

Aktuelle Fragen des Kündigungsrechts

Professor Dr. Dr. Siegfried Schwab,
Mag. rer. publ., Ketsch*)

In dem vorliegenden Beitrag werden aktuelle Fragen des Kündigungsrechts erörtert; die Kündigung zur Unzeit, bei Selbstbeurlaubung oder bei privater Nutzung des Internets sind nur einige der angesprochenen aktuellen Fragen. Das Kündigungsschutzrecht ist in der aktuellen politischen Diskussion umstritten. Jobkiller, Ursache für die hohe Arbeitslosigkeit und die „unterbliebenen Einstellungen“ oder Ausprägung des Sozialstaates? Man darf gespannt sein, ob die heutigen Vorschriften überhaupt verändert werden! Eines ist klar, eine auf Kosten und Nutzen verengte Ellenbogenökonomie zerstört den sozialen Frieden! Der Sozialstaat ist Voraussetzung dafür, dass Individualität und Freiheit nicht nur ein Privileg für die Einkommensstarken und Vermögenden sind. Der Verzicht auf solidarische Sicherungsmaßnahmen ist rückwärtsgerichtet. Er liefe auf die Armenfürsorge und großbürgerliche Barmherzigkeit hinaus.

Dieser Beitrag ist in der Zeitschrift „Der öffentliche Dienst“, Heft 6/2003, erschienen und wird mit freundlicher

Genehmigung des Carl Heymann Verlages wiedergegeben

Die Kündigung ist eine *einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung* mit *rechtsgestaltender Wirkung*; das Arbeitsverhältnis soll für die Zukunft aufgelöst werden. Als rechtsgestaltende Verfahrenshandlung muss sie klar und eindeutig ausgesprochen werden. Für den Erklärungsempfänger muss der Inhalt der Kündigung verständlich sein. Deshalb ist eine auflösend oder aufschiebend bedingte Kündigung im Regelfall unzulässig (vgl. BAG, BB 2001, 1960 ff. = NZA 2001, 1070 ff.; NJW 1968, 2078). Die Verbindung mit

*) Der Verfasser ist Studienleiter (Öffentliche Wirtschaft) an der Berufsakademie Mannheim, Lehrbeauftragter an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer und der Universität Mainz. Er liest ferner Arbeitsrecht an der FH Bund (Arbeitsverwaltung) Mannheim.



einer unzulässigen (auflösenden) Bedingung führt zur Unwirksamkeit der Kündigung. Eine Ausnahme gilt lediglich für die so genannten *Potestativbedingungen*, d.h. für Bedingungen, deren Eintritt nur vom Willen des Empfängers der Kündigung abhängt. Durch dessen Entscheidung wird das Rechtsverhältnis konkretisiert. Insoweit muss er nicht vor überraschenden Willenserklärungen desjenigen geschützt werden, der die Kündigung ausspricht. *Die Kündigung hat nach § 623 BGB schriftlich zu erfolgen.* Die Kündigung muss form- und fristgerecht zugehen. Sie muss eigenhändig unterschrieben sein § 623 i.V mit § 126 BGB, ansonsten ist sie unwirksam. Mündliche Kündigungen – auch seitens des ArbN – sind ebenso unwirksam wie z.B. Kündigungen per Telefax und Telegramm. Durch die vom Gesetzgeber angeordnete Schriftform soll die Rechtssicherheit gestärkt (Klarstellungsfunktion) und der Selbstschutz der Beteiligten gefördert werden (Schutz vor Spontankündigung; Warnfunktion). Die Kündigung von Berufsbildungsverhältnissen muss nach § 15 Abs. 3 BBiG schriftlich erfolgen. Das Kündigungsrecht steht im Grundsatz beiden Vertragsparteien zu. Die Kündigung kann durch § 164 Abs. 1 BGB und an den Bevollmächtigten oder Dritten erfolgen § 164 Abs. 3 BGB. Der Kündigende kann seine Erklärung bei Willensmängeln nach §§ 119, 123 BGB anfechten.

Der Arbeitnehmer muss bei einer nichtigen, d.h. unwirksamen Kündigung nicht innerhalb der Frist von 3 Wochen (§ 4 KSchG) *Kündigungsschutzklage* erheben, da die Kündigung bereits aus einem anderen Grunde im Sinne des § 7 KSchG unwirksam ist.

Gekündigt wird das Arbeitsverhältnis als Ganzes. Zwar kennt das Gesetz nicht die Teilkündigung. Es kann jedoch vertraglich vereinbart werden, dass die Parteien des Arbeitsverhältnisses Teile der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen mit der Folge kündigen können, dass an ihre Stelle gesetzliche oder tarifvertragliche Normen treten.

Die *Kündigung unterliegt als Willenserklärung* den allgemeinen Vorschriften über die Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte. Für sie gelten daher die Vorschriften über die Anfechtung wegen Willensmängeln (§§ 119, 123 BGB) bzw. die Nichtigkeit (etwa Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften oder Sittenwidrigkeit, §§ 134, 138 BGB). Die Kündigung während der Trauerzeit eines(r) Witwe(r) ist nicht sittenwidrig (BAG, NZA 2001, 890 = NJW 2001, 2994 ff. = BB 2001, 1905 ff.). Die Kündigung ist nur dann sittenwidrig, wenn der Arbeitgeber den Zeitpunkt absichtlich so gewählt hätte, um die Frau

(den Mann) besonders zu beeinträchtigen. Ein typischer Tatbestand der treuwidrigen und unwirksamen Kündigung ist ferner ein widersprüchliches Verhalten des ArbG, die Kündigung in verletzender Form und die Kündigung wegen privaten sexuellen Verhaltens.

Beispiel: Fa. A. entlässt 5 männliche Sachbearbeiter, weil sie weibliche Mitarbeiterinnen für geschäftsfördernder hält. Verstoß gegen die §§ 134, 611a BGB?

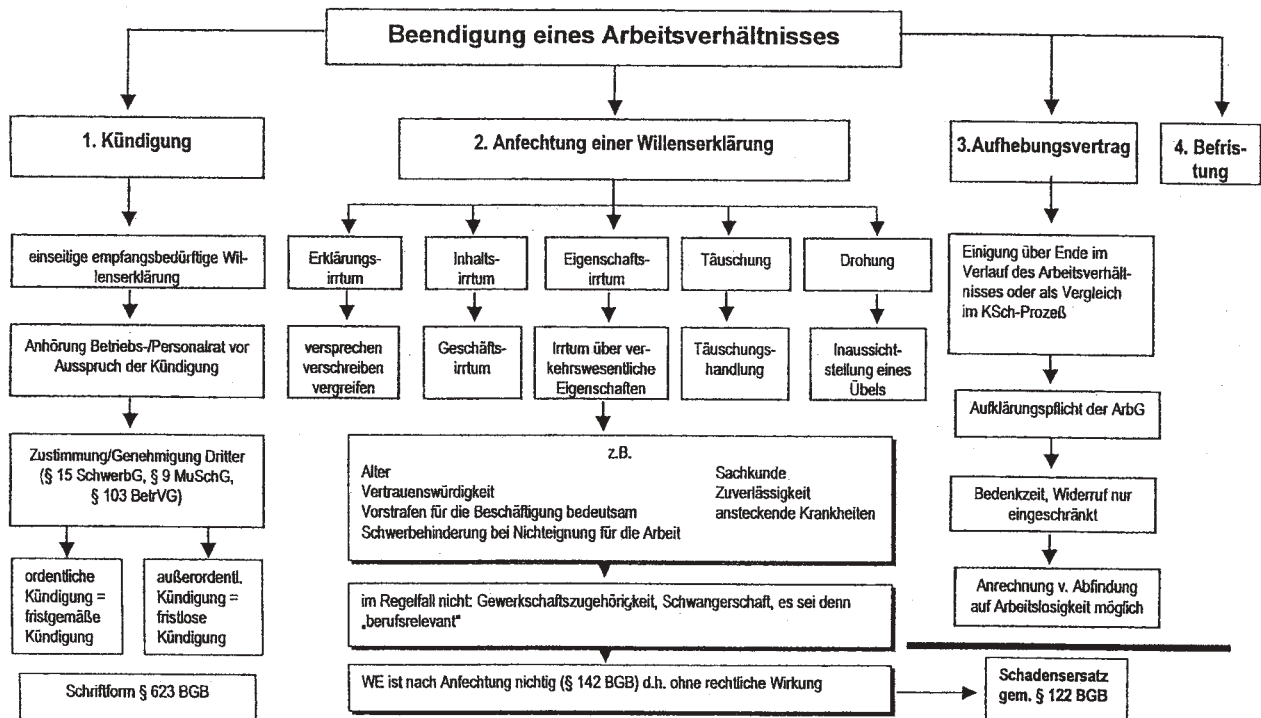
Die *unter Abwesenden erklärte Kündigung muss dem anderen Teil gemäß § 130 BGB* zugehen, d.h. derart in den Machtbereich gelangen, dass der Adressat unter normalen Umständen Kenntnis nehmen kann. Problematisch ist deshalb die absichtlich während der urlaubsbedingten Abwesenheit veranlasste Zustellung der Kündigungserklärung (vgl. BAG AP Nr. 16 zu § 130 BGB, Popp, DB 1989, 1133 ff.). Als Korrektiv greifen in diesen Fällen Treu und Glaube einerseits, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers andererseits. Als einseitiges Rechtsgeschäft kann nämlich eine Kündigung nach Zugang nicht einseitig zurückgenommen werden, und in einer Kündigungsschutzklage liegt keine antizipierte Annahme eines Rücknahmegebots (BAG, NZA 2000, 1333). Eine arglistige Vereitelung des Zugangs eines Kündigungsschreibens – mit der Folge, dass der Zustellungsversuch als Zugang zu werten wäre – liegt nicht vor, wenn sich Briefkasten und am Klingelschild des mit einer Kündigung rechnenden Arbeitnehmer zwar keine Namensschilder befinden, der regelmäßige Zusteller jedoch die Post dem Empfänger ständig zustellt und lediglich ein am Tag der Zustellung des Kündigungsschreibens per Einschreiben eingesetzter Aushilfszusteller den Brief mit dem Vermerk „Empfänger unbekannt“ an den ArbG zurückgehen lässt (LAG Bremen, DB 2001, 2729).

