



# Masterstudiengang Wirtschaftsrecht: Individualarbeitsrecht

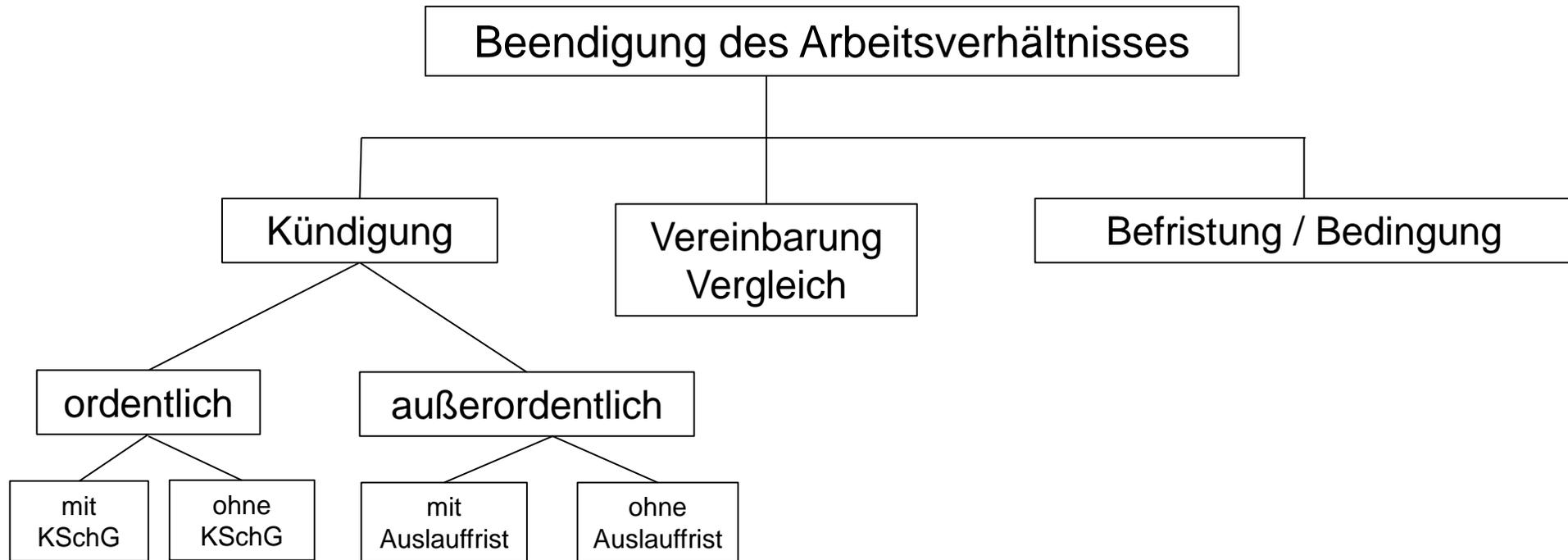
WS 2019/2020

17. und 24. Januar 2020

## Kündigungsrecht 1

**Dr. Wilhelm Moll, LL.M. (Berkeley)**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Beendigung des Arbeitsverhältnisses



## Rechtstatsächliches

---

4 - 5 Millionen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen

2,2 - 2,4 Millionen AG-Kündigungen

12 % - 15 % Kündigungsschutzklagen

Rückkehr?

Vergleich?

# Kündigung

---

## Willenserklärung

- auslegungsbedürftig / auslegungsfähig
- bestimmt/bestimmbar
- bedingungsfeindlich
- einseitig
- empfangsbedürftig
- formbedürftig
- rechtsgestaltend

## Kündigungserklärung Auslegung/Bestimmtheit (§§ 133, 157 BGB)

---

- Eindeutige Artikulierung des Willens zur künftigen oder sofortigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch einseitige Erklärung!
  - Eindeutige Erkennbarkeit der Art (außerordentlich oder ordentlich) der Kündigung
  - Eindeutige Erkennbarkeit des Erklärenden! [Formwechsel?!]
  - ≠ Bestätigung einer AN-Kündigung
  - ≠ Ankündigung einer Kündigung
  - ≠ Ankündigung des Wunsches zur Herbeiführung einer Beendigungsregelung
  - ≠ Nichtverlängerungsmitteilung
  - ≠ Hinweis auf andere Beendigungstatbestände
  - ≠ Bezugnahme auf eine nach § 174 BGB zuvor vom AN zurückgewiesene Kündigung
  - Angabe des Beendigungszeitpunktes einer ordentlichen Kündigung  
Bsp.: „... zum nächst zulässigen Termin. Das ist nach unserer Berechnung der 30. Juni 2016.“  
Bsp.: „ zum 30. Juni 2016 und hilfsweise zum nächst zulässigen Termin.“
  - Änderungskündigung: Bestimmtheit auch des Änderungsangebots!
  - Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen in eine wirksame ordentliche Kündigung (§ 140 BGB)?
-

## Angabe des Beendigungstermins Auswirkungen: §§ 4, 7 KSchG?

---

BAG 1.9.2010 - 5 AZR 700/09

BAG 15.5.2013 - 5 AZR 130/12

Auslegung: Regelfall jeder weitere in Betracht kommende Termin!

Anders: Beendigungsdatum ist ein integraler Teil der Kündigung!

Unterschied zur Rspr. des 2. und 6. Senats

*Die Entscheidungen des 5. Senats werfen zwei Fragen auf. Darf man bei der Auslegung von Kündigungen tatsächlich nicht mehr davon ausgehen, dass der Arbeitgeber sie zum zutreffenden Zeitpunkt hat aussprechen wollen? Kann der Inhalt der Kündigungserklärung entscheidend dafür sein, ob bei einer isolierten Kündigungsfristenklage die Drei-Wochen-Frist einzuhalten ist?*

Siehe kritisch dazu Eisemann, NZA 2011, S. 601 ff.; ders., JM 2014, S. 201ff.

## Kündigung zum nächstzulässigen Termin

---

BAG 10.04.2014 - 2 AZR 647/13, NZA 2015, S. 162; BAG 20.01.2016 - 6 AZR 782/14, NZA 2016, S. 485

Eine „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ erklärte Kündigung steht unter der - zulässigen - auflösenden Rechtsbedingung im Sinne von § 158 II BGB, dass das Arbeitsverhältnis nicht schon aufgrund eines schon aufgrund eines anderen Umstands endet. Ihre Wirkung endet, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis bereits durch den anderen Beendigungstatbestand aufgelöst worden ist.

Eine Kündigung „zum nächst zulässigen“ Termin oder „nächstmöglichen“ Zeitpunkt ist typischerweise dahin zu verstehen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen gesetzlichen, tarifvertraglichen und/oder vertraglichen Regelungen als rechtlich frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt.

