge die Erklärung bereits das Manko ihrer Unwirksamkeit in sich: Bereits wegen der angebotenen Weiterbeschäftigung wäre eine Beendigungskündigung sozial ungerechtfertigt und damit gemäß § 1 Abs. 1. KSchG unwirksam (BAG NZA 1985, 455; Etzel KR zu § 1, Rdnr. 207 ff).
- 1.5 Da Fa. F das Arbeitsverhältnis mit A wenngleich in anderer Form fortsetzen will, könnte es sich um eine **Änderungskündigung** handeln. Eine Änderungskündigung ist ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft, das aus zwei Willenserklärungen, nämlich einer Kündigungserklärung und einem Änderungsangebot besteht. Änderungskündigungen können prinzipiell in folgenden Ausgestaltungsformen auftreten:
- Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses, mit dem gleichzeitigen Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen.

Bei dieser Variante wird das bisherige Arbeitsverhältnis final beendet. Gleichzeitig macht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages. Der Nachteil dieser Konstruktion besteht darin, dass das alte Arbeitsverhältnis völlig beendet und durch ein neues ersetzt wird. In der Praxis wollen die Beteiligten aber häufig das alte Arbeitsverhältnis fortsetzen und es lediglich in einigen Punkten abändern.

- Abänderungsangebot mit gleichzeitiger Kündigung für den Fall, dass das Änderungsangebot nicht oder nicht innerhalb einer bestimmten Frist angenommen wird.

Diese Form der Änderungskündigung ist also auflösend bedingt in der Weise, dass bei Annahme des Angebots die Kündigung unwirksam wird.

- Kündigung nach dem Scheitern von Änderungsverhandlungen bei gleichzeitig -meist zeitlich befristet- erklärter Bereitschaft, das erörterte Abänderungsangebot noch aufrechtzuerhalten.

Eröffnet in den anderen beiden Fällen die Änderungskündigung den Weg zu einem möglichen neuen Vertragsverhältnis, steht in dieser dritten Variante die Kündigung am Schluss: die Parteien haben bereits vergeblich über eine Vertragsveränderung verhandelt. Der Arbeitgeber sieht keinen weiteren Verhandlungsspielraum und kündigt, wobei er dem Arbeitnehmer noch eine letzte Chance lässt (nach dem Motto: Vogel friss oder stirb).

Alle drei Varianten fallen unter den Anwendungsbereich des § 2 KSchG, da der Arbeitgeber jeweils klar macht, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet wird, sofern der Arbeitnehmer die Fortsetzung zu geänderten Bedingungen ablehnt bzw. die Annahme nicht erklärt.

Vor Ausspruch einer Änderungskündigung ist der Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG anzuhören. Ist mit der Änderungskündigung eine Umgruppierung oder eine Versetzung nach § 95 Abs. 3 BetrVG verbunden, dann muss der Arbeitgeber den Betriebsrat außerdem nach § 99 Abs. 1 BetrVG unterrichten und dessen Zustimmung einholen (BAG AP Nr. 33 zu § 2 KSchG).

2. Was kann A gegen die Änderungskündigung unternehmen?

2.1 A könnte das Änderungsangebot vorbehaltlos annehmen. Dann wäre der Arbeitsvertrag geändert und sie würde ab dem 1.1. als Sachbearbeiterin arbeiten.

2.2 A könnte das Änderungsangebot ausschlagen und gegen die Kündigung Kündigungsschutzklage erheben. Hat sie damit Erfolg, bleibt das bisherige Arbeitsverhältnis bestehen. Sie hätte damit ihr „Maximalziel“ erreicht.

Jedoch muss A auch damit rechnen, dass sie die Kündigungsschutzklage verliert. Dann wäre das bisherige Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt und sie hätte noch nicht einmal die Sachbearbeiterstelle.

2.3 Gemäß § 2 i.V.m. § 4 S. 2 KSchG könnte A innerhalb von drei Wochen nach Zugang des Schreibens „... dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial un gerechtfertigt ist...“ und gleichzeitig Kündigungsschutzklage erheben.

Ergebnis: Gewinnt A die Kündigungsschutzklage, bleibt das alte Arbeitsverhältnis bestehen. Verliert sie die Klage, fällt der Vorbehalt weg, und es besteht das abgeänderte Arbeitsverhältnis, wonach A als Sachbearbeiterin arbeitet. Während des Kündigungsschutzprozesses wird durch § 8 KSchG ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu den bisherigen Arbeitsbedingungen ausgeschlossen. A muss also vom 1.1. bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu den geänderten Bedingungen weiterarbeiten.

4.2 Die Änderungskündigung zur Anpassung vertraglicher Nebenabreden

Nach ständiger Rspr. des BAG (vgl. z.B. BAG BB 1999, 2614 und 2562) ist bei jeder betriebsbedingten Änderungskündigung das Änderungsangebot daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingen und ob sich der Arbeitgeber bei einem an sich anerkennungswerten Grund zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.

Bei Änderungskündigungen zur Anpassung vertraglicher Nebenabreden, wie kostenlose Beförderung zum Arbeitsplatz, Mietzuschuss, Fahrtkostenzuschuss, pauschale Überstundenvergütung gelten jedoch nicht die gleichen strengen Maßstäbe wie bei Änderungskündigungen zur Entgeltabsenkung oder zur Zuweisung einer anderen Tätigkeit (BAG BB 2004, 110). Zwar haben vertragliche Nebenabreden häufig auch einen gewissen Entgeltcharakter; jedoch betreffen sie regelmäßig nur Randbereiche der vertraglichen Regelung. Haben sich die zugrunde liegenden Umstände so stark geändert, dass ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung von Nebenabreden vorliegt, muss der Arbeitnehmer die Änderungskündigung billigerweise hinnehmen.

5. Die Suspendierung

Insbesondere bei schweren Vertragsverletzungen werden Arbeitnehmer häufig bereits vor einer Kündigung von der Arbeit freigestellt, nach Ausspruch der Kündigung sind Suspendierungen - zumindest bei Führungskräften - unabhängig vom Kündigungsgrund sogar der Regelfall.

Unabhängig davon, ob die Freistellung unter Lohnfortzahlung oder nicht erfolgen soll, bedarf jede geplante Suspendierung der sorgfältigen Abwägung zwischen dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers einerseits und dem Freistellungsinteresse des Arbeitgebers andererseits. Grundsätzlich anerkannte

arbeitgeberseitige Interessen für eine Suspendierung sind etwa der drohende Verrat von Betriebsgeheimnissen, die wirtschaftliche Unmöglichkeit einer Beschäftigung, der dringende Verdacht einer strafbaren Handlung sowie alle Gründe, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würden. Nur wenn ein solches berechtigtes Interesse des Arbeitgebers bei einer Interessenabwägung im Einzelfall gegenüber dem Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt, ist eine Freistellung zulässig.

Bei einer rechtmäßigen Suspendierung entfällt der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hingegen bleibt bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet. Er kann (und sollte) ggfs. ausdrücklich die Inanspruchnahme von Resturlaub während dieser Zeit anordnen, da solche Ansprüche nicht automatisch mit einer Suspendierung entfallen.