Ein ArbN, dem eine Kündigung aus diesem Grund nicht zugestellt wird, muss sich nach Rücksendung des Kündigungsschreibens an den Arbeitgeber und unverzüglicher erneuter erfolgreicher Zustellung eines Kündigungsschreibens so behandeln lassen, als sei die erste Kündigung bereits zugegangen (BAG, DB 1986, 2336 ff.; LAG Bremen, DB 2001, 2729).

Die *Kündigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft*, bei dem eine *Vertretung ohne Vertretungsmacht grundsätzlich unzulässig* ist § 180 Satz 1 BGB. Ausnahmsweise findet jedoch gemäß § 180 Satz 2 BGB die Vorschrift des § 177 BGB auf empfangsbedürftige Willenserklärungen entsprechende Anwendung, wenn der Erklärungsempfänger die



Aktuelle Fragen des Kündigungsrechts (Fortsetzung)



von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder damit einverstanden gewesen ist, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt.

Die Kündigung ist grundsätzlich auch ohne Angabe des Kündigungsgrundes voll wirksam (anders nach § 15 Abs. 3 BBiG; BAG AP Nr. 1, 4 zu § 15 BBiG). Auf Verlangen des Adressaten der Kündigung muss bei der außerordentlichen Kündigung der *Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitgeteilt werden* – § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB. Erst aus der Begründung erfährt der Betroffene die Gründe und kann beurteilen, ob ein wichtiger Grund vorliegt bzw. kann er prüfen, ob er den Rechtsweg beschreiten soll. Für die ordentliche Kündigung bei der der Kündigungsschutz gemäß § 1 Abs. 2 KSchG eingreift, gilt § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB analog.

In der betrieblichen Praxis kommt es nicht selten vor, dass eine der Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis bereits vor Dienstantritt kündigt (zur Zulässigkeit vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 620 BGB mit Anm. Wolf). Dies kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn sich der Angestellte M. beruflich

nach Abschluss des Arbeitsvertrages durch ein Angebot eines anderen Arbeitgebers erheblich finanziell verbessern kann. Ist keine entsprechende vertragliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag getroffen worden, beginnt aus Gründen der Rechtssicherheit die Kündigungsfrist erst in dem für die Arbeitsaufnahme vereinbarten Zeitpunkt zu laufen (BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB).

Der Kündigungsschutz für *Schwerbehinderte* knüpft an das *objektive Vorliegen der Schwerbehinderteneigenschaft* an. Es ist unerheblich, ob dem ArbG die Schwerbehinderteneigenschaft des zu kündigenden ArbN bekannt war (Grimm/Baron, DB 2000, 570). Eine *allgemeine Offenbarungspflicht* des ArbN besteht nicht. Der ArbN ist nur dann verpflichtet, ungefragt seine Behinderung mitzuteilen, soweit ihm durch diese die Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung unmöglich wird (BAG, DB 1986, 2238).

Der Grundsatz von Treu und Glauben bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Eine hiergegen verstoßende Rechtsausübung ist als unzulässig anzusehen. Eine Kündigung verstößt dann gegen § 242 BGB und ist nichtig, wenn sie Treu und Glauben



verletzt. In Betracht kommt eine „Kündigung zur Unzeit“. Dass diese nicht ausgesprochen werden darf, folgt z. B. aus § 627 Abs. 2 BGB. Maßgebend ist jedoch ferner, dass die Kündigung absichtlich oder unter Missachtung der persönlichen Belange des ArbN erfolgt, sodass der ArbN besonders beeinträchtigt wird.

1. Die außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung kann sowohl bei befristeten wie bei unbefristeten Arbeitsverträgen von beiden Vertragsteilen ausgesprochen werden, wenn ein *wichtiger Grund vorliegt* § 626 BGB. Entscheidend ist die Frage, ob dem zur Kündigung Berechtigten die *weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses* zumutbar ist, oder ob das dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende *Vertrauensverhältnis durch Ereignisse derart erschüttert* oder *gar zerstört* ist, dass eine weitere Zusammenarbeit dem Kündigungsberechtigten *nicht mehr zugemutet werden kann*, schließlich kann der Arbeitgeber darauf vertrauen, dass

- der ArbN sein Eigentum und Vermögen achtet,
- sich ohne andere zu gefährden oder zu belästigen in den Betrieb integriert,
- seine Loyalitätspflichten achtet und beachtet.

Auch vor Beginn des Arbeitsverhältnisses liegende, dem ArbG bei der Einstellung nicht bekannte Umstände oder Ereignisse, können das Vertrauen des ArbG in die Unzuverlässigkeit und Redlichkeit des ArbN zerstören (BAG, NZA 2001, 954 ff.; BAG, NJW 2002, 162 ff.).

Beim Vertrauensbegriff handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, der nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist.