Eine Kündigung „zum nächst zulässigen“ Termin ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Letzteres ist der Fall, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Die maßgebliche Kündigungsfrist kann sich aus Angaben im Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelung ergeben.

## **Schriftformerfordernis** **§ 623 BGB (01. Mai 2000)**

---

Problematik der bis dahin möglichen mündlichen Kündigung!

(Erfahrungen im Rechtstatsächlichen)

Schriftzweck: Rechtssicherheit! Übereilung!

➤ § 126 Abs. 1 BGB

≠ § 126 Abs. 3 BGB (§ 126a BGB)

≠ E-Mail (§ 623 Hs. 2 BGB)

≠ Telefax

Angabe eines Kündigungsgrundes außer in besonderen gesetzlichen oder tariflichen Fällen nicht erforderlich für Kündigungserklärung zwecks Formwahrung!

Frage: Kann die Berufung auf das Fehlen der Schriftform im Einzelfall je nach Fallgestaltung treuwidrig sein??? Grds.: Nein! Siehe dazu etwa LAG Hamm 28.04.2017 - 1 Sa 1524/16, NZA-RR 2018, S. 76 (Ausnahme nur bei unerträglichen Folgen).

## Schriftform: Turboklausel?

---

BAG 17.12.2015 - 6 AZR 709/14, NZA 2016, S. 361:

1. In einem Abwicklungsvertrag kann dem Arbeitnehmer das Recht zum vorzeitigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eingeräumt werden. Bei einer solchen Regelung bedürfen beide Parteien des Schutzes der grundsätzlich nicht abdingbaren Mindestkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB nicht. Dies entspricht auch dem Rechtsgedanken des § 12 KSchG.
2. Die Ausübung dieses vertraglichen Rechts zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt durch Abgabe einer Kündigungserklärung und unterfällt dem Formzwang des § 623 BGB.
3. Eine per Telefax übermittelte Kündigungserklärung genügt nicht den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB. Dabei ist unbeachtlich, dass nach Regelungen des Zivilprozessrechts die Übermittlung von Schriftstücken durch Telekopie ausreichend sein kann.

## Vertretung

---

Gesetzliche oder organschaftliche Vertretung

Bsp.:

Aktiengesellschaft: § 78 AktG

GmbH: § 35 GmbHG

GbR: § 714 BGB

Frage: Was gilt, wenn nur einer von mehreren GbR-Gesellschaftern unterzeichnet?

Anforderungen an die Kenntlichmachung des Handelns auch für die anderen GbR-Gesellschafter? Vgl. BAG 21.04.2005 - 2 AZR 162/04, NZA 2005, S. 865; LAG Düsseldorf 22.05.2015 - 10 Sa 811/14, LAGE § 623 BGB 2002 Nr. 11.

Siehe zur Kündigungserklärung für eine GbR etwa Spelge, RdA 2016, S. 309 ff.

Keine Relevanz von Bindungen im Innenverhältnis.

Vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern 20.03.2018 - 5 Sa 125/17.

## Vertretung

---

### Rechtsgeschäftliche Vertretung

- Handeln aufgrund Vertretungsmacht

§§ 164 Abs. 1, 167 ff. BGB

Vollmachterteilung gegenüber dem Erklärungsempfänger oder dem Vertreter (§ 167 Abs. 1 BGB)

Fehlendes Formerfordernis (§ 167 Abs. 2 BGB)

- Handeln im fremden Namen

§ 164 Abs. 2 BGB

„i. V.“ !

„i. A.“ ?

- Alle Gesamtvertreter müssen entsprechend bevollmächtigt sein! ≠ Gesamtprokurist mit Handlungsbevollmächtigten.

Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 21.06.2017 - 17 Sa 180/17.

## Vertretung

---

### Minderjährige

Kündigung durch den Minderjährigen: § 113 BGB!

Kündigung durch den Arbeitgeber: § 131 BGB?

## Vertretung

---

Rechtsfolgen des Fehlens der Vertretungsmacht:

- § 180 Satz 1 BGB (Unwirksamkeit)
- § 180 Satz 2 BGB, § 177 Abs. 1 und 2 BGB, § 184 Abs. 1 BGB  
(Genehmigungsmöglichkeit)  
(es kommt auf Einverständnis oder Nichtbeanstandung an)

## Zurückweisung nach § 174 BGB

---

- Zurückweisungsmöglichkeit ungeachtet bestehender Vertretungsmacht
- Nichtvorlage einer Original-Vollmachtsurkunde
- Zurückweisung der Kündigung aus diesem Grund
- Unverzögerlichkeitserfordernis (3 - 5 Tage und u. U. bis zu einer Woche)
- Keine Zurückweisung bei Inkennnissetzung des Erklärungsempfängers von der Bevollmächtigung durch den Arbeitgeber

Handelsregistereintragung bei Prokura

Berufung eines Mitarbeiters in eine mit der Kündigungsbefugnis üblicherweise verbundene Stellung (Personalleiter). Frage: Hoteldirektor (LAG Rheinland-Pfalz 25.06.2015 - 8 Sa 643/14, NZA-RR 2015, S. 634)? Achtung: Inkennnissetzung!? (LAG Schleswig-Holstein 25.02.2015 - 1 Sa 252/13)

Schwarzes Brett?

Intranet?

Vertragsklausel mit Bestimmung der Kündigungsbefugnis für eine bestimmte Person?

- Situation bei AktG-Vorstand und GmbH-Geschäftsführer
- Nicht seltene Situation: Zurückweisung der Zurückweisung!

## § 174 BGB und GbR

---

Der Kündigungserklärung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die nicht von allen Gesellschaftern unterzeichnet ist und der keine Vollmachtsurkunde des unterzeichnenden (vertretungsberechtigten) Gesellschafters beigelegt ist, kann vom Empfänger nach § 174 BGB zurückgewiesen werden. Das vorherige In-Kennntnis-Setzen von einer Bevollmächtigung erfordert eine entsprechende Information durch alle Gesellschafter.

Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 15.03.2019 - 9 Sa 445/18, LAGE § 174 BGB 2002 Nr. 5.

