

Grundlegendes zur Arbeitgeberkündigung

mit Checkliste und dem nachfolgenden Arbeitsgerichtsverfahren

Inhaltsverzeichnis

I.	VERGLEICH ALS REGELFALL VOR DEM ARBEITSGERICHT	3
II.	CHECKLISTE FÜR DIE ARBEITGEBERKÜNDIGUNG	5
1.	Ordnungsgemäße Kündigungserklärung	5
a.	Vorüberlegung: Abmahnung, fristgerechte oder fristlose Kündigung?	5
b.	Schriftform, § 623 BGB und begründungsfrei	7
c.	Zugang und Vertretung, § 130 BGB und § 164 + 174 BGB	8
2.	Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG	11
3.	Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 9 MuSchG, § 18 BEEG, § 15 KSchG, § 85 SGB IX	13
4.	Massenentlassungsanzeige, § 17 KSchG	14
5.	Allgemeiner Kündigungsschutz nach §§ 1, 23 KSchG	16
a.	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich, §§ 1 I, 23 KSchG	16
b.	Soziale Rechtfertigung der Kündigung, § 1 I 1, II 1 KSchG	17
6.	Keine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB	18
7.	Einhaltung der Kündigungsfrist, § 622 BGB	18
III.	3-WOCHEN-FRIST FÜR ERHEBUNG KÜNDIGUNGSSCHUTZKLAGE, § 4 KSchG	20
IV.	DAS ARBEITSGERICHTSVERFAHREN	21
1.	Zuständigkeit für Kündigungsschutzklagen: Arbeitsgericht	21
2.	Ablauf des Arbeitsgerichtsverfahrens	21
V.	GRUNDLEGENDES ZUR ABFINDUNG	23
VI.	FAZIT	24

Abkürzungsverzeichnis

- AG Arbeitgeber oder Amtsgericht (sonst ggf. auch AG = Aktiengesellschaft als juristische Person)
- AN Arbeitnehmer
- ArbG Arbeitsgericht
- ArbGG Arbeitsgerichtsgesetz
- AuAR Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift
- AV Arbeitsvertrag
- BAG Bundesarbeitsgericht, Entscheidungen abrufbar unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>
- BAT Bundes-Angestellten-Tarifvertrag
- BAT-KF Bundes-Angestellten-Tarifvertrag in kirchlicher Fassung
- BB Betriebsberater, Zeitschrift
- BetrVG Betriebsverfassungsgesetz
- BGB Bürgerliches Gesetzbuch
- BGH Bundesgerichtshof
- BPersVG Bundespersonalvertretungsgesetz
- BR Betriebsrat
- BV Betriebsvereinbarung
- DB Der Betrieb, Zeitschrift
- GF Geschäftsführer
- InsO Insolvenzordnung
- KSchG Kündigungsschutzgesetz
- LAG Landesarbeitsgericht
- MAV Mitarbeitervertretung
- NJW Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
- NJR-RR Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport, Zeitschrift
- NZA Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Zeitschrift
- SGB Sozialgesetzbuch
- SprAuG Sprecherausschußgesetz (Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten)
- TV Tarifvertrag
- TzBfG Teilzeit- und Befristungsgesetz (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge)
- ZPO Zivilprozessordnung

Einleitung

Der Beitrag befasst sich mit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus Arbeitgebersicht. Welche Fehler gilt es im Vorfeld zu vermeiden?

In aller Regel ist es sinnvoll im Vorfeld mit einem **Fachanwalt für Arbeitsrecht** Kontakt aufzunehmen, um die Kündigungserklärung rechtssicher zu gestalten. Wir unterstützen Sie sehr gerne bei der Formulierung der Kündigung und dem sich ggf. anschließenden Kündigungsschutzverfahren.

Warum enden gefühlt 80 % aller Gerichtsverfahren vor dem Arbeitsgericht durch Vergleich und nur etwa 20 % werden streitig durch Urteil entschieden?

I. Vergleich als Regelfall vor dem Arbeitsgericht

Der Großteil aller arbeitsgerichtlichen Verfahren betrifft Bestandsschutzstreitigkeiten, d.h. sehr oft Kündigungsschutzverfahren - zum Teil auch im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang nach § 613 a BGB.¹

Wenn der Arbeitgeber nicht ohnehin vorausschauend nur einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, der durch Auslaufen (Zeitablauf oder Zweckerreichung) endet, stellt sich grds. folgendes Szenario ein: Der Arbeitgeber kündigt (i.d.R. aus verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Gründen), der zumeist rechtsschutzversicherte Arbeitnehmer sucht anwaltlichen Rat und quasi als Reflex zur ausgesprochenen Kündigung wird eine Kündigungsschutzklage erhoben. Dies ist mittlerweile fast schon ein Automatismus.

Auch wenn wir die Arbeitnehmerseite beraten, prüfen wir sehr sorgfältig, ob ein Arbeitsgerichtsverfahren nicht doch aussichtsreich erscheint. Denn bekanntlich enden gefühlt bzw. statistisch gesehen etwa **80 %** aller arbeitsgerichtlichen Verfahren mit einem Vergleich nebst Abfindungszahlung. Dies nicht etwa weil es in Deutschland eine gesetzliche Verpflichtung zur Abfindungszahlung gäbe, wie viele Arbeitnehmer fälschlicherweise meinen. Auch nach 30-jähriger Beschäftigungsdauer und mehr hat der Arbeitnehmer grds. keinen Rechtsanspruch auf eine Abfindung, es sei denn es läge etwa ein (atypischer) Fall einer Sozialplanabfindung vor.² Allein die quälende Unsicherheit, ob die erklärte fristlose oder fristgerechte Kündigung nun wirksam ist oder nicht, also letztlich die drohende Annahmeverzugsproblematik, lässt viele Arbeitgeber zur Begrenzung der Prozessrisiken einen Vergleich abschließen. Denn wenn es nicht gerade um eine glasklare außerordentliche³ Kündigung z.B. wegen eines Vermögensdelikts, also etwa eines Diebstahls bzw. eines Betruges / einer Veruntreuung in gewisser Höhe geht, erfährt der Arbeitgeber erst nach einer Prozessdauer von ca. 4-6 Monaten⁴ in 1. Instanz, ob die Kündigung nun Bestand hat oder nicht. Selbst wenn der Arbeitgeber vorm Arbeitsgericht obsiegt, kann der unterlegene Arbeitnehmer

immer noch Berufung zum Landesarbeitsgericht einlegen und ggf. dort nach einer Gesamtprozessdauer von 12-18 Monaten und mehr obsiegen. Dies würde im Ergebnis dann dazu führen, dass der Arbeitgeber Gehalt bzw. Lohn für 1 Jahr und mehr nebst Zinsen nachzahlen hätte und das Arbeitsverhältnis zudem immer noch fortbesteht. Dies wäre nicht nur finanziell sehr unglücklich (Zahlung eines Jahresgehalts **ohne** Arbeitsleistung / Gegenleistung), in einem kleineren Betrieb käme zudem die Schmach dazu, den gekündigten AN nach verlorenem Prozess auch noch weiterbeschäftigen zu müssen.

Eben dieses geschilderte Szenario in Form eines drohenden Annahmeverzugsrisikos führt generell dazu, dass ein Vergleich mit Abfindungszahlung vor dem Arbeitsgericht an der Tagesordnung ist und eine streitige Entscheidung mittlerweile rechtstatsächlich die seltene Ausnahme darstellt. Begünstigt wird dieser Verlauf durch folgende Faktoren: Der Arbeitsrichter möchte in aller Regel auch lieber einen „schnellen Vergleich“⁵ abschließen, anstatt einen umfangreichen Kammertermin ggf. mit Zeugenvernehmung usw. durchzuführen und im Anschluss ein fundiertes Urteil schreiben zu müssen, was deutlich mehr Zeit kostet. Auch die enorme Arbeitsbelastung durch hohe Fallzahlen veranlasst den Arbeitsrichter generell einen Vergleich anzuraten, denn ansonsten wäre das Pensum auch kaum zu bewältigen. An einem Sitzungstag werden Güteverhandlungen generell im 15-Minuten-Takt terminiert. Selbstverständlich drängen auch die Anwälte als Prozessbevollmächtigte generell auf einen Vergleich, zum einen sicherlich um den oben geschilderten Prozessrisiken zu begegnen, zum anderen aber auch vor dem Hintergrund, dass durch einen Vergleichsabschluss eine zusätzliche Einigungsgebühr (früher Vergleichsgebühr) entsteht. Neben dem anwaltlichen Gebühreninteresse (weniger Arbeit verknüpft mit einem höheren Honorar) wird ein Vergleich vor dem Arbeitsgericht aber zudem noch besonders kostenrechtlich gefördert: Denn im Falle eines Vergleichsabschlusses entstehen keine Gerichtsgebühren.⁶ Nun tritt noch die gebührenrechtliche Besonderheit hinzu, dass der AN wie auch der AG ihren Anwalt im Arbeitsrecht außergerichtlich wie auch im Verfahren 1. Instanz vor dem Arbeitsgericht stets selbst bezahlen müssen.⁷ Dies bedeutet, dass ein Vergleich im arbeitsgerichtlichen Verfahren deutlich schneller erzielt werden kann. Denn die vom „normalen“ Zivilgericht⁸ bekannten, leidigen Diskussionen, wer nun welche Kosten mit welcher Quote (mit oder ohne Vergleichskosten) zu tragen hat, entfallen. Dies ist sicherlich mit ein wesentlicher Aspekt, warum so viele Vergleiche vor dem Arbeitsgericht geschlossen werden. Letztlich werden auch die Gerichte entlastet und es wird stärker eine Art Befriedigung beider Parteien erreicht.