Als wichtiger Grund werden in der Rechtswirklichkeit genannt

- *unsittliches Verhalten* gegenüber weiblichen Angestellten (BAG, DB 1986, 1339). Das BAG hat die außerordentliche Kündigung eines Ausbilders ohne vorherige Abmahnung jedenfalls dann bejaht, wenn der Ausbilder weibliche Auszubildende dadurch sexuell belästigt hat, dass er bei einer Auszubildenden das T-Shirt hochgezogen hat, um darunter zu sehen bzw. einer anderen Auszubildenden die Brust abgetastet hat. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung hat das ArbG Düsseldorf (AuR 1997, 447) in einem Fall schwer wiegender verbaler sexueller Belästigung trotz fehlender vorherge-

hender Abmahnung bejaht. Ein männlicher Mitarbeiter hatte eine Kollegin zu sexuellen Handlungen aufgefordert, u.a. mit den Worten „Kleine süße Sau“ und „Titten“. Das Arbeitsgericht bejahte zu Recht die Zulässigkeit der Kündigung, da es sich bei derartigen sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz um Störungen im Vertrauensbereich handelt (ebenso LAG Hamm, Der Personalrat 1997, 462 ff.; vgl. auch ArbG Lübeck, NZA – RR 2001, 140, Kündigung wegen grober sexueller Belästigung [sexuelle Äußerungen und Berührungen]); andererseits berechtigen die vom ArbG gemäß § 2 BeschSchG zu treffenden vorbeugenden Schutzmaßnahmen gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ihn nicht, der sexuellen Belästigung beschuldigte Arbeitnehmer zu entlassen, wenn ihnen eine entsprechende Tat nicht nachgewiesen werden kann. Auch § 4 BeschSchG gewährt insoweit kein Kündigungsrecht (BAG, AÜR 2001, 272 ff.),

- *besonders grobe Pflichtverletzungen* (z.B. Manipulationen in der Personalverwaltung – nachträgliche Änderung des Arbeitsvertrages, um Zahlungen des Arbeitslosengeldes zu erhalten, LAG Bremen, BB 1997, 1540),
- *wiederholte, hartnäckige Pflichtverletzungen* (BAG AP Nr. 57, 62 zu § 626 BGB; in der Regel ist eine deutliche und rechtzeitige Abmahnung erforderlich),
- *Tätlichkeiten im Betrieb* unter Arbeitskollegen (LAG Frankfurt, BB 1984, 1876),
- *Schmiergeldzahlungen* (LAG Köln, DB 1984, 1101),
- *unentschuldigtes Fehlen* nach Abmahnung (BAG, DB 1984, 884),
- Diebstahl durch Arbeitnehmer (BAG, NJW 1985, 1853),
- *häufige Unpünktlichkeit*, wenn sie einer beharrlichen Arbeitsverweigerung gleicht (BAG, AP Nr. 99 zu § 626 BGB),
- auch ein *mehrfacher Verstoß* gegen die Pflicht, am ersten Tag nach einer Erkrankung eine *Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung* vorzulegen, muss aber nicht stets eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, LAG Köln, NZA – RR, 2001, 367,
- die *nachhaltig angekündigte Arbeitsunfähigkeit* eines Arbeitnehmers, der tatsächlich nicht arbeitsunfähig ist, kann auch dann, wenn der ArbG nicht zu einem bestimmten Verhalten genötigt werden soll, einen wichtigen Grund zur



Aktuelle Fragen des Kündigungsrechts (Fortsetzung)

- fristlosen Kündigung bilden (LAG Köln, NZA – RR, 2001, 246; BAG, NZA 2001, 894 – nachhaltige, rechtswidrige und schuldhaftige Arbeitsverweigerung; Nachhaltigkeit im Willen),
- die Weigerung des ArbN, seine Arbeitsleistung ausschließlich in einem zentralen Schreibbüro zu erledigen stellt keine *Arbeitsverweigerung* im Sinne eines wichtigen Grundes dar, wenn ihm die Leistung der Arbeit ausschließlich an diesem Ort nicht möglich ist, ArbG Duisburg, NZA – RR 2001, 304,
 - ist ein ArbN nach 2-maligen Ankündigungen der Arbeitsfähigkeit nicht dienstunfähig erkrankt, so rechtfertigt dies trotz eingereichter Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine außerordentliche Kündigung. Einer *Abmahnung* bedarf es in einem solchen Fall *nicht, da das Fernbleiben* trotz Dienstfähigkeit eine grobe Pflichtverletzung darstellt und eine Wiederherstellung des Vertrauens nicht erwartet werden kann, LAG Berlin, NZA – RR 2001, 470,
 - *Selbstbeurlaubung* eines ArbN (vgl. BAG NZA 1994, 548; BAG, NZA 2000, 1332 ff., erst recht bei bewusster Opposition gegen den Willen des ArbG, LAG Köln, BB 2001, 1481 ff.; eine willkürliche Urlaubsverweigerung seitens des ArbG wäre zugunsten des ArbN im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen),
 - *strafbare Handlungen* soweit sie gegen den Betrieb gerichtet oder für das Arbeitsverhältnis bedeutsam sind (BAG, DB 1985, 1192),
 - dem Fahrer eines Fahrzeug des Rettungsdienstes, das von den Vorschriften der StVO befreit ist, kann gekündigt werden, wenn er seinen Dienst unter Verstoß gegen ein einschlägiges Alkoholverbot antritt (LAG Sachsen, NZA – RR 2001, 470),
 - *Gewaltanwendung* einer Altenpflegerin gegenüber einem während der Nachtwache in ihre Obhut gegebenen hilfs- und pflegebedürftigen alten Menschen kann einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen (Interessenabwägung, LAG Hessen, NZA – RR 2000,26),
 - *Druckkündigung* auf das Verlangen von Mitarbeitern (z.B. Pflegepersonal der Krankenhausstation erklärt kündigen zu wollen, falls die Stationschwester nicht entlassen wird (vgl. BAG, NZA 1991, 468 ff.),
 - *grobe Beleidigungen* des Arbeitgebers oder seines Vertreters, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, stellen einen erheblichen Pflichtenverstoß dar (BAG, NJW 1991, 3141),
 - wer im *Ermittlungsverfahren gegen seinen Arbeitgeber aussagt*, dem darf dieser in der Regel nicht fristlos kündigen (BVerfG, NZA 2001, 888 = DB 2001, 1662 ff.). Es verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG, wenn jemand nur deshalb Nachteile erleidet, weil er seine staatsbürgerliche Pflicht erfüllt (Rechtsstaatsprinzip – Zeugenpflicht als wichtige staatsbürgerliche Pflicht!),
 - für *grobe Beleidigungen* gegenüber Arbeitskollegen gilt dies ebenfalls, wenn die Beleidigungen in ihrer Beharrlichkeit eine ernstliche Störung des Betriebsfriedens, der betrieblichen Ordnung und des reibungslosen Betriebsablaufs verursachen,
 - das *Anbringen eines ausländerfeindlichen Schildes* an der Werkbank eines türkischen ArbN und das Absingen von Nazi-Liedern rechtfertigt eine außerordentliche Kündigung auch des Berufsausbildungsverhältnisses (vgl. BAG, NZA 1999, 1270; *Polzer/Powietzka*, NZA 2000, 970; *Däubler*, NJW 2000, 3691),
 - *Nichtableistung von angeordneten Überstunden* (jedenfalls nach einschlägiger Abmahnung; vgl. LAG Köln, NZA 2000,39),
 - eingeschränkt kommt auch eine *krankheitsbedingte Beeinträchtigung* als wichtiger Grund in Betracht (BAG, NZA 2000,141 ff.; Alkoholismus als Grund für die außerordentliche Kündigung, vgl. hierzu Bengelsdorf, NZA 1999, 1304 ff.).
Dies setzt jedoch voraus
 - negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes,
 - erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen,
 - Interessenabwägung,
 - *Genuss von Betäubungsmitteln* (Cannabis) eines Helmerziehers gemeinsam mit einem ihm anvertrauten Heiminsassen (BAG, NZA 2001, 383) trotz Drogenverbots kann eine schwere Pflichtverletzung darstellen (auch bei nur zwei-