## (Gesamt-)Prokurist/Personalleiter

---

BAG 25.09.2014 - 2 AZR 567/13, NZA 2015, S. 159:

1. Ein Inkenntnissetzen im Sinne von § 174 S. 2 BGB liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter - zum Beispiel durch die Bestellung zum Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung - in eine Stelle berufen hat, mit der üblicherweise ein internes Kündigungsrecht verbunden ist.
2. Eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 S. 2 BGB scheidet auch dann aus, wenn der kündigende Personalleiter zugleich (Gesamt-)Prokurist ist und die im Handelsregister publizierte Prokura sein alleiniges Handeln nicht deckt. Es genügt, dass der Kündigungsempfänger aufgrund der - ihm bekannten - Stellung des Kündigenden als Personalleiter von einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung zum alleinigen Ausspruch von Kündigungen ausgehen muss. Ob der Personalleiter zugleich eine ausreichende Vertretungsmacht als (Gesamt-) Prokurist besitzt, ist daneben ohne Belang.
3. Das gilt auch dann, wenn der Personalleiter und (Gesamt-)Prokurist das Kündigungsschreiben mit dem Zusatz „ppa“ unterzeichnet. Der Zusatz nach § 51 HGB soll zwar klarstellen, dass der Erklärende als Prokurist für den Inhaber handelt. Daraus lässt sich aber nicht schließen, er habe als Personalleiter keine alleinige Kündigungsbefugnis. Ein (Gesamt-)Prokurist zeichnet selbst dann mit dem gewöhnlichen Prokurazusatz, wenn er nur mit interner Zustimmung des anderen (Gesamt-)Prokuristen handelt.

## Inkenntnissetzen i.S.v. § 174 BGB

---

BAG 24.09.2015 - 6 AZR 492/14, NZA 2016, S. 102:

1. Bei einseitigen Rechtsgeschäften genügt es im Gegensatz zu zweiseitigen Rechtsgeschäften für den Nachweis i.S.v. § 174 Satz 1 BGB grundsätzlich nicht, dass für ein früheres einseitiges Rechtsgeschäft eine Vollmacht vorgelegt war.
2. Ein Inkenntnissetzen i.S.v. § 174 Satz 2 BGB liegt auch vor, wenn einem früheren einseitigen Rechtsgeschäft eine Vollmacht beigelegt war, wenn daraus für den Empfänger deutlich wird, dass sie sich auch auf das spätere einseitige Rechtsgeschäft erstreckt, wenn sie nicht zwischenzeitlich widerrufen ist. § 174 BGB schützt den Empfänger nicht davor, dass er der Mitteilung über die Vertretungsverhältnisse keinen Glauben schenkt, sondern will ihm nur die Nachforschung darüber ersparen. Bei Zweifeln hinsichtlich der Vertretungsmacht kann er gemäß § 180 BGB deren Fehlen rügen.

## Zugang

---

Zeitpunkt relevant für: § 622 Abs. 1 und 2 BGB, § 626 Abs. 2 BGB, § 4 KSchG

- in verkehrüblicher Weise so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass unter gewöhnlichen Verhältnissen damit gerechnet werden kann, dass dieser Kenntnis nimmt - Familienangehöriger / Mitbewohner (Mitgabe eines Kündigungsschreibens an den Ehemann für die Ehefrau zu Hause?)

Mitarbeiter Poststelle JVA

Hausbriefkasten / Tageszeit (Nicht Sonntags: LAG Schleswig-Holstein 13.10.2015 - 2 Sa 149/15)

Hindurchschieben unter der Wohnungstür

Einschreiben (Differenzierung je nach Art des Einschreibens)

Heimatanschrift bei Krankheit oder Urlaub

Vereitelungs- oder Verzögerungsfälle (Bsp.: ArbG Berlin 30.10.2015 - 28 Ca 10591/15 [„nehme heute nichts entgegen“])

Darlegungs- und Nachweispflicht des Arbeitgebers

§ 308 Nr. 6 BGB, § 309 Nr. 12 BGB, § 309 Nr. 13 BGB

Siehe zu Zugangsfragen etwa Nebeling/Karcher, BB 2017, S. 437 ff.

## Nachweisproblematik

---

Steht Aussage gegen Aussage, weil ein Bevollmächtigter des Arbeitgebers angibt, er sei sich sicher, das Kündigungsschreiben an einem bestimmten Tag in den Briefkasten des Arbeitnehmers geworfen zu haben, dessen Ehefrau hingegen bekundet, sie habe den Briefkasten täglich geleert und ein Kündigungsschreiben darin nicht gefunden, so hat der Arbeitgeber für den Fall, dass weitere Beweismittel oder Indizien nicht vorliegen und nicht entschieden werden kann, welche Aussage vorzugswürdig ist, den Nachweis des Zugangs des Kündigungsschreibens nicht geführt.

Vgl. LAG Rheinland-Pfalz 04.05.2017 - 5 Sa 257/16.

## Einwurf-Einschreiben / Zugangsnachweis

---

1. Für den Absender streitet beim Einwurf-Einschreiben nach Vorlage des Einlieferungsbelegs zusammen mit der Reproduktion des Auslieferungsbelegs der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass die Sendung durch Einlegen in den Briefkasten bzw. das Postfach zugegangen ist, wenn das vorbeschriebene Verfahren eingehalten wurde. Das wurde vom Bundesgerichtshof für § 21 Abs. 1 Satz 2 GmbHG so entschieden (BGH 27.09.2016 - II ZR 299/15, Rn. 13, NJW 2017, 68).
2. Diese Rechtsprechung ist auf den streitigen Zugang einer Arbeitgeberkündigung beim Arbeitnehmer übertragbar.

Vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern 12.03.2019 - 2 Sa 139/18, LAGE § 130 BGB 2002 Nr. 10. Ebenso LAG Hamm 26.03.2014 - 5 Sa 1556/13. Anders ArbG Reutlingen 19.03.2019 - 7 Ca 89/18, AE 2019, S. 82.

## Zugang/Zugangsvereitelung (1)

---

BAG 26.03.2015 - 2 AZR 483/14, AP Nr. 27 zu § 130 BGB:

1. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Anwesenden zu und wird damit entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt. Es kommt nicht darauf an, ob der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück dauerhaft erlangt. Es genügt die Aushändigung und Übergabe, so dass für ihn die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Der Zugang einer verkörperten Willensbildung unter Anwesenden ist auch dann bewirkt, wenn das Schriftstück dem Empfänger mit der für ihn erkennbaren Absicht, es ihm zu übergeben, angereicht und, falls er die Entgegennahme ablehnt, so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er es ohne Weiteres an sich nehmen und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann.
2. Verhindert der Empfänger durch eigenes Verhalten den Zugang einer Willenserklärung, muss er sich so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung bereits zum Zeitpunkt des Übermittlungsversuchs zugegangen. Nach Treu und Glauben ist es ihm verwehrt, sich auf den späteren tatsächlichen Zugang zu berufen, wenn er selbst für die Verspätung die alleinige Ursache gesetzt hat. Sein Verhalten muss sich dafür als Verstoß gegen bestehende Pflichten zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme darstellen. Lehnt er grundlos die Entgegennahme eines Schreibens ab, muss er sich nach § 242 BGB jedenfalls dann so behandeln lassen, als sei es ihm im Zeitpunkt der Ablehnung zugegangen, wenn er im Rahmen vertraglicher Beziehungen mit der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen durch den Absender rechnen musste.