Kurzum, Vergleiche vor dem Arbeitsgericht sind der Regelfall und streitige Entscheidungen eher selten.

Dennoch sollte der seinem Berufsethos verpflichtete Anwalt im Einzelfall auch zu einem Urteil raten, wenn die Sach- und Rechtslage eindeutig ist, das Prozessrisiko damit überschaubar und die eigene Partei ein schnelles Erledigungsinteresse nicht hat. Der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer sind aber stets gut beraten, im Falle einer Kündigung anwaltliche Hilfe in

Anspruch zu nehmen. Der AG sollte im Idealfall bereits den Ausspruch der Kündigung durch einen Rechtsanwalt sehr genau prüfen und begleiten lassen – denn es gibt eine Vielzahl an Fehlerquellen! Es ist deutlich günstiger den Anwalt zu bezahlen als im Nachgang mehrere Monatsgehälter (ggf. sogar ein Jahresgehalt und mehr!) ohne Gegenleistung.

Grundsatz:

Guter Rat ist nie zu teuer. Sehr „teuer“ kann es indes werden, im Kündigungsschutzverfahren auf anwaltliche Vertretung zu verzichten.⁹

II. Checkliste für die Arbeitgeberkündigung

Die nachfolgende Darstellung beschäftigt sich im Schwerpunkt mit den grundlegenden Prüfungspunkten einer arbeitsrechtlichen Kündigung in der Praxis, kann aber aufgrund der Vielgestaltigkeit aller Kündigungssachverhalte selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Wir vertreten Arbeitgeber wie Arbeitnehmer, so dass jeweils auf die einschlägigen Besonderheiten (z.T. auch nur kurz) eingegangen wird. Es ist klar: Ein Fehler, den der Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch begeht, wird sich der Arbeitnehmer bzw. dessen Anwalt zu Nutze machen. Der vorliegende Beitrag enthält damit zwar eine kurze „*Checkliste für die Arbeitgeberkündigung*“, ist aber – wie dargestellt – auch für die Arbeitnehmerseite von ungeheurer Wichtigkeit.

1. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

Dem ersten Prüfungspunkt der ordnungsgemäßen Kündigungserklärung ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Denn der Arbeitgeber muss (mit Hilfe seines Anwalts bzw. der Rechtsabteilung) zunächst entscheiden, ob der Arbeitnehmer fristlos (außerordentlich) oder fristgerecht (ordentlich) gekündigt werden soll. In jeder fristlosen (sofortigen) Kündigung steckt dabei als Minus auch immer eine fristgerechte Kündigung, d.h. die Willenserklärung kann in diesem Sinne gem. § 140 BGB ausgelegt bzw. umgedeutet werden.¹⁰ Bedeutsam ist zudem, wer die Kündigung unterschreiben darf. Besondere Beachtung bedarf insbesondere der Zugang der schriftlichen Kündigung. Denn was nützt eine schriftliche Kündigung, die nicht zugeht und damit keine Rechtswirkungen entfaltet.

a. Vorüberlegung: Abmahnung, fristgerechte oder fristlose Kündigung?

Aufgrund der Vielgestaltigkeit aller kündigungsrelevanten Sachverhalte kann an dieser Stelle naturgemäß nicht auf alle erdenklichen Konstellationen eingegangen werden. Nur soviel: Wenn eine fristlose / außerordentliche Kündigung in Betracht gezogen wird, müssen die Anforderungen des § 626 BGB zwingend erfüllt sein. Es muss also an sich ein wichtiger Grund

in Form eines massiven Fehlverhaltens des Arbeitnehmers vorliegen und zudem ist eine individuelle Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich.¹¹ Selbst wenn also ein wichtiger Kündigungsgrund gegeben ist, können Umstände, wie eine lange Betriebszugehörigkeit etwa dazu führen, dass das Interesse des Arbeitgebers an einer sofortigen Beendigung zurückstehen muss, so dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der regulären Kündigungsfrist zumutbar bzw. erforderlich ist.¹² Denn eine fristlose Kündigung darf immer nur „ultima ratio“, also letztes Mittel sein. Auch im Falle einer fristgerechten / ordentlichen Kündigung muss überlegt werden, ob eine Änderungskündigung nicht angezeigt bzw. erforderlich ist. Am besten ist es sicherlich, direkt in der Betreffzeile klar zu stellen, was nun für eine Kündigung ausgesprochen wird, also insb. fristgerecht oder doch fristlos. Auch wenn der Wortlaut des Kündigungsschreibens nach §§ 133, 157 BGB ausgelegt wird, ist eine klare Bezeichnung anzuempfehlen.

Wenn der Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz genießt (dazu unten), muss im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung in aller Regel im Vorfeld eine einschlägige Abmahnung¹³ erklärt worden sein.¹⁴ Sollte dies nicht der Fall sein, so ist auch eine Abmahnung in Betracht zu ziehen.¹⁵ Doch Vorsicht: Ist eine solche Abmahnung erst einmal ausgesprochen (was auch mündlich möglich ist, aus Beweis Zwecken aber immer schriftlich erfolgen sollte), ist der ggf. kündigungsrelevante Sachverhalt damit verbraucht und kann nicht mehr für eine Kündigung herangezogen werden! Abmahnungsberechtigt ist dabei jeder Vorgesetzte, d.h. jede Person, die dem Arbeitnehmer arbeitsrechtliche Weisungen erteilen kann (damit nicht nur der Arbeitgeber!). Es gibt auch keinen verbindlichen Zeitraum, in welchem die Abmahnung erklärt werden müsste, so dass eine Abmahnung auch noch nach mehreren Monaten ausgesprochen und zur Personalakte genommen werden kann. Grenze ist der Verwirkungseinwand, d.h. wenn etwa 1 Jahr verstrichen ist, wird es zusehends schwieriger eine Abmahnung noch zu rechtfertigen. Der AN muss die Abmahnung auch nicht sofort angreifen, er kann dies in einem späteren Kündigungsschutzverfahren immer noch gerichtlich (inzident) überprüfen lassen. Der Arbeitgeber sollte dabei für jedes Fehlverhalten eine eigene Abmahnung aussprechen. Dies ist zwar aufwendiger, doch wenn sich ein Vorwurf nicht beweisen lässt, wäre die gesamte Abmahnung sonst unwirksam. Es gibt dabei auch grds. keine Bagatellgrenze, d.h. theoretisch könnte der AG bereits eine Abmahnung aussprechen, auch wenn der AN nur 3 Minuten zu spät zur Arbeit erschienen ist. Letztlich bereitet eine Abmahnung in der Mehrzahl der Fälle eine Kündigung vor bzw. ist im Falle allgemeinen Kündigungsschutzes bei einer verhaltensbedingten Kündigung generell Rechtmäßigkeitsvoraussetzung. Eine Abmahnung stellt immer einen „Schuss vor den Bug“ dar, also der Arbeitnehmer wird explizit zu pflichtgemäßem Verhalten aufgefordert, weiß gleichzeitig aber auch, dass dieses konkrete Verhalten „nur“ zu einer Abmahnung geführt hat und damit verbraucht ist. Eine Abmahnung schafft somit für beide Arbeitsvertragsparteien letztlich Sicherheit.

Wenn jedoch kein allgemeiner Kündigungsschutz besteht (dazu unten), dann hat der Arbeitgeber immer das Recht, jederzeit eine fristgerechte Kündigung auszusprechen.¹⁶ Einer

vorherigen Abmahnung bedarf es dann generell nicht, auch wenn eine solche natürlich zulässig wäre.

b. Schriftform, § 623 BGB und begründungsfrei

Gemäß § 623 BGB müssen Kündigungen und auch Aufhebungsverträge im Arbeitsrecht schriftlich erfolgen, sonst sind sie unwirksam; die elektronische Form ist gleichfalls ausgeschlossen. Das Schriftformerfordernis ist zwingend und kann nicht (etwa im Arbeitsvertrag) abbedungen werden.¹⁷ Im Arbeitsgerichtsverfahren werden oft schriftliche Vergleiche mit Abfindungszahlung noch vor dem Gütetermin geschlossen. Ein solcher gerichtlicher Vergleich gem. § 278 Abs. 6 ZPO wahrt gleichfalls nach § 127 a BGB die erforderliche schriftliche Form.¹⁸ Selbstverständlich wahrt auch ein Vergleich im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens die notwendige Schriftform – Regelfall in der Praxis. Ein Verstoß gegen das zwingende Gebot der Schriftform führt grds. zur Nichtigkeit gemäß § 125 BGB. Generell ist der Arbeitgeber gut beraten, vor Ausspruch einer Kündigung ein Gespräch über den Abschluss eines Auflösungsvertrages ernsthaft in Betracht zu ziehen. Denn so kann ggf. ein langwieriger und teurer Rechtsstreit im Vorfeld direkt vermieden werden. Alternativ besteht im Falle einer betriebsbedingten Kündigung auch die Möglichkeit diese von vornherein mit einer Abfindungszahlung zu verbinden, wenn der AN im Gegenzug die 3-wöchige-Klagefrist ungenutzt verstreichen lässt. Die Praxis macht allerdings relativ selten Gebrauch von dieser (wohl weitgehend immer noch unbekannt) Möglichkeit.