- maligem Rauchen, wenn die Pflichtwidrigkeit für den ArbN ohne weiteres erkennbar war,
- Kündigung wegen des Besuchs einer Spielbank – einem Leiter einer Bankfiliale kann nicht allein wegen zahlreicher *Spielbankbesuche* und Spielen fristlos gekündigt werden, wenn diese Besuche ohne konkrete Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis geblieben sind (LAG Hamm, NZA 1999, 546 ff.),
 - *Surfen im Internet zu Privatzwecken* (falls die private Nutzung vom ArbG nicht genehmigt war (ArbG Wesel, NZA 2001, 786 unter Hinweis auf die vergleichbaren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen beim privaten Telefonieren am Arbeitsplatz, LAG Nds., NZA – RR 1999, 813); wenn jedoch die private Nutzung vom ArbG genehmigt war, kommt eine Kündigung nur in Betracht, wenn die Nutzung in einem Ausmaß erfolgt, von der der ArbN nicht annehmen durfte, sie sei noch von dem Einverständnis des ArbG gedeckt (vgl. auch ArbG Düsseldorf, NZA 2001, 1386 ff. – außerordentliche Kündigung ohne Abmahnung ist zulässig, wenn das Internet trotz ausdrücklicher, entgegenstehender Vereinbarung genutzt wurde),
 - Außerordentliche Kündigung wegen privater Internet-Nutzung – pornografisches Bildmaterial (ArbG Hannover, NZA 2001, 1022 ff. = NJW 2001, 3500 ff.); lädt ein Arbeitnehmer während der Arbeitszeit pornografisches Bildmaterial aus dem Internet, das er auf Datenträgern des Arbeitgebers speichert und nutzt er den Internet-Zugang zum Einrichten einer Web-Page sexuellen Inhalts, rechtfertigt dies eine außerordentliche Kündigung. Bei der Beurteilung der Schwere des Vertragsverstößes ist zu berücksichtigen, dass ein derartiges Verhalten des Arbeitnehmers geeignet ist, das Ansehen des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit zu beschädigen. Es bedarf weder einer Abmahnung noch einer vorherigen ausdrücklichen Regelung. Ein *Beweisverwertungsverbot* besteht nicht, wenn der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer bereits auf Datenträgern des Arbeitgebers gespeicherten Daten festgestellt und gesichert hat. Datenträger unterliegen keinem Beschlagnahmeverbehalt. Allerdings unterliegen die aus der Nutzung von Kommunikationseinrichtungen gewonnenen Erkenntnisse einem Verwertungsverbot; dieses Verwertungsverbot begründet sich aus dem unzulässigen Abhören des Übertragungsvorgangs,
 - eine außerordentliche Kündigung eines *tarifrechtlich „unkündbaren“ Tarifangestellten im öffentlichen Dienst* wegen eines im außerdienstlichen Bereich verübten Totschlags ist zulässig (BAG, DB 2001, 285, Ansehensschädigung des öffentlichen Dienstes),
 - eine außerordentliche Kündigung *wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten* kommt in der Regel nur dann in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung tariflich oder vertraglich ausgeschlossen ist, wobei grundsätzlich eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufzeit einzuhalten ist (BAG, Urteil vom 18. 10. 2000 – 2 AZR 627/99),
 - eine Arbeitnehmerin in einem evangelischen Kindergarten, die in der Öffentlichkeit werbend für andere Glaubensgemeinschaften auftritt und deren von den Glaubenssätzen der evangelischen Kirche erheblich abweichende Lehren verbreitet, bietet regelmäßig keine hinreichende Gewähr mehr dafür, dass sie der arbeitsvertraglich übernommenen Verpflichtung zur Loyalität gegenüber ihrem ArbG nachkommt (BAG, NZA 2001, 1136 ff.). Auch kirchliche Arbeitsverhältnisse können nach §§ 1 KSchG, 626 BGB gekündigt werden. Die Kündigungsvorschriften sind für alle geltendes Recht im Sinne des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV (vgl. zu dessen Fortgeltung Art. 140 GG – die Verfassungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gewährleistet den Kirchen darüber zu entscheiden, welche Dienste es in ihren Einrichtungen geben soll; sie konkretisieren auch die vertraglichen Loyalitätspflichten der Mitarbeiter),
 - schuldlose Pflichtverletzungen des ArbN können ausnahmsweise einen wichtigen Grund zur verhaltensbedingten Arbeitgeberkündigung darstellen, etwa wenn der ArbN durch sein Fehlverhalten die Sicherheit des Betriebes oder die betriebliche Ordnung stört (vgl. BAG, NJW 1999, 3140),
 - das Recht außerordentlich zu kündigen, besteht nur zur Wahrnehmung eigener Interessen des ArbG, nicht zur bloßen Ahndung von Straftaten des ArbN (auch nicht bei Volksverhetzung, LAG Köln, NZA 2001, 1081). Das dem Arbeitsvertrag zugrunde liegende Vertrauensverhältnis muss durch die Straftat derart nachhaltig zerstört sein, dass dem ArbG eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.
- Problematisch ist die so genannte Verdachtskündigung eines Arbeitnehmers. Ist die außerordentliche Kündigung bereits zulässig, wenn der Verdacht*



Aktuelle Fragen des Kündigungsrechts (Fortsetzung)

einer strafbaren Handlung besteht? § 626 Abs. 1 BGB lässt eine Verdachtskündigung nur zu, wenn starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen und wenn die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören (BAG, DB 2000, 726). Zunächst muss der Arbeitgeber versuchen, den Sachverhalt aufzuklären. Gelingt dies nicht, ist die Kündigung zulässig, wenn der Arbeitnehmer den Verdacht beispielsweise durch sein Verhalten ausgelöst oder verstärkt hat (BAG, DB 1984, 1846; BAG, NZA 1990, 568) bzw. wenn der Verdacht schwer wiegt. Entscheidend ist der *objektive*, durch bestimmte, im Zeitpunkt der Kündigung vorliegende Indiztatsachen begründete Verdacht, der zum Verlust der Vertrauenswürdigkeit des ArbN führt und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht (BAG, NZA 2001, 839). Der Verdacht einer schwer wiegenden strafbaren Handlung ist grundsätzlich auch dann geeignet, dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen, wenn der ArbN bereits von der Arbeitspflicht freigestellt ist (BAG, NZA 2001, 837 = BB 2001, 1941 f = NJW 2001, 41 ff.). Die Freistellung des ArbN unter Fortzahlung seiner Bezüge stellt jedenfalls im Regelfall kein im Rahmen der Interessenabwägung (unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) milderes Mittel gegenüber der Kündigung dar, denn die berechnete fristlose Kündigung löst das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung auf und beseitigt stets die beiderseitigen Verpflichtungen (Arbeitspflicht bzw. Pflicht zur Lohnzahlung).

Der *dringende Verdacht* eines Diebstahls bzw. einer Unterschlagung *auch geringwertiger Gegenstände* aus dem Eigentum des ArbG stellt an sich einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar (BAG, Urteil vom 12. 8. 1999 – 2 AZR 923/98).

Eine *fristlose Verdachtskündigung* kommt regelmäßig nicht mehr in Betracht, wenn der zu kündigende ArbN bei Ausspruch der ordentlichen Kündigung bereits unwiderruflich bis zum Ende der Kündigungsfrist freigestellt war, da das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses *erforderliche Vertrauen nicht mehr zerstört* werden kann (BAG, DB 2000, 982). Demgegenüber ist eine Verdachtskündigung auch bei arbeitsvertraglicher Gleichstellung mit Beamten zulässig (BAG, Urteil vom 6. 12. 2001 – 4 AZR 496/00); da das System des beamten-