## Zugang/Zugangsvereitelung (2)

---

BAG 26.03.2015 - 2 AZR 483/14, AP Nr. 27 zu § 130 BGB:

3. Ein Arbeitnehmer muss regelmäßig damit rechnen, dass ihm anlässlich einer im Betrieb stattfindenden Besprechung mit dem Arbeitgeber rechtserhebliche Erklärungen betreffend sein Arbeitsverhältnis übermittelt werden. Der Betrieb ist typischerweise der Ort, an dem das Arbeitsverhältnis berührende Fragen besprochen und geregelt werden.
4. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Abwesenden i.S.v. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den gewöhnlichen Verhältnissen und den Gepflogenheiten des Verkehrs zu beurteilen. So bewirkt der Einwurf in den Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine generalisierende Betrachtung geboten.
5. Anders als dann, wenn ein Brief ohne Wissen des Adressaten erst nach den üblichen Postzustellzeiten in dessen Hausbriefkasten eingeworfen wird, ist mit der Kenntnisnahme eines Schreibens, von dem der Adressat weiß oder annehmen muss, dass es gegen 17.00 Uhr eingeworfen wurde, unter gewöhnlichen Verhältnissen noch am selben Tag rechnen.

## Zugang in schriftlicher Form

---

Abgrenzungsfragen bei Anwesenheit!!!

BAG 4.11.2004 - 2 AZR 17/05, NZA 2005, S. 513

Aushändigung einer Kopie zur Mitnahme und Empfangsbestätigung auf dem nicht mitgenommenen Original!?

Machtbereichskriterium

(nicht: „nur gucken, nicht anfassen“)

## Verkehrsanschauung / Zugang

---

1. Das in einen Hausbriefkasten eingeworfene Kündigungsschreiben geht dem Empfänger in dem Zeitpunkt zu, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist.
2. Die Feststellung des Bestehens und Inhalts einer Verkehrsanschauung ist eine im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Frage, deren trichterliche Beantwortung nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle daraufhin unterliegt, ob das Berufungsgericht bei seiner Würdigung einen falschen rechtlichen Maßstab angelegt, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat.
3. Die Fortdauer des Bestehens oder Nichtbestehens einer Verkehrsanschauung wird nicht vermutet. Zu den tatsächlichen Grundlagen einer gewandelten Verkehrsanschauung muss das Landesarbeitsgericht Feststellungen treffen.

Vgl. BAG 22.08.2019 - 2 AZR 111/19, NZA 2019, S. 1490.

(Einwurf einer a.o.K. in Hausbriefkasten am 13:25 Uhr am Freitag. Postzustellung regelmäßig bis 11:00 Uhr).

## Kündigungsfristen Überblick

---

§ 622 Abs. 1 und Abs. 2 BGB

Arbeitsvertrag (Günstigkeitsprinzip! ABER: § 622 Abs. 3 BGB, § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB, § 622 Abs. 5 BGB)

Tarifvertrag (§ 622 Abs. 4 Satz 1 BGB)

Erstreckung der für AG-Kündigung nach § 622 Abs. 2 BGB geltenden Fristen auf AN-Kündigung

§ 622 Abs. 6 BGB: Keine längeren Kündigungsfristen für AN als für AG

## Kündigungsfristen

### § 622 Abs. 2 BGB

---

Satz 1: Altersdiskriminierung durch Staffelung der Kündigungsfristen je nach Betriebszugehörigkeit (Richtlinie 2000/78/EG)?  
[Rechtsfolge der Richtlinienwidrigkeit: Anwendung der Höchstfrist?]

BAG 18.09.2014 - 6 AZR 636/13:

Zwar führt die Differenzierung der Kündigungsfrist nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit zu einer mittelbaren Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer. Die Verlängerung der Kündigungsfristen durch § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB verfolgt jedoch das rechtmäßige Ziel, länger beschäftigten und damit betriebstreuere, typischerweise älteren Arbeitnehmern durch längere Kündigungsfristen einen verbesserten Kündigungsschutz zu gewähren. Zur Erreichung dieses Ziels ist die Verlängerung auch in ihrer konkreten Staffelung angemessen und erforderlich i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b) Ziff. i) Richtlinie 2000/78/EG. Darum liegt keine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters vor.

Satz 2: Unanwendbarkeit wg. Europarechtswidrigkeit!

## Probezeitkündigung

---

Sieht der Arbeitsvertrag eine Probezeit von längstens sechs Monaten vor, kann das Arbeitsverhältnis gemäß § 622 Abs. 3 BGB ohne weitere Vereinbarung von beiden Seiten mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Ist jedoch in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag in einer weiteren Klausel eine längere Kündigungsfrist festgelegt, ohne unmissverständlich deutlich zu machen, dass diese längere Frist erst nach dem Ende der Probezeit gelten soll, ist dies vom Arbeitnehmer regelmäßig dahin zu verstehen, dass der Arbeitgeber schon während der Probezeit nur mit der vereinbarten längeren Frist kündigen kann.

Vgl. BAG 23.03.2017 - 6 AZR 705/15 (Abgekürzte Kündigungsfrist in der Probezeit nur bei eindeutiger Vertragsgestaltung).

Eine Probezeitvereinbarung, die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter der Überschrift „Sonstiges“ an anderer Stelle als die weiteren Beendigungsmodalitäten ohne drucktechnische Hervorhebung untergebracht ist, kann als überraschende Klausel unwirksam sein.

Vgl. LAG Niedersachsen 27.02.2018 - 10 Sa 25/17, LAGE § 305c BGB 2002 Nr. 8.

## Kündigungsfrist: Verlängerung

---

Wird die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder sog. Einmalbedingungen erheblich verlängert, kann darin auch dann eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB liegen, wenn die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber in gleicher Weise verlängert wird.

Vgl. BAG 26.10.2017 - 6 AZR 158/16 (3 Jahre zum Monatsende).