Unabhängig davon, ob nun eine fristlose oder fristgerechte Kündigung vorliegt, bedarf es generell nicht der Angabe des Kündigungsgrundes. Selbst im Falle einer außerordentlichen Kündigung ist der Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 2 S. 3 BGB vom Kündigenden immer nur „auf Verlangen“ unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Bislang konnten Arbeitgeber mit gutem Gewissen dahingehend beraten werden, einfach nur die fristgerechte oder fristlose Kündigung zu erklären – mehr bedurfte es nicht: 1 Satz. Eine aktuelle Entscheidung des BAG vom 20. Juni 2013¹⁹ hat die Anforderungen nun deutlich erhöht:

Eine Kündigung muss (seit jeher) bestimmt und unmissverständlich erklärt werden. Der Empfänger einer ordentlichen Kündigungserklärung muss daher erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Regelmäßig genügt hierfür entweder die **Angabe des Kündigungsstermins oder der Kündigungsfrist**. Ausreichend ist lt. BAG aber auch ein Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen Fristenregelungen, wenn der Erklärungsempfänger hierdurch unschwer ermitteln kann, zu welchem (konkreten) Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Im vom BAG entschiedenen Fall bestand die Besonderheit, dass die gekündigte AN nach einer Betriebszugehörigkeit von gut 13 Jahren eine 5-monatige Kündigungsfrist (gem. § 622 II Nr. 5 BGB) gehabt hätte, jedoch der Insolvenzverwalter gekündigt hat, der nach § 113

S. 2 InsO mit einer verkürzten (maximalen) 3-monatigen Kündigungsfrist kündigen kann. Die Kündigung wurde dabei (wie so oft in der Praxis) erklärt „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Das ArbG und auch das LAG Hamm hatten der Klage stattgegeben, das BAG hat die Klage indes abgewiesen. Das Bundesarbeitsgericht erachtete die angegriffene Kündigung letztlich als hinreichend bestimmt. Als Quintessenz ist zukünftig zu beachten: Es darf „kein Rätselraten über den konkreten Beendigungszeitpunkt geben“. Hier kann nur der Praxistipp gegeben werden, zukünftig entweder die genaue Kündigungsfrist anzugeben oder als reine Wissensbekundung der Endtermin, etwa so: „Nach unserem Informationsstand endet das Arbeitsverhältnis daher am xx.xx.xxxx.“ Hier ist wiederum Vorsicht geboten, denn zum einen weiß der Arbeitgeber bei einer nur per Post versandten Kündigung nicht genau, wann diese den Arbeitnehmer erreicht und wirksam wird (insb. relevant in Fällen einer Probezeitkündigung mit 2-Wochen-Frist) und zum anderen birgt ein Rechenirrtum die Gefahr, dass der AN diesen Umstand gleichfalls (erst recht) zum Anlass nimmt, die Kündigung klageweise anzugreifen. Kurzum, eine Kündigungserklärung bietet eine Vielzahl nicht zu unterschätzender Fehlerquellen. Wenn eine ordnungsgemäße Kündigung dann nachgeschoben wird, sind oft schon Monate vergangen und der AN genießt nun ggf. sogar schon allgemeinen Kündigungsschutz.

Auch wenn viele Kündigungsschreiben in der Praxis einen Hinweis auf § 38 SGB III enthalten, also die Verpflichtung sich innerhalb von maximal 3 Tagen²⁰ persönlich bei der Arbeitsagentur zu melden

c. Zugang und Vertretung, § 130 BGB und § 164 + 174 BGB

Auf den Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung ist besonderes Augenmerk zu legen. Denn was nützt eine Kündigung, die mangels wirksamer Kenntnis beim Arbeitnehmer letztlich keine Rechtswirkungen entfaltet? Der Arbeitgeber ist daher gut beraten grds. folgende Reihenfolge einzuhalten: Am sichersten ist es, die schriftliche Kündigung persönlich zu übergeben und sich den Empfang vom AN quittieren zu lassen. Die Erfahrung zeigt aber, dass in der Ausnahmesituation einer Kündigung Arbeitnehmer große Angst haben, etwas falsch zu machen und daher verweigern, den bloßen Empfang zu quittieren. Dies muss respektiert werden. Dann sollte aber in jedem Fall, was sonst auch ratsam ist, ein Zeuge geholt werden, der die Übergabe der Kündigung später in einem Gerichtsverfahren bezeugen kann. Sollte eine persönliche Kündigungsübergabe nicht möglich sein, etwa weil der AN bereits längere Zeit arbeitsunfähig krankgeschrieben ist, dann sollte statt einer Postversendung in jedem Falle die Übergabe / der Einwurf in den Briefkasten des AN durch einen vertrauenswürdigen Mitarbeiter vorgezogen werden (nicht durch den Arbeitgeber selbst, denn der ist in einem späteren Arbeitsgerichtsverfahren Partei, kann also nicht Zeuge sein). Nur wenn eine persönliche Übergabe (unter Zeugen) und auch ein Einwurf der Kündigung in den Briefkasten des AN durch einen Mitarbeiter / Zeugen nicht möglich ist, etwa weil der AN weit entfernt wohnt, sollte eine Zusendung per Post erfolgen. Doch hier ist wieder Vorsicht geboten: Die

Kündigungserklärung sollte nicht per Einschreiben mit Rückschein erfolgen, was nahe liegen würde, um den Zugang zu dokumentieren, sondern besser durch ein Einwurf-Einschreiben. Denn die Praxis zeigt, dass Arbeitnehmer ein Übergabeeinschreiben entweder nicht annehmen oder die Sendung nicht abholen, wenn sie durch einen Benachrichtigungsschein im Briefkasten über die Postsendung informiert werden. Denn vom Arbeitgeber kann hier nur „Böses“ drohen. Kurzum, wenn nur eine Versendung mit der Post möglich ist: Bitte keinen einfachen Brief versenden. Denn der Arbeitgeber muss in einem späteren arbeitsgerichtlichen Verfahren den Zugang beweisen – das kann er hier nicht (nur die Versendung mit der Post belegt nichts, insb. nicht den Zugang des Briefes). Auch ein Einschreiben mit Rückschein birgt die große Gefahr in sich, dass der AN das Schriftstück nicht abholt. Ob dies dann tatsächlich eine Zugangsvereitelung ist, wäre in einem Gerichtsverfahren schwer zu beweisen. **Wenn per Post, dann bitte per Einwurf-Einschreiben versenden.**

Doch die schriftliche Kündigung muss auch von der richtigen, also kündigungsberechtigten Person unterzeichnet sein. Wenn der Arbeitgeber unterschreibt, ist dies natürlich gar kein Problem. Doch gerade in größeren Unternehmen steht man immer wieder vor der Frage, wer eine Kündigung unterschreiben darf bzw. muss.²¹

Letztlich können an dieser Stelle nicht sämtliche möglichen Sachverhalte abgehandelt werden, in aller Kürze lässt sich aber Folgendes ausführen: Wenn wir Arbeitnehmer vertreten, erweisen sich in der Praxis eine Vielzahl von Kündigungen im Ergebnis als unwirksam, entweder weil die schriftliche Kündigung von einer Person unterzeichnet wurde, die dazu nicht befugt ist oder weil der Kündigungsempfänger nicht hinreichend über die Kündigungsbefugnis informiert wurde (insb. Nichtvorlage der Vollmacht ist hier bedeutsam!).

Die klärungsbedürftige Frage, wer in einem Betrieb / Unternehmen überhaupt zur Kündigung befugt ist, richtet sich dabei grds. nach allgemeinem Vertretungsrecht. Dabei lässt sich kurz und prägnant festhalten: Zur Vertretung des Arbeitgebers und damit zur Kündigung ist berechtigt, wer durch Vertretungsmacht auf gesetzlicher bzw. organschaftlicher (z.B. Geschäftsführung) oder auf rechtsgeschäftlicher Grundlage (z.B. Prokura, Handlungsvollmacht) zum Ausspruch von Kündigungen ermächtigt ist bzw. wurde.²² Im Grunde kann der Arbeitgeber bzw. die zur Geschäftsführung berechtigte Person (in der GmbH der Geschäftsführer in der AG der Vorstand) jede andere Person zur Vornahme von Kündigungen generell bzw. zu einer speziellen Kündigung im Einzelfall ermächtigen. Aus Beweisgründen und wegen § 174 BGB sollte dies immer schriftlich erfolgen. Denn nur die Erteilung der Vollmacht genügt nach § 174 S. 1 BGB nicht, vielmehr muss der Kündigungsberechtigte die Vollmachtsurkunde auch im Original (Abschrift, Fax oder Fotokopie reicht nicht!)²³ gegenüber dem Gekündigten vorlegen. Ganz konkret hat die äußerst praxisrelevante Regelung des § 174 BGB folgenden knappen Wortlaut:

§ 174 BGB Einseitiges Rechtsgeschäft eines Bevollmächtigten

*Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine **Vollmachtsurkunde** nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte.*

Die in einem Unternehmen (GmbH, AG usw.) bestehenden Vertretungsregelungen ergeben sich zumeist aus dem Handelsregister, so dass auf organschaftliche Vertreter (z.B. GF in der GmbH bzw. Vorstand in der AG usw.) § 174 BGB wegen der ohnehin offiziellen Verlautbarung in den gerichtlichen Registern unanwendbar ist.²⁴ Kurzum, erfolgt die Vertretung entsprechend der im Handelsregister veröffentlichten und damit für jeden einsehbaren²⁵ Regelungen, wird keine gesonderte Vorlage einer Vollmacht benötigt.

Ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde droht in den anderen Fällen aber in der Tat stets die Gefahr der Zurückweisung nach § 174 S. 1 BGB, die aber „unverzüglich“, d.h. ohne schuldhaftes Zögern im Sinne von § 121 S. 1 BGB²⁶ erfolgen muss. Eine Zurückweisung nach 3 Wochen oder auch nur 17 Tagen ist dabei nicht mehr unverzüglich.²⁷ Vorsicht: Auch 6 Tage können schon zu lang sein.²⁸ Sollte die Zurückweisung durch einen Rechtsanwalt und zudem auch noch unverzüglich erfolgen, so können Sie sich § 174 BGB selbst zu Nutze machen und den Spieß ggf. umdrehen, wenn der Anwalt es versäumt hat, seine Bevollmächtigung selbst schriftlich nachzuweisen. Auch ist die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber bzw. der organschaftliche Vertreter als Vollmachtgeber den zu Kündigenden von der Bevollmächtigung (im Vorfeld) in Kenntnis gesetzt hat. Nach dem BAG wie auch dem BGH ist es für ein „von der Bevollmächtigung in Kenntnis setzen“ nach § 174 S. 2 BGB indes ausreichend, wenn ein Vertreter die Kündigung ausspricht, mit dessen Stellung eine Kündigungsbefugnis regelmäßig verbunden ist.²⁹ Eine solche grundsätzliche Kündigungsbefugnis gilt u.a. für Prokuristen, Generalbevollmächtigte sowie Leiter von Personalabteilungen, die üblicherweise eine Kündigungsbefugnis inne haben.³⁰ Sollte man über die Kündigungsbefugnis aber Zweifel haben, so sollte stets zuvor anwaltlicher Rat eingeholt werden. Hierdurch lassen sich etliche Fehler im Vorfeld vermeiden, so dass einem Arbeitsgerichtsverfahren in aller Regel gelassen entgegen gesehen werden kann. So hat das Bundesarbeitsgericht³¹ etwa über die Wirksamkeit einer durch einen Niederlassungsleiter unterzeichneten Kündigung Folgendes entschieden: Im Arbeitsvertrag war ausdrücklich vermerkt, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch durch den „Objektleiter / Niederlassungsleiter“ erfolgen kann. Das BAG stellte indes überraschenderweise fest, dass die bloße Mitteilung im Arbeitsvertrag, der jeweilige Inhaber einer bestimmten Stelle dürfe kündigen, nicht ausreiche. Erforderlich sei ein zusätzliches Handeln des Vollmachtgebers, aufgrund dessen es dem Gekündigten möglich ist, der ihm genannten – kündigungsbefugten – Funktion die (konkrete) Person des jeweiligen Stelleninhabers zuzuordnen. Dazu ist es ausreichend, wenn dem AN im Arbeitsvertrag oder sonst auch im laufenden Arbeitsverhältnis

konkret aufgezeigt wird, wie diese bevollmächtigte Person ermittelt werden kann, also z.B. durch einen Aushang am Schwarzen Brett oder über das Intranet. Ein sicherer Weg über die Kündigungsberechtigung zu informieren dürfte es auch sein, einfach eine Rundmail an alle Arbeitnehmer zu senden (im Verteiler Nachricht an alle AN).

Wenn der Arbeitgeber die schriftliche Kündigung nicht selbst unterzeichnet, so kann diese dennoch wirksam wie folgt erklärt werden:

- Unterzeichnung der Kündigung durch die im Handelsregister eingetragenen und zur Vertretung berechtigten Personen;
- Unterzeichnung allein durch den Personalleiter (der nicht gleichzeitig Prokurist ist)³²;
- Vorlage einer schriftlichen Originalvollmacht zusammen mit dem Kündigungsschreiben.³³

Dies waren nun die wesentlichen Formalien, die es einzuhalten gilt. Ein besonderes wichtiger Aspekt ist aber auch die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates gem. § 102 BetrVG. Sollte es einen BR bzw. ein vergleichbares Organ geben, so ist dieses stets im Vorfeld ordnungsgemäß anzuhören. Ein Fehler in diesem sensiblen Bereich „rächt sich sofort“.

2. Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG

Mit einer der ersten Punkte, die durch den Arbeitnehmeranwalt im Falle einer Kündigung und der Prüfung eines erfolgversprechenden Vorgehens dagegen beim AN im 1. Besprechungstermin abgefragt werden, ist das Bestehen eines Betriebsrates bzw. der erfolgten Anhörung des BR nach § 102 BetrVG. Wenn es keinen Betriebsrat gibt, ist die Prüfung hier abgeschlossen. Denn § 1 I BetrVG berechtigt nur, in Betrieben mit i.d.R. mind. 5 (ständig wahlberechtigten) Arbeitnehmern einen Betriebsrat zu wählen, stellt aber keine diesbezügliche Pflicht auf. Daher kann es durchaus vorkommen, dass ein Unternehmen zwar 50 und mehr Mitarbeiter hat, aber keinen Betriebsrat. Dies ist in der anwaltlichen Praxis auch durchaus keine Seltenheit. Ab einer gewissen Unternehmensgröße gibt es aber einen Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat und ggf. auch einen Konzernbetriebsrat. Kurzum, vor jeder (!) Kündigung, sei sie nun als fristlose oder fristgerechte Kündigung erklärt, ist zunächst der Betriebsrat ordnungsgemäß anzuhören. Der BR ist vollständig und wahrheitsgemäß zu unterrichten. Eine ohne bzw. mit fehlerhafter Anhörung des BR ausgesprochene Kündigung ist immer (!) unwirksam. Die Klagebegründung ist recht kurz „Der BR wurde nicht angehört.“, die Klage schon gewonnen.

§ 102 BetrVG Mitbestimmung bei Kündigungen

(1) Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

(2) Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. § 99 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(3) Der Betriebsrat kann innerhalb der Frist des Absatzes 2 Satz 1 der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn

- 1. der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat,*
- 2. die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 verstößt,*
- 3. der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,*
- 4. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder*
- 5. eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat.*

(4) Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Betriebsrat nach Absatz 3 der Kündigung widersprochen hat, so hat er dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.

(5) Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen, und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen. Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht ihn

durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nach Satz 1 entbinden, wenn

- 1. die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint oder*
- 2. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder*
- 3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.*

(6) Arbeitgeber und Betriebsrat können vereinbaren, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.

(7) Die Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats nach dem Kündigungsschutzgesetz bleiben unberührt.

Auf all die möglichen Fallgestaltungen kann hier an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen werden.³⁴

Bei bestimmten Arbeitnehmergruppen ist nicht der Betriebsrat, sondern einem diesem Organ vergleichbares anderes Mitarbeitervertretungsorgan zu beteiligen:

- § 31 Abs. 2 SprAuG (Sprecherausschußgesetz) bei leitenden Angestellten,
- § 75 BPersVG bzw. LandesPersVG bei AN des öffentlichen Dienstes,
- Mitarbeitervertretung (MAV) bei „kirchlichen Arbeitnehmern“.³⁵

3. Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 9 MuSchG, § 18 BEEG, § 15 KSchG, § 85 SGB IX

Weiter gilt es den besonderen Kündigungsschutz bes. schutzbedürftiger Personengruppen wie werdender Mütter (§ 9 MuSchG)³⁶, Arbeitnehmer die sich in Elternzeit befinden bzw. max. bis 8 Wochen vor Beginn der Elternzeit (§ 18 BEEG)³⁷, Betriebsratsmitglieder³⁸ bzw. gleichgestellter Person (§ 15 KSchG)³⁹ und Schwerbehinderter (§§ 85, 90 SGB IX) bzw. diesen Gleichgestellter⁴⁰ unbedingt zu beachten. Denn auch wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt z.B. nichts von der Schwangerschaft⁴¹ der Arbeitnehmerin bzw. der Schwerbehinderung des AN weiß, ist eine Kündigung **unheilbar nichtig**. Innerhalb der 3-wöchigen Kündigungsfrist ist der schwerbehinderte Arbeitnehmer aber gehalten, seine Schwerbehinderung bzw. die Gleichstellung dem AG direkt anzuzeigen (nur die Geltendmachung im Rahmen der 3-wöchigen Frist der Kündigungsschutzklage genügt deshalb nicht unbedingt, da die Klage dem AG ggf. erst nach Ablauf der 3 Wochen zugestellt wird). Im

Falle besonderen Kündigungsschutzes besteht ggf. aber auch die Möglichkeit, vor Kündigungsausspruch die Zustimmung bei einer besonderen öffentlichen Stelle zu beantragen. Im Falle einer Schwangeren wäre dies in NRW etwa die Bezirksregierung gem. § 9 III MuSchG, die nur im Ausnahmefall zustimmt und auch lediglich dann, wenn der Grund absolut keinen Bezug zur Schwangerschaft aufweist. Deutlich erfolgversprechender ist es, bei einer angedachten Kündigung eines Schwerbehinderten das zuständige Integrationsamt im Vorfeld um Zustimmung zur (fristlosen bzw. fristgerechten) Kündigung zu ersuchen.⁴² In der Praxis ist die Durchführung des Integrationsamtsverfahrens aber in der Regel ein langwieriger und mühseliger Prozess⁴³, was die Verhandlungsbereitschaft der Arbeitgeberseite über die Zahlung einer möglichen Abfindung deutlich erhöht. Doch Achtung: Den besonderen Kündigungsschutz genießen schwerbehinderte Menschen nach § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erst, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung (ohne Unterbrechung) bereits länger als 6 Monate bestanden hat, was oftmals übersehen wird. Der besondere Kündigungsschutz greift indes nicht, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer (zuvor getroffenen) wirksamen Befristungsabrede endet.