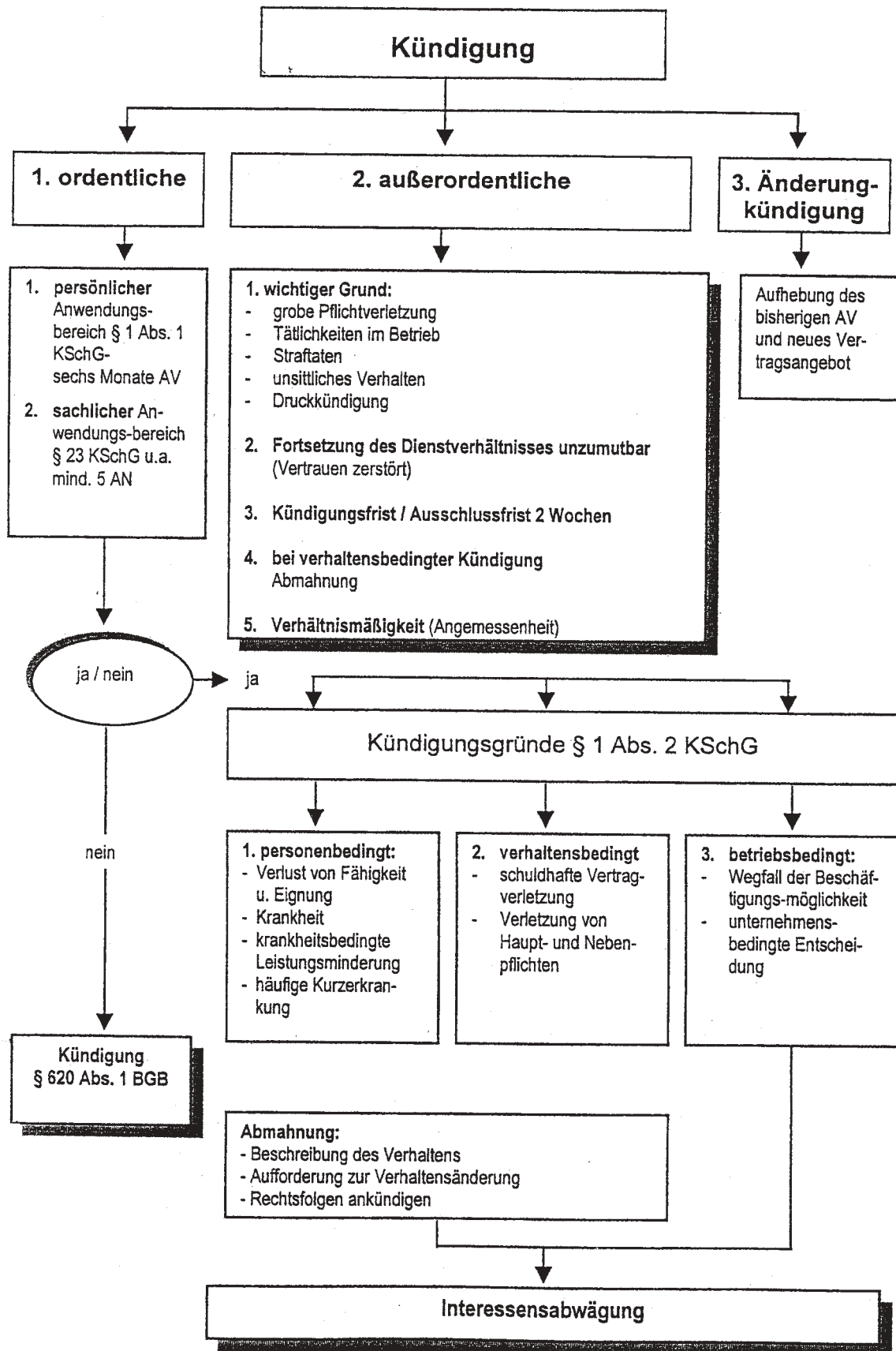
rechtlichen Disziplinarrechts und die gestuften Sanktionen bei Dienstvergehen sich nicht ohne weiteres auf das privatrechtlich begründete Anstellungsverhältnis übertragen lässt.

Schuldlose Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers können ausnahmsweise einen wichtigen Grund für eine verhaltensbedingte Arbeitgeberkündigung darstellen (BAG, NJW 1999, 3140). Nach der Rechtsprechung des BAG bildet bei verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigungen der Grad des Verschuldens auf Seiten des Arbeitnehmers ein wichtiges Abgrenzungskriterium. Deshalb können verhaltensbedingte Gründe eine fristlose Kündigung nur dann rechtfertigen, wenn der Gekündigte nicht nur objektiv und rechtswidrig, sondern auch schuldhaft gehandelt hat (BAG, NZA 1997, 1281). Ein unverschuldetes vertragswidriges Verhalten stellt jedenfalls dann einen wichtigen Grund dar, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten die betrieblichen Verhältnisse nachhaltig stört.

Auch *Ausbildungsverhältnisse* können wegen einer besonders schwer wiegenden Pflichtverletzung (rassistisches Verhalten) fristlos beendet werden. Eine Abmahnung ist nicht erforderlich, wenn die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung für den Auszubildenden ohne weiteres erkennbar war (BAG, Urteil vom 1. 7. 1999 – 2 AZR 676/98).

Kein wichtiger Grund ist der Konkurs des Arbeitgebers (Buchner, ZGR 1984, 180) oder die Massearmut bzw. die mangelnde Möglichkeit der Weiterbeschäftigung (OLG Düsseldorf, NZG 2000, 1044). Liegt kein wichtiger Grund vor, ist die außerordentliche Kündigung unwirksam. Der gekündigte Arbeitnehmer muss die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung jedoch innerhalb einer Dreiwochenfrist – § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG – gerichtlich geltend machen. Die unwirksame außerordentliche Kündigung kann nach § 140 BGB in eine ordentliche (personenbedingte) Kündigung zum nächstzulässigen Termin umgedeutet werden (BAG AP Nr. 3 zu § 6 KSchG 1969). Voraussetzung ist jedoch, dass dem kündigenden Teil unterstellt werden kann, dass er das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall so bald als möglich beenden wollte. Die außerordentliche Kündigung ist binnen zwei Wochen (*Ausschlussfrist*) seit Erlangung der Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen – § 626 Abs. 2 BGB – auszusprechen (gesetzlich konkretisiertes Verwertungsverbot). *Kenntnis* im Sinne dieser Vorschrift ist mehr als der





Aktuelle Fragen des Kündigungsrechts (Fortsetzung)

bloße Verdacht; im Hinblick auf das Prozessrisiko und die spätestens mit der Kündigung zerstörte Vertrauensbasis zwischen den Vertragsparteien muss man eine „gesicherte Gewissheit“ für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals verlangen (BAG AP Nr. 1, 3 und 6 zu § 626 BGB; vgl. zur ähnlichen Problematik bei der Rücknahme von Verwaltungsakten – § 48 Abs. 4 VwVfG, Kenntnis aller entscheidungsrelevanten Gründe).

Kündigt der ArbG nicht schon aufgrund des Verdachts einer strafbaren Handlung, sondern wartet er das Ergebnis des Strafverfahrens ab, so wird die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB jedenfalls dann gewahrt, wenn der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung binnen zwei Wochen seit der Kenntniserlangung von der Tatsache der Verurteilung ausspricht (BAG, DB 2000, 725). Die Rechtskraft des Urteils muss der ArbG nicht abwarten. Ist zum Ausspruch einer Kündigung die vorherige Zustimmung Dritter erforderlich, ist dem Anliegen des § 626 Abs. 2 BGB dadurch Rechnung zu tragen, dass zum einen der zur Erlangung der Zustimmung erforderliche Antrag innerhalb der zweiwöchigen Frist gestellt wird und zum anderen nach erteilter Zustimmung die Kündigung unverzüglich erfolgt (LAG Köln, NZA – RR 2001, 303).

Die *Verwirkung des Kündigungsrechts* tritt nicht schon dann ein, wenn der ArbG die Kündigung wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit bei tariflichem Ausschluss der ordentlichen Kündigung nicht innerhalb von zwei Wochen ausspricht, nachdem er von dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit Kenntnis erlangt hat oder die Beschäftigungsmöglichkeit tatsächlich weggefallen ist. Die *fehlende Möglichkeit der Beschäftigung, stellt vielmehr einen Dauertatbestand* dar. Je länger der ArbG trotz fehlender Beschäftigungsmöglichkeit zur Gehaltszahlung verpflichtet bleibt, desto unzumutbarer wird für ihn die Aufrechterhaltung eines sinnentleerten Arbeitsverhältnisses.

Die *außerordentliche Kündigung kann auch mit einer Auslauffrist* erklärt werden. Das BAG (AP 31 zu § 626 BGB) hat festgestellt, dass die außerordentliche Kündigung auch mit einer Auslauffrist erklärt werden kann. Dies ist in Abgrenzung zur ordentlichen Kündigung klarzustellen, zumal für die außerordentliche Kündigung im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung ein wichtiger Grund vorliegen muss § 626 Abs. 1 BGB. Für die Einhaltung der für den Ausspruch einer außerordentlichen

Kündigung bestehenden zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB kommt es bei einer mobbingbedingten außerordentlichen Kündigung entscheidend auf die Kenntnis desjenigen Ereignisses an, welches das letzte, den Kündigungsentschluss auslösende Glied in der Kette vorangegangener weiterer, im Fortsetzungszusammenhang stehender Pflichtverletzungen bildet (Thüringer LAG vom 10. 4. 2001, 5 Sa 102/00; vgl. zum Mobbing auch Kerst-Würkner, AuR 2001, 251 – bei sexuellem Mobbing am Arbeitsplatz kann für Unternehmen auf Grund der Fürsorgepflicht die Pflicht entstehen, nachhaltig wirksame Maßnahmen zu ergreifen).