„Bei einer vom Arbeitgeber vorformulierten Kündigungsfrist, die die Grenzen des § 622 Abs. 6 BGB und des § 15 Abs. 4 TzBfG einhält, aber wesentlich länger ist als die gesetzliche Regelfrist des § 622 Abs. 1 BGB, ist nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Beachtung von Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen, ob die verlängerte Frist eine unangemessene Beschränkung der beruflichen Bewegungsfreiheit darstellt. Eine solche unausgewogene Gestaltung ist trotz der beiderseitigen Verlängerung der Kündigungsfrist zu bejahen. Der Nachteil der durch die verlängerte Kündigungsfrist eingeschränkten beruflichen Bewegungsfreiheit für den Beklagten ist wegen der konkret-individuellen Begleitumstände der Abrede unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dazu trägt vor allem die von der Klägerin beabsichtigte Verhinderung von Wettbewerb bei. Der unangemessene Nachteil wird wegen der konkreten Umstände des Einzelfalls nicht bereits dadurch ausgeglichen, dass sich der Beklagte langfristig auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses einrichten konnte.“

# Kündigungsfristen Günstigkeitsvergleich

---

Kündigungsfrist im Verhältnis zum Kündigungstermin

BAG 29.01.2015 - 2 AZR 280/14

1. Ensemble-, Gesamt- oder Gruppenvergleich!
2. Vergleichszeitpunkt: = Vertragsschluss  
= Erreichen einer Stufe  
≠ Kündigungszeitpunkt
3. Günstigkeit nur bei ausnahmsloser Vorteilhaftigkeit (es genügt nicht, dass die vertragliche Regelung in der Mehrheit der Fälle günstiger ist)
4. Bei fehlender Günstigkeit ausschließlich Anwendung der gesetzlichen Regelung! Keine Kombination von längerer gesetzlicher Frist und vertraglichen Kündigungstermin!
5. Anwendungsvorrang einer vertraglichen Regelung vor Erreichen der Stufe mit der besseren gesetzlichen Regelung? (noch offen)
6. Rechtsfolge: Umdeutung → 30.06.2013 - 31.07.2013

## § 113 InsO Übersicht

---

- Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- Insolvenz des Dienstberechtigten
- Änderungs- und Beendigungskündigung
- „Dienstverhältnis“
- muss nicht „angetreten“ sein
- Beidseitigkeit
- „Nachkündigung“
- Verhältnis zur außerordentlichen Kündigung?
- § 323 Abs. 1 UmwG?
- Sonderkündigungsschutz?

## § 113 Sätze 1 und 2 InsO

---

1. Dauerdienstverhältnis mit Kündigungsfrist länger als 3 Monate  
Verkürzung der Frist auf 3 Monate
  
2. Fristverträge ohne ordentliches Kündigungsrecht
  - Ermöglichung der ordentlichen Kündigung: Satz 1
  - Fristberechnung: Satz 2
  
3. Vereinbarte „Unkündbarkeit“  
(Kündigungserschwerung?)
  - Ermöglichung der ordentlichen Kündigung: Satz 1
  - Fristberechnung: Satz 2

## § 113 Sätze 1 und 2 InsO

---

### Arbeitsverträge nach Insolvenzeröffnung

LAG Berlin-Brandenburg 11.07.2007 - 23 Sa 450/07

Henkel, ZIP 2008, S. 1265 ff.

Wortlaut?

Sinn und Zweck?

## Schadensersatz des AN (§ 113 Satz 3 InsO)

---

1. Schadensersatzverpflichteter:  
Insolvenzverwalter
2. Vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses
  - a) Verkürzung einer längeren Kündigungsfrist
  - b) Durchbrechung des Befristungszeitraums
  - c) Aufhebung der Unkündbarkeit
3. Beendigungsgrund: Kausalität! Aufhebungsvertrag?
4. Verfrühungsschaden
  - a) Zukunftsbetrachtung sämtlicher Bezüge und Anwartschaften
  - b) Vorteilsanrechnung
  - c) Mitverursachung (§ 254 Abs. 1 BGB)
  - d) Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB)
  - e) Hypothetischer Kausalverlauf; Reserveursache
  - f) Grenze u.U. ordentliche Kündigungsfrist wegen der Möglichkeit der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung (auch außerhalb der Insolvenz)
5. Geltendmachung als Insolvenzgläubiger (§§ 174 ff. InsO)

## § 113 Satz 3 InsO

---

Schadenersatzproblematik:

- Begrenzung auf die längste ordentliche Kündigungsfrist!
- Mitverschulden?

BAG 16.05.2007 - 8 AZR 772/06, AP Nr. 24 zu § 113 InsO mit Anm. Moll

# Kündigung: „Rücknahme“

---

Auslegung: Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

## Kündigungsschutz nach dem KSchG

---

1. §§ 1 Abs. 1, 14 KSchG: Persönlicher Gestaltungsbereich
  - Arbeitsverhältnis / Arbeitnehmer
  - Modifizierung: „Leitender“ i. S. d. § 14 Abs. 2 KSchG ( $\neq$  § 5 Abs. 3 BetrVG)
  - Nicht: Organmitglieder nach § 14 Abs. 1 KSchG
2. § 1 Abs. 1 KSchG: Wartezeit 6 Monate
3. § 23 Abs. 1 KSchG: Betriebsgröße
  - Kein Kündigungsschutz bei  $\leq 5$  AN (Einstellungen bis 31. Dezember 2003)
  - Kein Kündigungsschutz bei  $\leq 10$  AN (Einstellungen ab 01. Januar 2004)
    - $\leq 20$  Stunden: 0,5
    - $\leq 30$  Stunden: 0,75
    - $> 30$  Stunden: 1

## Wartezeit

---

### 1. Arbeitsverhältnis

(Abgrenzung insbesondere zu Einfühl- oder Praktikantenverhältnissen)

### 2. Probezeit $\neq$ Wartezeit

### 3. Unterbrechungen?

### 4. Rechtsnachfolger?

### 5. Frage: „Verlängerung“?

### 6. Kündigung am letzten Tag der Wartezeit (Zugang)

### 7. Betriebsratsanhörung (LAG Rheinland-Pfalz 13.12.2018 - 5 Sa 220/18)

## Grundsatz: Wartezeit (1)

---

BAG 20.02.2014 - 2 AZR 859/11, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit:

1. Der Gesetzeswortlaut des § 1 Abs. 1 KSchG knüpft für die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes an den - ununterbrochenen - rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitgeber als Betriebsinhaber und nicht an eine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb oder Unternehmen an.
2. Von einem „ununterbrochenen“ Arbeitsverhältnis i.S.v. § 1 Abs. 1 KSchG ist auch dann auszugehen, wenn sich ein neues Arbeitsverhältnis an ein vorangegangenes zwischen den Arbeitsvertragsparteien nahtlos anschließt. Selbst wenn mit der rechtlichen eine zeitliche Zäsur einhergeht, ist sie dann unschädlich, wenn die Dauer der tatsächlichen Unterbrechung verhältnismäßig kurz ist und zwischen den aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt insbesondere vom Anlass der Unterbrechung und der Art der Weiterbeschäftigung ab.
3. Der Erprobungszweck, der bei der Wartezeitregelung in § 1 Abs. 1 KSchG im Vordergrund steht, kann umfassend nur verwirklicht werden, wenn der Arbeitgeber im Rahmen eines mit ihm begründeten Arbeitsverhältnisses nicht nur die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, sondern auch dessen sonstiges Verhalten zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung aus eigener Kenntnis zu beurteilen imstande ist.