4. Massenentlassungsanzeige, § 17 KSchG

Bei Massenentlassungen im Sinne von § 17 KSchG, also beim Überschreiten bestimmter Schwellenwerte hat der Arbeitgeber einerseits nach Abs. 1 die Arbeitsagentur zu unterrichten, damit diese sich auf die Entlassungswelle einstellen kann. andererseits aber gem. Abs. 2 auch den Betriebsrat rechtzeitig und zweckdienlich schriftlich zu unterrichten.

§ 17 KSchG Anzeigepflicht

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

- 1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,*
- 2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,*
- 3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer*

innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlaßt werden.

(2) Beabsichtigt der Arbeitgeber, nach Absatz 1 anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat er dem Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich insbesondere zu unterrichten über

- 1. die Gründe für die geplanten Entlassungen,*
- 2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer,*
- 3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,*
- 4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,*
- 5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,*
- 6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.*

Arbeitgeber und Betriebsrat haben insbesondere die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.

(3) Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten; sie muß zumindest die in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben enthalten. Die Anzeige nach Absatz 1 ist schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats zu den Entlassungen zu erstatten. Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrats nicht vor, so ist die Anzeige wirksam, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, daß er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach Absatz 2 Satz 1 unterrichtet hat, und er den Stand der Beratungen darlegt. Die Anzeige muß Angaben über den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebes enthalten, ferner die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer. In der Anzeige sollen ferner im Einvernehmen mit dem Betriebsrat für die Arbeitsvermittlung Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat eine Abschrift der Anzeige zuzuleiten. Der Betriebsrat kann gegenüber der Agentur für Arbeit weitere Stellungnahmen abgeben. Er hat dem Arbeitgeber eine Abschrift der Stellungnahme zuzuleiten.

(3a) Die Auskunfts-, Beratungs- und Anzeigepflichten nach den Absätzen 1 bis 3 gelten auch dann, wenn die Entscheidung über die Entlassungen von einem den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen getroffen wurde. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, daß das für die Entlassungen verantwortliche Unternehmen die notwendigen Auskünfte nicht übermittelt hat.

(4) Das Recht zur fristlosen Entlassung bleibt unberührt. Fristlose Entlassungen werden bei Berechnung der Mindestzahl der Entlassungen nach Absatz 1 nicht mitgerechnet.

(5) Als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift gelten nicht

- 1. in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist,*
- 2. in Betrieben einer Personengesamtheit die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit berufenen Personen,*
- 3. Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Personen, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind.*

Jüngst hat das BAG, Urteil vom 21.3.2013 – 2 AZR 60/12⁴⁴ dazu Folgendes ausgeurteilt:

„Ist vor Ausspruch einer Kündigung ein nach § 17 Abs. 2 KSchG erforderliches Konsultationsverfahren nicht durchgeführt worden, ist die Kündigung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB rechtsunwirksam bzw. nichtig.“

Dies waren nun im Grunde alle formalen Kriterien bzw. formellen Anforderungen für eine wirksame Kündigung.

5. Allgemeiner Kündigungsschutz nach §§ 1, 23 KSchG

Besonders bedeutsam für alle Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmeranwälte ist stets der Prüfungspunkt, ob der gekündigte Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz genießt. Denn hier ist eine maßgebliche Weichenstellung in der weiteren Vorgehensweise, insbesondere auch für die Entscheidung ob Vergleichsgespräche aufgenommen werden sollen oder nicht, zu verzeichnen. Kurz und knapp kann gesagt werden: Kein allgemeiner Kündigungsschutz, dann auch keine Abfindung.

a. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich, §§ 1 I, 23 KSchG

Damit der AN allgemeinen Kündigungsschutz hat, müssen 2 Anforderungen erfüllt sein: In persönlicher Hinsicht muss der AN gem. § 1 Abs. 1 KSchG länger als 6 Monate in demselben Betrieb bzw. Unternehmen (ohne Unterbrechung) als Arbeitnehmer beschäftigt sein. Abzustellen ist hier allein auf den Kündigungszeitpunkt, d.h. den Zugang der Kündigung und nicht den Zeitpunkt, wann das Arbeitsverhältnis beendet werden soll. In sachlicher Hinsicht müssen gem. § 23 Abs. 1 S. 2 f. KSchG aktuell im Betrieb mehr als 10 AN (bis 31.12.2003: mehr als 5 AN)⁴⁵ regelmäßig beschäftigt sein. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten

Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte AN mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit bis 20 h mit dem Faktor 0,5, bis 30 h mit dem Faktor 0,75 und darüber mit dem Faktor 1 zu berücksichtigen.⁴⁶ Hierbei werden in der Praxis immer wieder die Reinigungskräfte, die Aushilfen und speziell die geringfügig Beschäftigten (450,- €-Job) schlichtweg „vergessen“, da sie zu Unrecht nicht als reguläre Beschäftigte eingestuft werden. Doch hier sei nur am Rande bemerkt: Auch ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis ist ein ganz normales Teilzeitarbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 2 TzBfG, die AN haben alle Rechte und Pflichten eines regulären Beschäftigten. Es kann daher sein, dass im Betrieb 14 Arbeitnehmer und mehr beschäftigt werden, indes nicht Vollzeit, so dass das KSchG im Ergebnis nicht zur Anwendung gelangt.

b. Soziale Rechtfertigung der Kündigung, § 1 I 1, II 1 KSchG

In jedem Falle sind Arbeitgeber stets gut beraten, die Beschäftigtenzahl nach dem Berechnungsmodus des § 23 KSchG kontinuierlich zu beobachten. Denn bei Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes ändert sich schlagartig Alles: Der Arbeitgeber kann nur noch in ganz eng gesteckten Grenzen kündigen, d.h. die Kündigung muss zwingend sozial gerechtfertigt sein im Sinne von § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 KSchG, damit sie überhaupt rechtswirksam ist. Kurzum, ein Arbeitgeber, der gedenkt den „elften“ AN einzustellen bzw. den AN, der dazu führt, dass im Unternehmen mehr als 10 AN (also 10,25 AN und mehr) beschäftigt sind, sollte diese Einstellung sehr genau überdenken und abwägen. Denn von 1 Sekunde auf die andere ändern sich schlagartig seine gesamten Kündigungsmöglichkeiten: Konnte er vorher quasi völlig frei entscheiden, welcher AN gekündigt werden soll, bedarf es nun stets einer gesonderten Rechtfertigung. Eine Kündigung ist bei Anwendung des allg. Kündigungsschutzgesetzes nämlich nur noch bei Vorliegen von verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Gründen zulässig. Das Arbeitsgericht prüft nun sehr genau. Kurzum, jede Kündigung bedarf nun der sozialen Rechtfertigung, bis wieder dauerhaft die Schwelle von maximal 10 AN erreicht ist. Konnte also im Kleinbetrieb (bis max. 10 AN) noch völlig frei gekündigt werden und zwar auch ohne vorherige Abmahnung (!), sieht nun alles komplett anders aus. So weitreichende Folgen die Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes auch für die Arbeitgeberseite hat, genauso vorteilhaft ist das Eingreifen des KSchG für den Arbeitnehmer.

Es würde an dieser Stelle deutlich zu weit führen, sämtliche oben genannten 3 Kündigungsbereiche (verhaltens-, personen- und betriebsbedingte Kündigung i.S.v. § 1 II 1 KSchG) detailliert auszuführen. Nur so viel: Bei Anwendung des allg. Kündigungsschutzgesetzes hat einer verhaltensbedingten Kündigung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes grds. eine einschlägige Abmahnung voranzugehen. Bei Kündigungen aus dringenden betrieblichen Gründen hat zwingend eine Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu erfolgen, d.h. eine betriebsbedingte Kündigung ist trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der AG bei der Auswahl des AN 1.) die Dauer der

Betriebszugehörigkeit, 2.) das Lebensalter, 3.) die Unterhaltspflichten und 4.) die Schwerbehinderung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Auf Verlangen hat der Arbeitgeber die Gründe anzuführen, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Jedoch: Nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sind in die soziale Auswahl solche Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insb. wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Kurzum, Leistungsträger können aus der erforderlichen Sozialauswahl ggf. ausgenommen werden.

6. Keine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB

Weiter darf keine Unwirksamkeit gem. §§ 138, 242 BGB vorliegen, wobei diese Prüfung insbesondere zum Tragen kommt, wenn sonst kein allgemeiner Kündigungsschutz einschlägig ist. Jedoch ist es ständige Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber im Kleinbetrieb grds. frei in seiner Entscheidung ist, wer gekündigt wird und wer nicht. Nur in krassen Fällen, wenn der Arbeitgeber etwa eine langjährige Arbeitnehmerin mit 5 unterhaltsberechtigten Kindern kündigt, damit eben diese Stelle von einem jungen, ledigen Auszubildenden besetzt wird, mag man an eine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB denken. Dies sind jedoch eng begrenzte Ausnahmefälle, so dass eben nicht „quasi durch die Hintertür“ allgemeiner Kündigungsschutz bzw. eine ebensolche Prüfung eröffnet wird. Ein anderer eher theoretischer Fall wäre dieser: Der Arbeitgeber verletzt den AN und kündigt diesem dann, weil er arbeitsunfähig krank ist. Nur am Rande sei bemerkt, dass ein kranker Arbeitnehmer selbstverständlich sonst grds. auch gekündigt werden darf – diese Frage kommt mitunter von Arbeitgeberseite. Dies sind also alles mehr Prüfungspunkte, die der Vollständigkeit halber aufgenommen wurden, in der täglichen Praxis aber kaum weiter Bedeutung erlangen.⁴⁷

7. Einhaltung der Kündigungsfrist, § 622 BGB

Im Falle einer ordentlichen, also fristgerechten Kündigung hat der Arbeitgeber die richtige Kündigungsfrist einzuhalten. Diese ergibt sich primär aus dem geschlossenen Arbeitsvertrag, sonst aus anwendbarem Tarifrecht bzw. ggf. einer Betriebsvereinbarung. Nur wenn es hier keine einschlägige Regelung zur Kündigungsfrist gibt, gelangen die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 BGB zur Anwendung. Es verlängert sich gemäß § 622 Abs. 2 BGB immer nur die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber, während für den AN grds. die verkürzte Frist von 4 Wochen zum 15. eines Monats bzw. Ende des Kalendermonats gilt, es sei denn arbeitsvertraglich ist vereinbart, dass auch für den Arbeitnehmer die verlängerten Kündigungsfristen gelten.