Einem (ehemaligen) Betriebsratsmitglied kann fristlos nach §§ 15 KSchG, 626 BGB nur gekündigt werden, wenn dem ArbG bei einem vergleichbaren Nichtbetriebsratsmitglied dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar wäre. Das Betriebsratsmitglied soll nicht wegen seiner Betriebsrats Tätigkeit benachteiligt werden (BAG, Urteil vom 27. 9. 2001 – 2 AZR 487/00).

2. Die ordentliche Kündigung

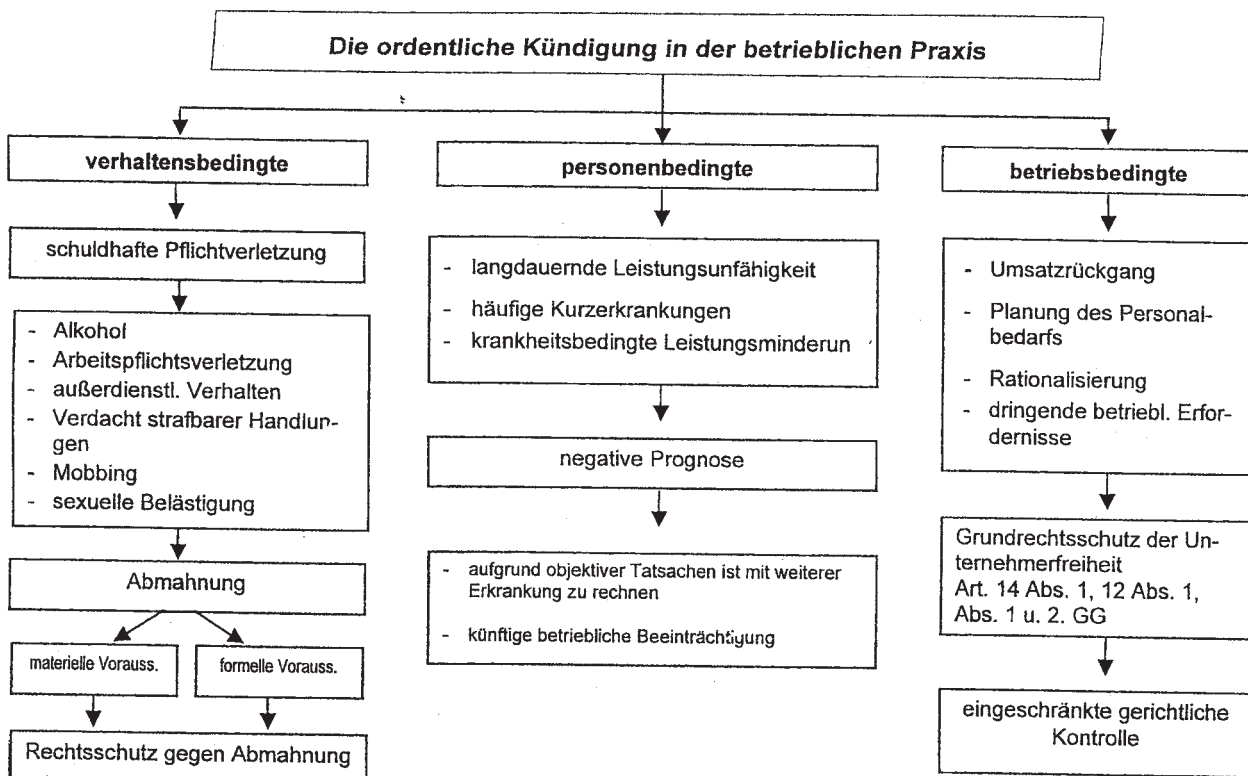
Ordentlich oder fristgebunden kann der Arbeitgeber personenbedingt, verhaltensbedingt oder betriebsbedingt kündigen § 1 Abs. 2 KSchG. Das KSchG ist allerdings nicht anwendbar bei Betrieben mit fünf und weniger ArbN § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG (*sachlicher Anwendungsbereich*) und gilt nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen weniger als sechs Monate bestanden hat § 1 KSchG (*persönlicher Anwendungsbereich*).

Der häufigste Fall der personenbedingten Kündigung ist die krankheitsbedingte Kündigung wegen

- häufiger Kurzerkrankungen,
- langandauernder Erkrankung,
- dauernder Arbeitsunfähigkeit,
- krankheitsbedingter Leistungsminderung.

Zu beachten ist dabei, dass der Arbeitgeber eine *negative Gesundheitsprognose abgeben* und sich daraus ergebende künftige und erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen ergeben müssen (vgl. BAG, NZA 1999, 1328 ff.). Der Arbeitgeber ist dar-





legungs- und beweispflichtig, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung aufgrund *objektiver Tatsachen* damit zu rechnen ist, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft wiederholt arbeitsunfähig ist.

Eine *personenbedingte Kündigung* kommt aber auch wegen des Verhaltens im Privatbereich in Betracht (hochgradige Alkoholisierung eines U-Bahnzugfahrers). Bei Störungen im Vertrauensbereich ist dann allerdings eine Abmahnung erforderlich, wenn das missbilligte Verhalten vom Arbeitnehmer steuerbar ist (so BAG, Urteil vom 4. 6.1997 – 2 AZR 526/96).

Auch Schlechtleistungen rechtfertigen eine *personenbedingte Kündigung* nach vorheriger Abmahnung, soweit es sich nicht um einmalige, jedenfalls einmal passierende Vorfälle handelt. Auch wenn grundsätzlich von einem individuellen Leistungsmaßstab eines Arbeitnehmers auszugehen ist, so ist er arbeitsvertraglich verpflichtet, die ihm übertragenen Arbeiten unter Anpassung der ihm möglichen Fähigkeiten ordnungsgemäß zu verrichten (LAG Hamm, NZA – RR 2001, 138).

Eine *verhaltensbedingte Kündigung* kommt beispielsweise in Betracht bei

- häufiger Nutzung des Diensttelefons für private Zwecke; die Tatsache, dass nicht nur der Leistungs-, sondern auch der Vertrauensbereich betroffen ist, macht allerdings die Abmahnung nicht entbehrlich (LAG Nds. BB 1998, 1112),
- der Diebstahl von Sachen geringen Wertes kann jedenfalls dann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn der betroffene ArbN bei seiner Arbeit eine Vorbildfunktion auszuüben hat. In einem solchen Fall ist das Vertrauensverhältnis derart gestört, dass dem mit einer Abmahnung nicht mehr entgegengewirkt werden kann (ArbG Frankfurt, NZA – RR 2001, 368),
- bei eigenmächtigem Antritt eines vom ArbG nicht genehmigten Urlaubs (so ArbG Berlin, NZA – RR 2001, 306), wenn man nicht gar eine außerordentliche Kündigung (s.o.) für gerechtfertigt ansieht.

Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Ursachen und Geschehnissen ergeben. Eine Kündigung ist aus *innerbetrieblichen Gründen* gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäfti-

Aktuelle Fragen des Kündigungsrechts (Fortsetzung)

gung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (BAGE 31, 157; BAG, NZA 1997, 202 ff.). *Der Arbeitgeber ist dabei grundsätzlich berechtigt, bis an die Grenze der Willkür den Umfang seiner betrieblichen Aktivitäten einzuschränken* (BAG, BB 1999, 958 ff.). Die Unternehmensentscheidung kann auch darin liegen, künftig und auf Dauer mit weniger Personal zu arbeiten (vgl. *Hoyningen-Huene*, NZA 1994, 1011; BAG, NJW 1998, 179 ff; BAG, NJW 2000, 378 ff.). Nach wohl herrschender Meinung ist eine betriebsbedingte Kündigung zur Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur zulässig, da dies ein betriebliches Erfordernis darstellt (vgl. BAG, NJW 2001, 3283; a. A. ArbG Cottbus, NZA – RR 2001, 589 – die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur bildet kein betriebliches Erfordernis, welches dem ArbG im Fall einer betriebsbedingten Kündigung erlaubt, die Auswahl der zu kündigenden ArbN auf abstrakt gebildete Altersgruppen zu beschränken).