## Grundsatz: Wartezeit (2)

---

BAG 20.02.2014 - 2 AZR 859/11, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit:

4. Abweichende Regelungen zu Gunsten des Arbeitnehmers, etwa einzelvertragliche oder kollektivvertragliche Vereinbarungen über den Ausschluss oder die Verkürzung der Wartezeit oder über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber, sind zulässig. Einzelvertragliche Vereinbarungen dieser Art müssen nicht ausdrücklich getroffen werden. Sie können sich auch aus konkludentem Verhalten ergeben.
5. Wird der Arbeitnehmer nach Auflösung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses im Unternehmensverbund weiterbeschäftigt, bedarf es für die Annahme einer konkludenten Vereinbarung über die Anrechnung vorangegangener Beschäftigungszeiten besonderer Anhaltspunkte. Diese können sich aus den Umständen ergeben, unter denen der Wechsel vollzogen wurde. Geht er ausschließlich auf die Initiative des Arbeitgebers zurück und wird der Arbeitnehmer beim verbundenen Unternehmen zu annähernd gleichen Arbeitsbedingungen ohne Vereinbarung einer Probezeit weiterbeschäftigt, kann dies ein gewichtiges Indiz für eine solche Vereinbarung sein.
6. Drängen „alter“ und „neuer“ Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemeinsam zum Unternehmenswechsel und verfolgen sie dabei vorrangig das Ziel, den Verlust des Kündigungsschutzes herbeizuführen, kann der Arbeitnehmer überdies nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB so zu stellen sein, als hätte er die Wartefrist beim neuen Arbeitgeber bereits erfüllt.

## Leiharbeitnehmer: Wartezeit?

---

BAG 20.02.2014 - 2 AZR 859/11, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit:

Zeiten, während derer ein Leiharbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert war, sind in einem späteren Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Entleiher regelmäßig nicht auf die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen. Dies gilt auch bei Arbeitgeberwechsel im Konzern.

## Frist für Wartezeitkündigung?

---

Während der Wartezeit des § 1 I KSchG gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Der Arbeitgeber kann also dem Arbeitnehmer regelmäßig noch am letzten Tag der Wartefrist ordentlich kündigen. Sieht der Arbeitgeber die sechsmonatige Probezeit als nicht bestanden an, so kann er sogar im Regelfall, ohne rechtsmissbräuchlich zu handeln, anstatt das Arbeitsverhältnis während der Wartezeit aus § 1 I KSchG mit der kurzen Probezeitkündigungsfrist zu beenden, dem Arbeitnehmer auch eine weitere Bewährungschance geben, indem er mit einer überschaubaren, längeren Kündigungsfrist kündigt und dem Arbeitnehmer für den Fall seiner Bewährung die Wiedereinstellung zusagt (BAG 07.03.2002 - 2 AZR 93/01, NZA 2002, S. 1000).

Wird die Kündigung gegen Ende der vereinbarten Probezeit mit einer Frist von vier Monaten zum Monatsende ausgesprochen, handelt es sich noch um eine überschaubar längere Kündigungsfrist im Sinne der Rechtsprechung des BAG (LAG Mecklenburg-Vorpommern 24.06.2014 - 5 Sa 222/13, NZA-RR 2015, S. 72).

Kündigt der Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis noch in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht zum erstmöglichen Termin nach der Wartezeit, sondern mit einer längeren Kündigungsfrist, so liegt darin jedenfalls dann keine unzulässige Umgehung des Kündigungsschutzes, wenn dem Arbeitnehmer mit der verlängerten Kündigungsfrist eine weitere Bewährungschance eingeräumt werden soll. Einer „verbindlichen“ Wiedereinstellungszusage für den Fall der Bewährung bedarf es nicht (LAG Baden-Württemberg 06.05.2015 - 4 Sa 94/14, LAGE § 1 KSchG Nr. 21).

Siehe dazu Fuhlrott, NZA 2017, S. 1433. ff.

## Betriebsgröße

---

### 1. Betrieb als arbeitsorganisatorische Einheit

Anknüpfung an Betriebsbegriff des BetrVG

Auseinanderfallen z.B. § 3 BetrVG

### 2. Abgrenzung vom Unternehmen

### 3. Rechtspolitische Dimension der Kleinbetriebsklausel

### 4. Verfassungsrechtlicher Aspekt der Kleinbetriebsklausel (Art. 2 I, 3 I, 12 I, 14 I GG)

## THESEN

zum Referat von Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Moll, LL.M., Köln

1. Den Besonderheiten und der Schutzwürdigkeit von KMU, die vom Bundesverfassungsgericht und vom Gesetzgeber anerkannt sind, ist – auch – durch arbeitsrechtliche Regelungen Rechnung zu tragen, die nach Größenverhältnissen der Einheiten differenzieren, in denen Beschäftigte tätig sind.
2. Der Gesetzgeber ist gehalten, rechtstatsächliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu bedenken und die Aus- und Folgewirkungen seiner Regelungen sowohl für Arbeitgeber und Arbeitnehmer als auch für die Allgemeinheit und das Gemeinwohl zur Kenntnis zu nehmen. Dies beinhaltet die Berücksichtigung von Beschäftigungspolitik und Drittinteressen insbesondere im Hinblick auf Arbeitslose/Arbeitssuchende. Dem Gesetzgeber steht dabei eine weite Einschätzungsprerogative zu.
3. Es gehört zur Kernkompetenz des Gesetzgebers, die Gesamtheit der betroffenen Interessen abzuwägen und auf dieser Grundlage Norminhalte zwecks Realisierung von Regelungszielen zu formulieren. Dem Gesetzgeber steht dabei ein weites Entscheidungsermessen zu, das im Demokratieprinzip gründet.
4. Es ist je nach Gesetzesinhalt und Regelungsmaterie im Einzelfall zu entscheiden, durch welche Norminhalte und Regelungsmechanismen die gebotenen Entlastungen und Erleichterungen für KMU realisiert werden. Es ist jeweils zu prüfen, durch welche konkrete Maßnahme den Belangen der KMU unter Beachtung der Grundsätze der Geeignetheit und des Untermaßverbots Rechnung getragen wird.
5. Der Gesetzgeber ist auf der Grundlage und im Rahmen seiner Einschätzungs- und Entscheidungsprerogative aufgerufen, Änderungen im Kündigungsschutzgesetz vorzunehmen.
  - a) Die Schwellenzahl nach § 23 Abs. 1 KSchG ist auf 20 Beschäftigte festzulegen.