§ 622 BGB Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen

(1) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von **4 Wochen** zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

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

1. zwei Jahre bestanden hat, **1 Monat** zum Ende eines Kalendermonats,
2. fünf Jahre bestanden hat, **2 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
3. acht Jahre bestanden hat, **3 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
4. zehn Jahre bestanden hat, **4 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
5. zwölf Jahre bestanden hat, **5 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
6. 15 Jahre bestanden hat, **6 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
7. 20 Jahre bestanden hat, **7 Monate** zum Ende eines Kalendermonats.

Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt. § 622 II 2 BGB ist nicht mehr anzuwenden!⁴⁸

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

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

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

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

2. wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt und die Kündigungsfrist vier Wochen nicht unterschreitet.

Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen. Die einzelvertragliche Vereinbarung längerer als der in den Absätzen 1 bis 3 genannten Kündigungsfristen bleibt hiervon unberührt.

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

Mit Blick auf die aktuelle Entscheidung des BAG vom 20.6.2013, Az. 6 AZR 805/11⁴⁹ dürfte der Arbeitgeberseite anzuraten sein, neuerdings entweder den Kündigungstermin anzugeben oder wenigstens die Kündigungsfrist anzugeben. Nur die knappe Formulierung „Wir kündigen das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt.“ Könnte gewisse Unsicherheiten in sich bergen. Nach dem Bundesarbeitsgericht ist aber auch ein Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen Fristenregelungen ausreichend, wenn der Erklärungsempfänger hierdurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Auch im vom BAG entschiedenen Fall bekam die Arbeitgeberseite bzw. der Insolvenzverwalter letztlich recht.

Nur kurz angemerkt sei noch, dass der Insolvenzverwalter nach § 113 S. 2 InsO mit einer verkürzten Kündigungsfrist von nur 3 Monaten zum Monatsende kündigen kann, wenn nicht ohnehin eine kürzere Frist maßgeblich ist (also bei Beschäftigungsverhältnissen von weniger als 8 Jahren, vgl. § 622 II 1 Nr. 3 BGB). Ansonsten hat der Insolvenzverwalter aber alle regulären Kündigungsanforderungen zu beachten, wie oben dargestellt.

III. 3-Wochen-Frist für Erhebung Kündigungsschutzklage, § 4 KSchG

Nach § 4 S. 1 KSchG hat der gekündigte Arbeitnehmer zwingend innerhalb einer Frist von 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht⁵⁰ zu erheben, wenn er geltend machen will, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. Der Klageantrag muss lauten „auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist“. Es ist hierbei stets angezeigt, der Klage die Kündigung als Anlage beizufügen. Denn wenn versehentlich eine falsche Partei verklagt wird, kann das Arbeitsgericht immer noch die Kündigungserklärung zur Auslegung heranziehen, wer eigentlich verklagt werden soll. Der Arbeitnehmer kann die Klage dabei auch selbst erheben und ggf. sogar zu Protokoll der Geschäftsstelle erheben. Eine anwaltliche Vertretung ist vor den Arbeitsgerichten nicht

erforderlich, wenn auch sicherlich sehr sinnvoll und angezeigt. Auf Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmerseite führt fachkundiger anwaltlicher Rat generell zu besseren Ergebnissen. Sollte indes die 3-Wochen-Frist⁵¹ zur Erhebung der Kündigungsschutzklage nicht gewahrt worden sein, so werden (alle) Unwirksamkeitsgründen gemäß § 7 KSchG „geheilt“. Die Kündigung gilt dann als von Anfang an wirksam, wenn nicht ausnahmsweise eine nachträgliche Zulassung der Klage nach § 5 KSchG möglich ist.

IV. Das Arbeitsgerichtsverfahren

Für sämtliche arbeitsrechtlichen Streitigkeiten – so auch Kündigungsschutzverfahren – sind die Arbeitsgerichte im ersten Rechtszug generell zuständig. Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht richtet sich prozessual nach dem Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG). Speziell das arbeitsgerichtliche Verfahren ist in besonders hohem Maße auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits ausgelegt (vgl. § 57 Abs. 2 ArbGG), was bereits an der frühzeitigen Terminierung eines Gütetermins (vgl. § 54 ArbGG) ersichtlich wird.

1. Zuständigkeit für Kündigungsschutzklagen: Arbeitsgericht

Das Arbeitsgericht ist regelmäßig das Gericht I. Instanz für Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – insbesondere für sog. Bestandsschutzstreitigkeiten (vor allem Kündigungsschutzklagen). Der Spruchkörper des Arbeitsgerichts ist die „Kammer“, sie entscheidet mit einem Berufsrichter und 2 ehrenamtlichen Richtern, von denen einer aus der Reihe der Arbeitnehmer und der andere aus dem Kreis der Arbeitgeber stammt. Alle drei Mitglieder der Kammer haben theoretisch je eine Stimme. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass der Arbeitsrichter sicherlich die treibende Kraft ist – denn er hat Jura studiert und erläutert die juristischen Zusammenhänge daher meist so, wie er sie sieht (Beratungen sind aber geheim).

2. Ablauf des Arbeitsgerichtsverfahrens

Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht wird grundsätzlich mit einem frühen **Gütetermin** vor dem Kammervorsitzenden (ohne Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter) eingeleitet. Dieser Termin soll kurzfristig nach Einreichung der Klage stattfinden, wobei gemäß § 61 a ArbGG eine besondere Prozessförderungspflicht in Kündigungsverfahren gilt. Nach dessen Abs. 2 soll die Güteverhandlung daher „innerhalb von 2 Wochen nach Klageerhebung“ stattfinden. Die Praxis zeigt jedoch, dass hier meist 3 Wochen und mehr vergehen. Die Arbeitsgerichte in Deutschland sind generell überlastet. Der Gütetermin dient der ersten, vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage und dem Versuch, eine schnelle gütliche Einigung zu erzielen (vgl. § 54 Abs. 1 ArbGG). Scheitert der Termin, so findet ein weiterer Termin ("Kammertermin") vor der gesamten Kammer statt. Diesen müssen die Parteien durch

Schriftsätze vorbereiten. Erscheint eine Partei im Termin nicht, kann ein Versäumnisurteil (VU) beantragt werden. Es ist in der Praxis aber auch durchaus möglich mit Zustimmung der Parteien einen 2. Güetermin, der alsbald stattzufinden hat, gem. § 54 Abs. 1 S. 5 ArbGG anzusetzen. Sehr oft wird direkt im Güetermin ein Vergleich bzw. ggf. ein Widerrufsvergleich geschlossen, der mit einer bestimmten Frist (z.B. 2 Wochen) von einer oder beiden Parteien widerrufen werden kann.

Gegen Urteile des Arbeitsgerichts ist das Rechtsmittel der Berufung gem. §§ 64 ff. ArbGG zulässig, wenn der Streitwert 600,00 Euro übersteigt oder das Arbeitsgericht die Berufung zugelassen hat bzw. in Bestandsschutzstreitigkeiten immer. Die Berufung wird vor dem Landesarbeitsgericht verhandelt. Gegen Urteile des Landesarbeitsgerichts ist ggf. das Rechtsmittel der Revision nach §§ 72 ff. ArbGG zum BAG eröffnet, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die Revision muss entweder durch das LAG selbst oder im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde durch das Bundesarbeitsgericht zugelassen worden sein. Ausnahmsweise kann eine Sprungrevision gem. § 76 ArbGG direkt vom Arbeitsgericht zum Bundesarbeitsgericht eingelegt werden, wenn der Gegner schriftlich zustimmt und wenn sie vom Arbeitsgericht auf Antrag im Urteil oder nachträglich durch Beschluss zugelassen wird.

Vor dem Arbeitsgericht besteht in erster Instanz, wie bereits dargestellt, kein Anwaltszwang. Wenn gleichwohl ein Anwalt eingeschaltet wird, können im Urteilsverfahren die Anwaltskosten, die in der ersten Instanz entstehen – anders als im ordentlichen Zivilprozess – von der Gegenseite auch im Falle des Obsiegens nicht ersetzt verlangt werden (§ 12a ArbGG). Dies ist eine absolute Besonderheit des Arbeitsrechts. Gewinnt eine Partei in einem späteren Rechtszug, also im Berufungs- bzw. Revisionsverfahren, ist die unterlegene Seite zur Erstattung der Anwaltskosten des Gegners (nur) in diesen beiden Instanzzügen verpflichtet. Der Grundsatz, dass die Kosten des Anwalts in der ersten Instanz nicht erstattet werden, gilt allerdings nicht für die Kosten, die dadurch entstanden sind, dass die Klage zunächst bei einem anderen Gericht (z. B. Amtsgericht) erhoben wurde, welches sich dann für unzuständig erklärt und das Verfahren an das Arbeitsgericht abgegeben hat (§ 12a Abs. 1 Satz 3 ArbGG).