Die Kündigungsberechtigung ergibt sich aus der Absicht, den *Betrieb stillzulegen*; die unternehmerische Entscheidung muss allerdings zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung greifbare Formen angenommen haben. Ferner muss eine *vernünftige betriebswirtschaftliche Betrachtung* die Prognose rechtfertigen, dass bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist der ArbN entbehrt werden kann. Soweit dadurch eine Leistungsverdichtung eintritt, ist dies eine gewollte, unter Umständen sogar angestrebte Unternehmensentscheidung. Diese unternehmerische Entscheidung ist nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Es ist aber nicht Sache des Arbeitsgerichts, dem Arbeitgeber eine „bessere oder richtigere“ Unternehmenspolitik vorzuschreiben und damit in die Kostenkalkulation des Arbeitgebers einzugreifen.

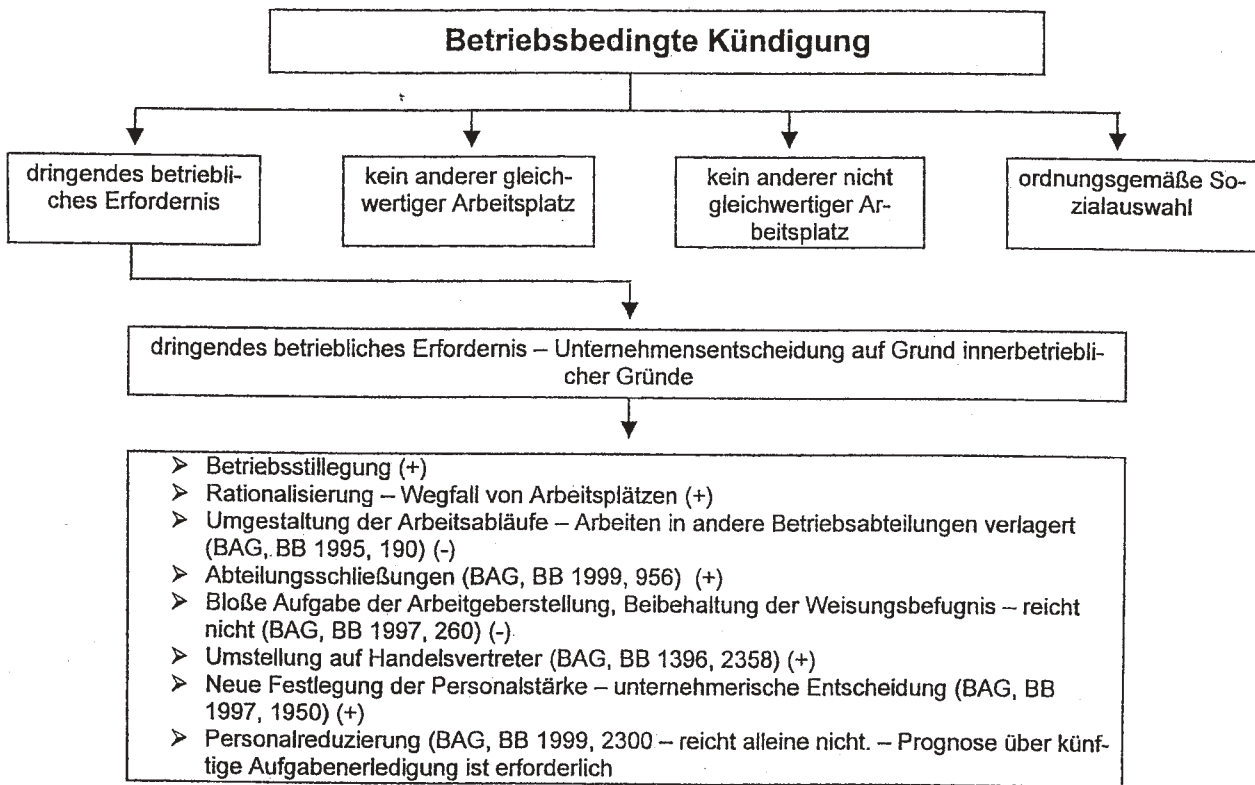
Es liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BAG in der *Entscheidungsfreiheit des Unternehmers*, mit welcher Anzahl von Arbeitskräften die jeweilige Arbeitsmenge erfüllt wird. Von der unternehmerischen Freiheit ist auch die Frage abgedeckt, ob Voll- oder Teilzeitkräfte eingesetzt werden. Beruht eine betriebsbedingte Kündigung auf der Prognose des Arbeitgebers, bei Ablauf der Kündigungsfrist könne er den Arbeitnehmer (wegen Betriebsstilllegung) nicht mehr weiterbeschäftigen und erweist sich die Prognose noch

während der Kündigungsfrist als falsch, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch zumutbar ist (BAG, DB 1997, 1414). Dies ist ein notwendiges Korrektiv für die Zulässigkeit der Kündigung aufgrund einer Prognoseentscheidung (etwa wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung. Der Arbeitgeber verhält sich rechtsmissbräuchlich (Verstoß gegen § 242 BGB), wenn er bei Wegfall des betriebsbedingten Kündigungsgrundes während der Kündigungsfrist dem nicht Rechnung trägt.

Der Entschluss, die *formale Arbeitgeberstellung* aufzugeben, ist keine die Kündigung bedingende Unternehmensentscheidung, wenn der Unternehmer gegenüber den Beschäftigten im Wesentlichen weiterhin weisungsbefugt sein soll. Da nur die Beschäftigten durch „*ausgeliehene Arbeitnehmer*“ ausgetauscht werden sollen, ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt (BAG, NZA 1997, 202 ff.). Die Absicht des Arbeitgebers, die Lohnkosten zu senken und sich durch eine Beschäftigung von Arbeitnehmern nach ausländischem Recht von den Bindungen des deutschen Rechts zu lösen, rechtfertigt keine Beendigungskündigung (BAG, NZA 1997, 202).

Für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes gilt die *Wartezeit* nach § 1 Abs. 1 KSchG. Danach ist Voraussetzung, dass *das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen 6 Monate bestanden hat*. Bei der Berechnung der Wartezeit ist ein betriebliches Praktikum, das der beruflichen Fortbildung gedient hat, nur dann anzurechnen, wenn es im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses abgeleistet worden ist (BAG, NZA 2000, 529). Dem genügt nicht ein Praktikum auf der Grundlage vertraglicher Beziehungen zwischen der Bundesanstalt für Arbeit und Maßnahmeträgern (Umschulung). Auf die Wartezeit sind die Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses mit demselben ArbG dann anzurechnen, wenn das neue Arbeitsverhältnis in engem sachlichen Zusammenhang mit dem früheren steht (zuletzt BAG, NJW 2000, 2834). Bei der Prüfung des möglichen sachlichen Zusammenhangs kommt es insbesondere auf Anlass und Dauer der Unterbrechung, sowie auf die Art der Weiterbeschäftigung an. Es gibt keine starren zeitlichen Grenzen. Je länger aber die zeitliche Unterbrechung dauert (die





zeitliche Unterbrechung von vier Monaten wurde vom BAG als zu lang angesehen), desto gewichtiger müssen die sonstigen für einen sachlichen Zusammenhang sprechenden Umstände sein (BAG, NZA 1999, 314), wenn die Tätigkeit lediglich ähnlich, aber nicht identisch ist.

Ein Eingliederungsverhältnis kann nicht auf die Wartezeit angerechnet werden. Dass der Gesetzgeber die Beschäftigung zur Eingliederung gem. §§ 229 ff. SGB III nicht als Arbeitsverhältnis angesehen hat und verstanden wissen wollte, folgt schon aus dem Wortlaut. Die Anrechnung auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG würde zudem dem Zweck des Eingliederungsvertrages widersprechen. Durch ihn soll der Skepsis von Arbeitgebern gegenüber der Einstellung von Langzeitarbeitslosen und anderen schwer vermittelbaren Arbeitslosen entgegengewirkt werden. Es soll eine zusätzliche Möglichkeit gegeben werden, den Beschäftigten kennen zu lernen. Die vom Gesetzgeber angestrebte Übernahme des Arbeitslosen in ein anschließendes Arbeitsverhältnis würde durch eine Anrechnung der Eingliederungszeit auf die Wartezeit gefährdet (BAG, BB 2001, 1480 f.).