Thesen zum Referat von Dr. Wilhelm Moll

N 45

- b) Der Bezugspunkt für die Schwellenzahl ist der Arbeitgeber bzw. das Unternehmen und nicht der Betrieb.
  - c) Die Beschäftigten sind bei unterschiedlichen Arbeitszeiten mit einer pauschalen Quotierung zu berücksichtigen, d.h. mit  $\frac{1}{4}$  bei einer Regelarbeitszeit von bis zu zehn Stunden in der Woche, mit  $\frac{1}{2}$  bei einer Regelarbeitszeit von bis zu 20 Stunden in der Woche, mit  $\frac{3}{4}$  bei einer Regelarbeitszeit von bis zu 30 Stunden in der Woche und mit 100 % bei einer Regelarbeitszeit von mehr als 30 Stunden in der Woche.
  - d) Die in § 23 Abs. 1 KSchG enthaltene „Übergangsregelung“ für bestehende Arbeitsverhältnisse ist bei Einführung der Schwellengrenze von 20 Arbeitnehmern entsprechend fortzuschreiben.
6. Der Gesetzgeber ist auf der Grundlage und im Rahmen seiner Einschätzungs- und Entscheidungsprerogative aufgerufen, Änderungen im Betriebsverfassungsgesetz vorzunehmen.

## Betrieb i.S.d. KSchG

---

1. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gelten in Betrieben, in denen i.d.R. nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind, die Vorschriften des Ersten Abschnitts mit Ausnahme von dessen §§ 4-7, 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2013 begonnen hat.
2. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG enthält ebenso wie das gesamte KSchG keine Definition des Betriebsbegriffs. Für §§ 1, 15 und 17 KSchG gilt daher im Wesentlichen der Betriebsbegriff i.S.d. § 1 BetrVG. Danach ist der Betrieb die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln, mit deren Hilfe der Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt. Mangels entgegenstehender Hinweise ist davon auszugehen, dass der Betriebsbegriff im gesamten KSchG einheitlich gebraucht wird. Entsprechend der Unterscheidung zwischen „Betrieb“ und „Unternehmen“ in § 1 KSchG ist er auch in § 23 Abs. 1 KSchG nicht mit dem Unternehmen gleichzusetzen. Dies ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.
3. Die Darlegungs- und Beweislast für die betrieblichen Geltungsvoraussetzungen nach § 23 Abs. 1 KSchG trägt grds. der Arbeitnehmer. Etwaigen Schwierigkeiten, die sich mangels eigener Kenntnismöglichkeiten ergeben können, ist durch die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen.

Vgl. BAG 19.07.2016 - 2 AZR 468/15.

## Betrieb i.S.d. KSchG

1. Für das Überschreiten des Schwellenwertes gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 bzw. Satz 3 KSchG trägt der Arbeitnehmer die Beweislast. Einer größeren Sachnähe des Arbeitgebers und etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine abgestufte Darlegungslast Rechnung zu tragen.
2. Die einen Betrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG konstituierende Leitungsmacht wird dadurch bestimmt, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung im Wesentlichen selbständig ausgeübt wird. Entscheidend ist, wo schwerpunktmäßig über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und in welcher Weise Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen vorgenommen werden. Entsprechend der Unterscheidung zwischen „Betrieb“ und „Unternehmen“ in § 1 Abs. 1 KSchG ist der Betriebsbegriff auch in § 23 Abs. 1 KSchG nicht mit dem des Unternehmens gleichzusetzen.
3. Der Betriebsbezug des § 23 Abs. 1 KSchG ist verfassungsrechtlich unbedenklich, solange dadurch nicht angesichts der vom Arbeitgeber geschaffenen konkreten Organisation die gesetzgeberischen Erwägungen für die Privilegierung von Kleinbetrieben bei verständiger Betrachtung ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung betroffener Arbeitnehmer führt. Die Durchbrechung des Betriebsbezugs des Schwellenwerts ist demnach nicht schon immer dann geboten, wenn sich das Unternehmen zwar in mehrere kleine, organisatorisch verselbständigte Einheiten gliedert, insgesamt aber mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.

Vgl. BAG 02.03.2017 - 2 AZR 427/16.

## Gemeinschaftsbetrieb

---

Entwicklung durch die Rechtsprechung

legislatorisch durch § 1 Abs. 2 BetrVG und § 322 UmwG anerkannt

Arbeitsorganisation unter einheitlicher Leitung

und

Führungsvereinbarung

Siehe dazu näher z.B. APS/Moll, 5. Aufl. 2017, § 23 KSchG, Rdnr. 14 ff.; ders., in:  
Henssler/Strohn, GesellschaftsR, 4. Aufl. 2019, § 322 UmwG, Rdnr. 5-7; jew. m.w. Nachw.

Praxisanfrage : Beteiligung an Gemeinschaftsbetrieb ohne eigene Arbeitnehmer nur kraft  
Führungsvereinbarung?

## Gemeinschaftsbetrieb - Indizien einheitlicher Leitung

---

- Gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln und gemeinsame Unterbringung
- Organisatorische, personelle und technische Verknüpfung der Arbeitsabläufe
- Verklammerung von Funktionsbereichen bei funktioneller und räumlicher Nähe
- Gemeinsame zentrale Betriebseinrichtungen
- Austausch und Fluktuation von Arbeitnehmern
- Arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz bei durchgehendem Weisungsrecht
- Koordinierte Einsatz- und Urlaubsplanung
- Gemeinsame Personalabteilung bei zentraler Personalverantwortung (d.h. soweit die handelnden Personen zur Wahrnehmung der personellen Arbeitgeberfunktionen bevollmächtigt sind und selbst Entscheidungen treffen und sich nicht nur auf Beratungs- und Unterstützungsleistungen beschränken)
- Gemeinsame Einstellungen und Entlassungen
- Gemeinsame Wahrnehmung von Ausbildungsaufgaben
- Personenidentität der Geschäftsführung oder auf der Ebene leitender Angestellter

## Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

---

1. Art. 30 GRC; Art. 12 Abs. 1 GG (Mindestmaß an allgemeinem Kündigungsschutz und sozialer Rücksichtnahme)
2. § 612a BGB
3. § 138 Abs. 1 BGB Einhaltung eines ethischen Minimums  
(LAG Köln 10.06.2016 - 9 Sa 1157/15: Kündigung nach Prügelung durch Ehemann der AN?)
4. § 242 BGB (Keine abgeschwächte Kontrolle von Kündigungsgründen i.S.d. 1 Abs. 2 KSchG: LAG Rheinland-Pfalz 13.12.2018 - 5 Sa 220/18)  
(Abwerbungsfälle: ArbG Aachen 06.03.2018 - 4 Ca 2652/17)
5. § 134 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 GG
6. § 134 BGB i.V. m. §§ 1, 7 Abs. 1 AGG