Verfahren vor dem Arbeitsgericht unterliegen generell einem besonderen Beschleunigungsgrundsatz. Das Arbeitsgericht muss versuchen, die Sachen möglichst schnell zu verhandeln. Hierfür hat es die Möglichkeit, den Parteien kurze Fristen zu setzen und auch anzuordnen, dass Vortrag, der verspätet eingereicht wird, nicht berücksichtigt werden kann. Nach Möglichkeit ist das Verfahren in einem Kammertermin zu erledigen. Trotz dieser Vorgabe sind die Verfahrenslaufzeiten an den Arbeitsgerichten sehr unterschiedlich, teilweise benötigen die Gerichte bis zu einem Urteil nur 3-6 Monate, teils über 1 Jahr. Die lange Verfahrensdauer und das damit einhergehende Erledigungsinteresse der Parteien begünstigen in hohem Maße (schnelle) Vergleichsabschlüsse.

V. Grundlegendes zur Abfindung

In aller Regel können Betroffene aber zumindest die finanziellen Folgen einer Kündigung mit einer Abfindungszahlung abmildern. Manche Irrtümer halten sich jedoch hartnäckig: Es ist grundsätzlich falsch, dass Arbeitnehmer in Deutschland in Falle einer Kündigung Anspruch auf eine Abfindung hätte. Es ist richtig, dass eine Vielzahl an Verfahren durch Vergleich mit Abfindungszahlung enden, indes nicht, weil hierauf ein gesetzlicher Anspruch bestünde (siehe oben in der Einleitung). Laut einer Studie der Bertelsmann-Stiftung glauben sogar zwei Drittel aller Deutschen, dass dieses Prozedere in einem speziellen „Abfindungsgesetz“ geregelt sei. Wunsch und Rechtswirklichkeit klaffen also weit auseinander. Ein spezielles Gesetz zum finanziell attraktiven Ausscheiden sucht man in Deutschland vergebens, ebenso ein generelles Recht auf Abfindung. Dennoch enden aus den eingangs geschilderten Gründen etliche Kündigungsschutzverfahren mit einer Abfindungssumme.

Ganz selten kommt es in der anwaltlichen Praxis vor, dass der gekündigte Arbeitnehmer seinen alten Arbeitsplatz tatsächlich zurück haben möchte.⁵² In aller Regel geht es, wie in allen Rechtsstreitigkeiten, „ums Geld“. Dies ist allen Beteiligten bewusst, dennoch muss nach aktueller Gesetzeslage (Kündigungsschutzgesetz, KSchG) nun mal der Weg der Kündigungsschutzklage beschritten werden, um letztlich ggf. an eine Abfindung zu kommen. Als Faustformel hat sich bei allen Arbeitsrechtlern, also speziell den Richtern und Anwälten eingebürgert, im Falle einer wackeligen Kündigung und eines Vergleichs mit Abfindungszahlung $\frac{1}{2}$ Bruttomonatsgehalt pro Jahr der Beschäftigung zu vereinbaren, mal mehr mal weniger – abhängig von den Erfolgsaussichten der Kündigungsschutzklage. Wenn der Arbeitgeber sehr gute Erfolgsaussichten hat, dass die Kündigung wirksam ist und damit Bestand haben dürfte, fällt die Abfindung deutlich geringer aus. Wenn der Arbeitnehmer aber voraussichtlich erfolgreich sein wird mit seiner Klage, also ein beträchtliches Annahmeverzugsrisiko für den Arbeitgeber droht, wird der AG mitunter auch bereit sein 1 oder sogar 2 Bruttomonatsgehälter / Beschäftigungsjahr zu zahlen. Es ist eben letztlich Verhandlungssache, wobei die Erfolgsaussichten maßgeblich die Abfindungshöhe bestimmen.

Kurzum, der Kündigungsschutzprozess ist in den meisten Fällen nicht mehr als eine Art „Scheingefecht“, bei dem es nur vordergründig um den Bestand des Arbeitsverhältnisses geht, i.d.R. ist die Zahlung einer hohen Abfindung das eigentlich erklärte Ziel. Dass es auf solche Zahlungen keinerlei gesetzlichen Anspruch gibt, stört niemanden. Die Ursache ist im komplexen deutschen Arbeitsrecht zu sehen, das kaum noch eine verlässliche Prognose über den Ausgang des Prozesses zulässt und zudem sicher in dem weiteren Umstand, dass der eine Richter die Kündigung „durchwinken“ würde, der andere Richter hingegen zu Gunsten des AN entscheidet. So ist es durchaus denkbar, dass die ersten beiden Instanzen dem Arbeitnehmer recht geben, das Bundesarbeitsgericht dann aber letztlich doch zugunsten des Arbeitgebers entscheidet.⁵³ Andersherum ist dies natürlich genauso denkbar. Eben diese unkalkulierbaren Risiken will man mit einem Vergleich samt Abfindungszahlung letztlich einfangen. Diese Ungewissheit ist für Unternehmen äußerst unerfreulich: Ein Prozess über mehrere Instanzen

kann sich nicht nur jahrelang hinziehen – er ist auch ausgesprochen kostenintensiv. Arbeitgeber, die schnell Rechtssicherheit wollen, sind daher oft gut beraten, dem gekündigten Mitarbeiter etwas Geld mit auf den Weg zu geben und sich dafür endlose juristische Querelen zu ersparen – man nennt dies „Vergleich im Erledigungsinteresse“. Dies stellt aber keinen unbedingten Automatismus dar. Denn es gibt durchaus Fälle, in denen sich ein langer Rechtsstreit für den Arbeitgeber doch lohnt, wenn der Mitarbeiter etwa während der gerichtlichen Auseinandersetzung eine neue Stelle gefunden hat oder sich ohnehin im Krankengeldbezug befindet, ist das ggf. bestehende Annahmeverzugsrisiko relativ überschaubar.

Auch einige Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen gewähren Arbeitnehmern mitunter ausnahmsweise einen verbindlichen Anspruch auf eine Entschädigung für den Arbeitsplatzverlust. Zudem kann sich ein Mitarbeiter eine Abfindung sichern, wenn er im Fall einer betriebsbedingten Kündigung von vorneherein auf eine Kündigungsschutzklage verzichtet. In dieser Konstellation (vgl. § 1 a KSchG) muss der Arbeitgeber allerdings schon im Kündigungsschreiben ausdrücklich darauf hinweisen, dass er sich aus dringenden betrieblichen Gründen von dem Mitarbeiter trennen will, und zudem klarstellen, dass der AN die Abfindung nur dann beanspruchen kann, wenn er die dreiwöchige Klagefrist verstreichen lässt. Nach § 1 a Abs.2 S. 1 KSchG beträgt die Höhe der Abfindung 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr der Beschäftigung. Bislang haben Arbeitgeber von dieser Möglichkeit allerdings nur recht sparsam Gebrauch gemacht.

Wenn der Arbeitnehmer im Falle einer fristgerechten Kündigung die reguläre Kündigungsfrist einhält, muss er sich die Abfindung auch nicht auf sein Arbeitslosengeld anrechnen lassen. Anders sieht dies naturgemäß dann aus, wenn der AN eine hohe Abfindung erhält, nur weil er sich auf eine verkürzte Kündigungsfrist einigt, dies soll nicht zu Lasten der Solidargemeinschaft gehen, der Arbeitslosengeldanspruch ruht grds. bis zum regulären Arbeitsvertragsende (vgl. § 158 SGB III, früher § 143 a SGB III). Anders als bei einer Sperrzeit bedeutet das aber nicht, dass der Erwerbslose sich insgesamt mit weniger Geld bescheiden muss. Der Beginn der Zahlung des Arbeitslosengeldes wird lediglich nach hinten verschoben.

Die Zeiten, in denen Abfindungen zumindest teilweise steuerfrei waren, sind unwiederbringlich vorbei. Inzwischen unterliegen die Zahlungen in vollem Umfang der Einkommensteuer. Allerdings wird die Abfindung günstiger versteuert.

VI. Fazit

Kündigungen sind höchst fehlerträchtig, so dass Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer sich unbedingt anwaltlich beraten bzw. vertreten lassen sollten. Im Falle einer fristlosen Kündigung gem. § 626 BGB ist zudem besonderes Augenmerk drauf zu richten, unbedingt die 2-Wochen-Frist nach Abs. 2 zu beachten, d.h. spätestens zwei Wochen nach Kenntnis vom wichtigen Kündigungsgrund die fristlose Kündigung zu erklären. Ob nun im Einzelfalle zu einer fristlosen

oder vielmehr fristgerechten Kündigung zu raten ist, bedarf genauer rechtlicher Prüfung und Beratung im Vorfeld.