Bei der Frage, ob eine ordentliche Kündigung gemäß § 1 Abs. 3 KSchG *sozial gerechtfertigt* ist, weil dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegen stehen, geht es um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Bei *betriebsbedingten Gründen* genügt der ArbG seiner Mitteilungspflicht gegenüber dem Betriebsrat nur, wenn er ihm auch die Gründe für die beabsichtigte Sozialauswahl mitteilt. Die *soziale Auswahl ist grundsätzlich betriebsbezogen*, d.h. auch abteilungsübergreifend durchzuführen. Kann ein ArbN nur innerhalb eines bestimmten Arbeitsbereichs versetzt werden, so ist bei der wegen Wegfalls dieses Arbeitsbereichs erforderlichen betrieblichen Kündigung keine Sozialauswahl unter Einbeziehung von Tätigkeitsfeldern vergleichbarer ArbN anderer Arbeitsbereiche vorzunehmen (BAG, NZA 2000, 822).

Für die Frage nach der *sozialen Rechtfertigung bei einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen* (vgl. BAG, Urteil vom 20. 1. 2000 – 2 AZR 378/99) ist zu prüfen, inwieweit die betrieblichen Beeinträchtigungen durch die Krankheiten des

Aktuelle Fragen des Kündigungsrechts (Fortsetzung)

Arbeitnehmers dem Arbeitgeber noch zumutbar sind oder ihn überfordern. Im Rahmen der Interessenabwägung sind etwaige Unterhaltspflichten und eine bestehende Schwerbehinderung (vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) zu berücksichtigen. Je mehr Unterhaltspflichten der Gekündigte hat, um so höher ist die soziale Schutzbedürftigkeit.

Die *Sozialauswahl* gemäß § 1 Abs. 3 KSchG ist anhand sozialer Gesichtspunkte vorzunehmen. Dies sind zum einen

- Dauer der Betriebszugehörigkeit (vgl. z. B. LAG Berlin, DB 2001, 2505 f, der ArbN hat beginnend mit dem zwanzigsten Lebensjahr seine Berufszeit ausschließlich bei demselben ArbG verbracht; dem ArbG ist dann bei fortgeschrittenem Lebensalter des ArbN eine höhere Belastung mit Fehltagen und daraus entstehenden Kosten zumutbar),
- Lebensalter,
- Unterhaltspflichten.

Berücksichtigt werden können auch

- Schwerbehinderung eines ArbN,
- Berufskrankheit,
- ein im Betrieb erlittener unverschuldeter Arbeitsunfall,
- Arbeitsmarktchancen des ArbN.

Das BAG (NZA 2000, 768 ff.) hat hierzu festgestellt, dass bei einer krankheitsbedingten Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung nicht nur vertragsbezogene Interessen wie die Unterhaltspflicht zu berücksichtigen sind, sondern auch die familiären Verhältnisse, so auch die Schwerbehinderung. Je mehr Unterhaltspflichten und je stärker die gesundheitliche Vorschädigung, umso höher ist die soziale Schutzbedürftigkeit des Betroffenen. Dies gilt erst recht bei einer krankheitsbedingten Kündigung des ArbN, wenn keine nennenswerten Betriebsablaufstörungen vorgebracht wurden und die Kündigung allein auf aufgelaufene und zu erwartende Lohnfortzahlungskosten gestützt wird.

Die *soziale Auswahl im Sinne der § 1 Abs. 3 und 4 KSchG* ist nur dann grob fehlerhaft, wenn die

Gewichtung der Kriterien Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten jede Ausgewogenheit vermissen lässt (BAG, NZA 2000, 531).

Bei einer *Kündigung in Kleinbetrieben* ist gemäß § 23 KSchG das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar. Nach der Rechtsprechung (vgl. BAG, NZA 2001, 951 ff.) ist für die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG in der Regel nicht erforderlich, dass der ArbN zuvor vergeblich abgemahnt wurde. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt nur im Rahmen des normierten Kündigungsschutzes Bedeutung zu. Im Übrigen ist eine Abmahnung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben § 242 BGB nur dann geboten, wenn sich der ArbG in Widerspruch zu seinem vorherigen Verhalten setzt (vgl. BAG, AP KSchG, § 1 verhaltensbedingte Kündigung, Nr. 9). Der ArbG hat bei der Auswahl unter den ArbN ein durch Art. 12 GG gebotenes *Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme* zu wahren (BAG, NJW 1998, 1475). Ist bei einem Vergleich der Sozialdaten evident, dass der gekündigte ArbN sozial schutzbedürftiger ist als ein vergleichbarer, weiterbeschäftigter Kollege, spricht dies dafür, dass das gebotene Maß an Rücksichtnahme nicht beachtet wurde. Eine Kündigung die diesen Anforderungen nicht entspricht, verstößt gegen Treu und Glauben und ist deshalb unwirksam (BAG, NZA 2001, 833; vgl. Gragert, NZA 2000, 961 ff. – Kündigungsschutz bei sitten- und treuwidriger Kündigung; vgl. auch Anuss, BB 2001, 1898 ff.). Der auf konkreten Umständen beruhende Vertrauensverlust gegenüber dem ArbN vermag eine ordentliche Kündigung durch den ArbG auch dann zu rechtfertigen, wenn die Umstände auf denen der Vertrauensverlust beruht, nicht festzumachen sind (BAG, DB 2001, 2504).

Für die Bestimmung des Inhalt und die Grenzen des Kündigungsschutzes ist die Bedeutung des objektiven Gehalts des Art. 12 Abs. 1 GG zu beachten. Es geht vor allem darum, den ArbN vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen.

Der ArbN muss grundsätzlich darlegen und beweisen, dass die Kündigung gemäß § 242 BGB treuwidrig ist (BAG, DB 2001, 2504 ff.).



Literatur**Ordentliche Kündigung**

Annuss, § 242 BGB als Fundament eines allgemeinen Kündigungsschutzes, BB-2001, 1898 ff.

Bengelsdorf, Alkoholkonsum und verhaltensbedingte Kündigung, NZA 2001, 993 ff.

Baeck/Schuster, Unwirksame betriebsbedingte Kündigung, NZA 1998, 1250 ff.

Bernardi, Krankheitsbedingte Kündigung, NZA 1998, 683 ff.

Berkowsky, Personenbedingte Kündigung, NZA – RR 2001, 393 ff., 449 ff.

Beckmeister/Trittin, Kündigungsschutzgesetz, Umorganisation, 2000

Felder, Kündigungsschutz für alle, NZA 1998, 1254 ff.

Feudner, Betriebsbedingte Kündigung quo vadis, NZA 2000, 1136 ff.

Fiebig u.a., Kündigungsschutzgesetz, 2000

Kiel/Koch, Die betriebsbedingte Kündigung, 2000

Kittner, u.a. Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl., 1999

Lingemann, Krankheitsbedingte Kündigung, BB 1998, 1106 ff.

Außerordentliche Kündigung

Däubler, Rechtsextreme im Betrieb, NJW 2000, 3691 ff.

Grimm/Baron, Einhaltung der Kündigungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB, DB 2000, 570 ff.

Fromm, Tätlichkeiten im Betrieb, BB 1997, 1946 ff.

Lücke, Die Verdachtskündigung, BB 1998, 2259 ff.

Otto, Der Wegfall des Vertrauens in den ArbN als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 2000

Polzer/Powletzka, Rechtsextremismus als Kündigungsgrund, NZA 2000, 970 ff.

Richardi, Formzwang im Arbeitsverhältnis, NZA 2001, 57 ff.

Ricken, Außerordentliche Kündigung, RdA 2001, 49 ff.

Schlachter, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, NZA 2001, 121 ff.

Dokumentation: H 2221

INFOnet > Suchbegriff: ibv 20/2003

Der Öffentliche Dienst, Heft 6/2003;
HSt I c3 10/2003