## Verstoß der Kündigung gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)

---

- venire contra factum proprium
- Umstände der Kündigungserklärung
  - Ehrverletzende Formulierungen?
  - Übergabe durch „falsche“ Person?
  - Aushändigung nach Arbeitsunfall im Krankenhaus
  - Aushändigung auf Betriebsfeier oder bei Hochzeit
  - „Unzeit“?
- Keine Treuwidrigkeit allein wg. schwieriger persönlicher Umstände des Arbeitnehmers (ArbG Stuttgart 21.02.2014 - 18 Ca 4730/13)

## Verstoß gegen Maßregelungsverbot

---

ArbG Berlin 11.04.2014 - 28 Ca 19104/13, DB 2014, S. 1746:

Außerordentliche Kündigung als Reaktion auf Arbeitsunfähigkeit

ArbG Dortmund 12.02.2014 - 9 Ca 5518/13, NZA-RR 2014, S. 293:

Kündigung als Reaktion auf Anwaltsschreiben wegen Urlaubsgewährung

ArbG Berlin 17.04.2015 - 28 Ca 2405/15, DB 2015, S. 1662:

Kündigung als Reaktion auf Wunsch eines sechs Jahre beschäftigten Hausmeisters nach Bezahlung des Mindestlohns

LAG Mecklenburg-Vorpommern 20.03.2018 - 5 Sa 125/17, LAGE § 612a BGB 2002 Nr. 11:

Der Schutz des § 612a BGB greift nur dann, wenn das geltend gemachte Recht zum einen tatsächlich besteht und zum anderen in zulässiger Weise ausgeübt wird. Die Geltendmachung von Rechten darf nicht eine Form annehmen, die eine Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis darstellt. Die Pflicht zur Rücksichtnahme kann verletzt sein, wenn ein Arbeitnehmer mit massivem Druck eine streitige und rechtlich zweifelhafte Forderung auf Höhergruppierung durchzusetzen versucht und damit den Boden der sachlichen Auseinandersetzung verlässt.

## „Diskriminierende“ Kündigung Grundsatz

---

Anwendung und Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG:

Innerhalb des Geltungsbereichs des KSchG: Sozialwidrigkeit

Außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG: § 134 BGB

BAG 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, AP Nr. 3 zu § 2 AGG:

§ 2 IV AGG regelt für Kündigungen nur das Verhältnis zwischen dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und dem Kündigungsschutzgesetz sowie den speziell auf Kündigungen zugeschnittenen Bestimmungen. Die zivilrechtlichen Generalklauseln werden dagegen von § 2 IV AGG nicht erfasst. Ordentliche Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben sind deshalb unmittelbar am Maßstab des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu messen. Das ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte und dem Zweck des § 2 IV AGG. Der Wortlaut der Bestimmung steht dem nicht entgegen. Diese Auslegung führt nicht dazu, dass Kündigungen außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes insbesondere wegen der möglichen Entschädigung nach § 15 II AGG stärker sanktioniert würden als Kündigungen, für die das Kündigungsschutzgesetz gilt. Auch bei Kündigungen, die dem Kündigungsschutzgesetz unterfallen, scheidet eine Entschädigung nach § 15 II AGG nicht aus. Die regelmäßig vorliegende Persönlichkeitsrechtsverletzung soll als solche unabhängig von der Frage sanktioniert werden, ob nach einer unwirksamen Kündigung das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Siehe zu diskriminierenden Kündigungen z.B. Günther/Frey, NZA 2014, S. 584 ff.

## „Diskriminierende“ Kündigung - Behinderung -

---

BAG 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, AP Nr. 3 zu § 2 AGG

- Behindertenbegriff/HIV-Infektion: Fehlen jedweder Einsatzmöglichkeiten
- Bei Anwendung dieses Behindertenbegriffs ist eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung. Eine solche Infektion führt zu einer chronischen Erkrankung, die sich auf die Teilhabe des Arbeitnehmers an der Gesellschaft auswirkt. Das gilt so lange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten und die darauf beruhenden Stigmatisierungen andauern.
- Eine Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten ist nur wirksam, wenn der Arbeitgeber nicht im Stande ist, das infolge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen. Dies hat der Arbeitgeber darzulegen.

## „Diskriminierende“ Kündigung - Alter -

---

BAG 23.07.2015 - 6 AZR 457/14, AP Nr. 7 zu § 7 AGG  
(„inzwischen pensionsberechtigt“)

Eine altersdiskriminierende Kündigung ist im Kleinbetrieb nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam.

Der Hinweis auf eine „Pensionsberechtigung“ in einem Kündigungsschreiben kann zu der Vermutung gemäß § 22 AGG führen, dass das Alter auch ein Motiv für die Kündigung war.

Wird ein Arbeitnehmer wegen der Möglichkeit des Bezugs einer Rente wegen Alters weniger günstig behandelt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation, liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor.

Besteht eine Benachteiligungsvermutung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Bei einer wegen des Alters vermuteten Benachteiligung ist die Darlegung und ggf. der Beweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und dass in dem Motivbündel das Alter keine Rolle gespielt hat.

Derjenige, der sich auf die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters nach § 10 Satz 1 AGG beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast bezüglich des Vorliegens eines legitimen Ziels im Sinne dieser Vorschrift.

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)



## **Berlin**

Kurfürstendamm 32  
10719 Berlin  
T +49 30 88 00 97-0  
F +49 30 88 00 97-99

## **Düsseldorf**

Georg-Glock-Straße 4  
40474 Düsseldorf  
T +49 211 600 55-00  
F +49 211 600 55-050

## **Hamburg**

Neuer Wall 63  
20354 Hamburg  
T +49 40 35 52 80-0  
F +49 40 35 52 80-80

## **München**

Prinzregentenstraße 48  
80538 München  
T +49 89 540 31-0  
F +49 89 540 31-540

## **Chemnitz**

Weststraße 16  
09112 Chemnitz  
T +49 371 38 203-0  
F +49 371 38 203-100

## **Frankfurt**

Goetheplatz 5-7  
60313 Frankfurt am Main  
T +49 69 975 61-415  
F +49 69 975 61-200

## **Köln**

Magnusstraße 13  
50672 Köln  
T +49 221 20 52-0  
F +49 221 20 52-1

## **Stuttgart**

Augustenstraße 1  
70178 Stuttgart  
T +49 711 22 04 579-0  
F +49 711 22 04 579-44

## **Zürich**

Bahnhofstrasse 69  
8001 Zürich/Schweiz  
T +41 44 200 71-00  
F +41 44 200 71-01