Anmerkungen

- 1 Siehe hierzu Statistiken des Bundesministeriums für Soziales und Arbeit unter <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Statistik-zur-Arbeitsgerichtsbarkeit/inhalt.html>.
- 2 Zum Teil wird eine Abfindungszahlung auch in einer Betriebsvereinbarung (BV) oder einem Tarifvertrag (TV) geregelt.
- 3 Weitere Ausnahme z.B. § 112 BetrVG Interessenausgleich über Betriebsänderung mit Sozialplan: In diesen Fällen regelt § 1 V KSchG Folgendes: *„Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat **namentlich** bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Abs. 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur (noch) auf **grobe Fehlerhaftigkeit** überprüft werden.“*
- 4 Die Mehrzahl der Verfahren wird nach spätestens 6 Monaten in 1. Instanz abgeschlossen, jedoch dauern Arbeitsgerichtsverfahren I. Instanz oft auch 6-12 Monate und länger (2. Instanz noch nicht berücksichtigt), vgl. <http://www.arbeitsgerichtsverband.de/Statistik%20ArbGe.htm>.
- 5 Auch das formelle Prozessrecht – speziell beim Arbeitsgericht – hat generell eine gütliche Einigung in jeder Lage des Prozesses im Blick (vgl. § 54 I 1 ArbGG bzw. allg. § 278 I f. ZPO: *„Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.“*). Zudem gibt es nun auch die Möglichkeit eines Mediationsverfahrens bzw. eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (vgl. neuerdings § 54 a ArbGG, im Zivilprozess: § 278 a ZPO).
- 6 Im normalen Zivilprozess (vor dem AG bzw. LG) reduzieren sich die Gerichtskosten nur von 3 auf 1 Gerichtsgebühr.
- 7 Es sei denn eine Rechtsschutzversicherung übernimmt die RA-Kosten oder der Partei wird PKH (Prozesskostenhilfe) gewährt. Eine RS-Versicherung im Bereich des Arbeitsrechts ist daher nicht nur Arbeitnehmern, sondern auch Arbeitgebern dringend anzuraten. Es ist auch so, dass zunehmend Unternehmen / Arbeitgeber rechtsschutzversichert sind – insb. wenn es sich um Bereiche mit hoher Fluktuation und damit vielen Arbeitsgerichtsverfahren handelt.
- 8 Amtsgericht (AG), Landgericht (LG) bzw. Oberlandesgericht (OLG) und BGH.
- 9 DAV-Slogans: *Ein Anwalt ist günstiger als kein Anwalt. Die meisten „Unfälle“ passieren am Schreibtisch. Eine Unterschrift kann Sie reich machen oder ruinieren.*
- 10 Vgl. hierzu Palandt, 71. Aufl. 2012, § 140 Rn. 9 m.w.N.
- 11 Vgl. hierzu ausführlich die einschlägigen Kommentierungen, wie z.B. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht.
- 12 Vgl. in diesem Zusammenhang die grundlegende „Emmely-Entscheidung“ des BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NJW 2011, 167 = NZA 2010, 1227 = DB 2010, 2395.
- 13 Eine Abmahnung besteht immer aus 2 konkreten Bestandteilen: 1.) Das pflichtwidrige Fehlverhalten des AN ist möglichst konkret anzuführen (Datum, Uhrzeit, ggf. Zeugen). 2.) Es müssen für den Wiederholungsfall immer zwingend arbeitsrechtliche Konsequenzen angedroht werden, etwa so *„Im Wiederholungsfalle drohen arbeitsrechtliche Konsequenzen (auch z.B. eine fristlose oder fristgerechte Kündigung).“*

- 14 Eine Abmahnung ist jedoch nicht bei Straftaten erforderlich und i.d.R. bei Sachverhalten, wo der AN ohne Weiteres davon ausgehen muss, dass ein solches Verhalten vom AG nicht toleriert wird, wie etwa eigenmächtiger Urlaubsantritt ohne Absprache.
- 15 Auch im Falle von beharrlicher Arbeitsverweigerung ist eine vorherige Abmahnung anzuraten.
- 16 Anders formuliert: Der Arbeitgeber kann quasi jederzeit eine fristgerechte Kündigung aussprechen – ohne jeden Kündigungsgrund!
- 17 Palandt, 71. Aufl. 2012, § 623 Rn. 3 am Ende.
- 18 Palandt, a.a.O. § 623 Rn. 7 unter Verweis auf BAG, NJW 2007, 1831.
- 19 BAG, Urt. v. 20.06.2013 – 6 AZR 805/11, abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de (bislang aber nur als Pressemitteilung Nr. 41/13 – Stand: 10.09.2013).
- 20 Sonst 3 Monate nach § 38 I 1 SGB III, wenn die Kündigungsfrist länger als 3 Monate ist.
- 21 Näher dazu *Jentsch / Lostermann*, Wer darf unterzeichnen?, AuAR 2012, S. 90 ff.
- 22 Ausführlich und instruktiv dazu *Jentsch / Lostermann*, a.a.O., AuAR 2012, S. 90 ff.
- 23 Vgl. Palandt, 71. Aufl. 2012, § 174 Rn. 5 unter Verweis auf BGH, NJW 1981, 1210; 1994, 1472, Hamm NJW-RR 2005, 134; vgl. zur Faxkopie Hamm, NJW 1991, 1185.
- 24 Palandt, § 174 Rn. 4 unter Verweis auf BGH, NJW 2002, S. 1194.
- 25 Siehe hierzu <http://www.handelsregister.de>.
- 26 Siehe hierzu die Kommentierung im Palandt, § 121 Rn. 2 ff. m.w.N.
- 27 Palandt, § 174 Rn. 6 unter Verweis auf BAG, DB 1999, S. 1612, Hamm NJW-RR 1988, 282.
- 28 Palandt, § 174 Rn. 6 unter Verweis auf Hamm, NJW 1991, 1185.
- 29 Vgl. BAG, Urt. v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, S. 427; BGH, Urt. v. 20.10.2008 – II ZR 107/07, NJW 2009, S. 293.
- 30 Vgl. so bereits BAG, Urt. v. 30.5.1972 – 2 AZR 298/71, DB 1972, S. 1680.
- 31 BAG, Urt. v. 14.4.2011 – 6 AZR 727/09, AuA 1/12, S. 55.
- 32 Zu möglichen Problemen vgl. *Jentsch / Lostermann*, a.a.O., AuAR 2012, S. 90 (91).
- 33 Dies gilt etwa auch, wenn der Rechtsanwalt für die Firma kündigt.
- 34 Vgl. ausführlich etwa die Kommentierung im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht.
- 35 Siehe dazu etwa Bundes-Angestellten-Tarifvertrag in kirchlicher Fassung (BAT-KF) v. 22.10.2007 mit Änderungen (§ 33 BAT-KF zu Kündigungen).

[36](#) Mutterschutzgesetz (Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter).

[37](#) Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit).

[38](#) Beachte § 103 I BetrVG: Selbst die fristlose Kündigung bedarf der Zustimmung des BR!

[39](#) § 15 I 1 KSchG: „Die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung oder eines Seebetriebsrats ist unzulässig, es sei denn es liegen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung vor.“ Gleiches gilt für Wahlbewerber nach § 15 III KSchG. Siehe zu weiteren geschützten Personengruppen dort in § 15 KSchG.

[40](#) § 2 III SGB IX: *Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung (GdB) von weniger als 50, aber wenigstens 30 (=30 bis 49 GdB), bei denen die übrigen Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz i.S.d. § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen).*

[41](#) Hier ist die Schwangere aber gehalten den Arbeitgeber innerhalb von 2 Wochen zu informieren gem. § 9 I 1 MuSchG (aber: das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird).

[42](#) Siehe dazu z.B. Kommentierung im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 85 SGB IX.

[43](#) Vgl. für NRW etwa <http://www.lwl.org/LWL/Soziales/integrationsamt/kuendigungsschutz/>.

[44](#) BAG, Urt. v. 21.3.2013 – 2 AZR 60/12, NZA 2013, 966 = DB 2013, 1912.

[45](#) Achtung: Diese Grenze gilt für sog. Altarbeitnehmer heutzutage immer noch, wenn durchweg mehr als 5 Alt-AN beschäftigt wurden – so Rspr. des BAG.

[46](#) § 23 I 4 KSchG.

[47](#) Relevant könnte aber § 612 a BGB werden, wenn ein Fall einer Maßregelungskündigung vorliegt.

[48](#) § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB darf nicht mehr angewendet werden, weil die Regelung mit dem Recht der Europäischen Union unvereinbar ist, vgl. BAG, Urt. v. 01.09.2010, 5 AZR 700/09, BAGE 135, 255 = NJW 2010, S. 3740 = NZA 2010, S. 1409 = DB 2010, S. 2620 (im Anschluss an EuGH v. 19.01.2010 - C-555/07 – Küçükdeveci).

[49](#) Vgl. BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de.

[50](#) Wichtig ist hierbei nur überhaupt Klage zum Arbeitsgericht (ggf. vorab per Fax) zu erheben. Wird das örtlich unzuständige Arbeitsgericht angerufen, so ist dies unschädlich, die 3-Wochen-Frist ist dennoch gewahrt!

[51](#) Die Fristberechnung ist ganz einfach: Der AN bekommt die Kündigung z.B. am Donnerstag per Post oder persönlich übergeben, die Frist endet dann ebenfalls an einem Donnerstag um 24.00 Uhr 3 Wochen später.

[52](#) Ein Blick in die Statistik beweist allerdings, dass diese Fälle die Ausnahme sind: Weniger als zwei Prozent aller Gekündigten, die gegen ihre Entlassung Klage erhoben und den Prozess gewonnen haben, kehren tatsächlich zurück.

53 So geschehen z.B. in der Entscheidung BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de, Pressemitteilung Nr. 41/13 des BAG.