

Arbeitsrecht

Wörlen / Kokemoor

14., völlig überarbeitete und verbesserte Auflage 2023

ISBN 978-3-8006-7127-4

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- Überlegen Sie, ob sich Arbeitgeberin U in unserem Fall auf einen „an sich“ geeigneten „wichtigen Grund“ berufen kann. Aus welchem konkreten Grund soll den zehn Arbeitnehmern gekündigt werden?
- ▶ Den Arbeitnehmern soll gekündigt werden, weil die Auftragslage des Betriebs rückläufig ist.
- Erinnern Sie sich noch daran, wer das sog. *Betriebsrisiko* zu tragen hat, wenn Arbeitnehmer aufgrund von betrieblichen Störungen (zB Maschinenschäden uÄ) nicht beschäftigt werden können?
- ▶ Die Antwort gibt Fußnote⁶²⁵.
- Liegt in unserem Fall ein wichtiger Grund für eine Kündigung nach § 626 I BGB vor? 255
- ▶ Da die Arbeitgeberin sogar bei „höherer Gewalt“ den Arbeitnehmern, die sie nicht beschäftigen kann, Entgelt zahlen müsste, wird es ihr grundsätzlich auch zuzumuten sein, bei Auftragsmangel die ordentliche Kündigungsfrist abzuwarten und die Arbeitnehmer so lange zu bezahlen. Ein „wichtiger Grund“ liegt daher bei derartigen betrieblichen oder wirtschaftlichen Ursachen regelmäßig nicht vor.

Eine Kündigung gem. § 626 I BGB kommt somit im vorliegenden Fall nicht in Betracht.

Hinweis: Generell wird man sagen können, dass ein wichtiger Grund iSd § 626 I BGB vor allem dann gegeben sein kann, wenn der Arbeitnehmer eine schwerwiegende vertragliche Pflichtverletzung begangen hat.⁶²⁶

Beispiele: Typische Fälle sind der schon erwähnte „Einstellungsbetrug“ (→ Rn. 72) sowie **Straftaten** zulasten des Arbeitgebers, beharrliche **Arbeitsverweigerungen**, Fahren unter Drogeneinfluss bei Berufskraftfahrern,⁶²⁷ grobe Verletzungen der Treuepflicht, sexuelle Belästigungen,⁶²⁸ grobe **Verstöße gegen Wettbewerbsverbote**,⁶²⁹ Androhung einer **zukünftigen Erkrankung**, Selbstberurlaubung,⁶³⁰ „Amok-“ oder **Selbstmorddrohungen** sowie Drohungen mit Gefahren für Leib oder Leben unabhängig von ihrer Strafbarkeit.⁶³¹ Ebenfalls unabhängig von einer Strafbarkeit ist nach der Rspr. ein zum Nachteil des Arbeitgebers begangenes Eigentums- oder Vermögensdelikt (**Diebstahl, Unterschlagung** usw.) ein wichtiger Grund iSd § 626 I BGB, selbst wenn nur Sachen oder Schäden **von nur geringem Wert** betroffen sind.⁶³² Dabei kommt es nicht auf die Höhe des

625 **Der Arbeitgeber!** Falls nicht mehr gewusst: → Rn. 136.

626 Brox/Rüthers/Henssler ArbR Rn. 623.

627 Wegen der sich aus dem **Christal-Meth-Konsum** typischerweise ergebenden Gefahren kommt es auf eine konkrete Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit für die Interessenabwägung nicht an, BAG Urt. v. 20.10.2016 – 6 AZR 471/15.

628 BAG Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, NJW 2015, 1195; auf eine sexuelle Motivation kommt es dabei nicht an, BAG Urt. v. 29.6.2017 – 2 AZR 302/16 Rn. 19, BAGE 159, 267 = NZA 2017, 1121 (schmerzhafter **Griff an die Hoden** mit der Bemerkung, das Opfer habe „dicke Eier“); **Herunterziehen** von Arbeits- und Unterhose, BAG Urt. v. 20.5.2021 – 2 AZR 596/20 Rn. 24 f., NJW 2021, 3138.

629 S. dazu Schaub ArbR-HdB/Linck § 127 Rn. 148.

630 BAG Urt. v. 20.5.2021 – 2 AZR 457/20, NJW 2021, 2602.

631 BAG Urt. v. 29.6.2017 – 2 AZR 47/16 Rn. 23 f., BAGE 159, 250 = NZA 2017, 1605.

632 BAG Urt. v. 17.5.1984 – 2 AZR 3/83, NJW 1985, 284 (Diebstahl eines Stückes Kuchens, sog. „Bienenstich-Entscheidung“). Einen eigenständigen Kündigungsgrund bildet der schwerwiegende **Verdacht** einer Pflichtverletzung (auch etwa des Diebstahls geringwertiger Gegenstände, BAG Urt. v. 12.8.1999 – 2 AZR 923/98, BAGE 92, 184 = NZA 2000, 421), s. zB BAG Urt. v. 31.1.2019 – 2 AZR 426/18 Rn. 20 ff. mwN, BAGE 165, 255 = NZA 2019, 893. Zu den Anforderungen an die vor einer **Verdachtskündigung** erforderliche **Anhörung des Arbeitnehmers** s. BAG Urt. v. 25.4.2018, 2 AZR 611/17, NZA 2018, 1405.

dem Arbeitgeber zugefügten Schadens an, sondern auf die durch ein solches Verhalten ausgelöste „Erschütterung“ der für die Vertragsbeziehung notwendigen Vertrauensgrundlage.⁶³³ Deswegen kann auch ein nachhaltiger **Verstoß gegen berechnete Weisungen** des Arbeitgebers, bei der Reinigung eines Gebäudes keine **Pfandflaschen** aus dem Müll zu sammeln, zur fristlosen Kündigung berechnen!⁶³⁴

Auf Einzelheiten kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Wichtig ist, dass die außerordentliche Kündigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im konkreten Einzelfall angesichts der erforderlichen Interessenabwägung (→ Rn. 254) nur als „ultima ratio“ (letztes Mittel) zulässig ist, wenn kein milderes Mittel, zB eine Abmahnung, eine Weiterbeschäftigung zu schlechteren Bedingungen, eine Versetzung oder eine „ordentliche“ (fristgemäße) Kündigung (vgl. § 314 II 1 Var. 2 und S. 2 iVm § 323 II BGB sowie § 281 III BGB), möglich bzw. dem Kündigungsberechneten zumutbar ist.⁶³⁵ Dies war der entscheidende Punkt der viel beachteten „Pfandbon“-Entscheidung des BAG, mit der die fristlose Kündigung einer seit über dreißig Jahren beschäftigten KassiererIn wegen der unberechnigten Einlösung von Leergutbons im Wert von nur 1,30 EUR für unzulässig erachtet wurde: Ein an sich geeigneter Kündigungsgrund lag zwar vor, doch wäre in dem konkreten Einzelfall (*ist Ihnen diese Unterscheidung noch bewusst? wenn nicht: lesen Sie nochmals* → Rn. 254!) eine Abmahnung zur Vermeidung des Risikos künftiger Vertragsstörungen ausreichend gewesen. Das BAG stellte darauf ab, dass in den langen Jahren der ungestörten Vertrauensbeziehung ein „Vorrat“ an (objektiv zu bemessendem) Vertrauen aufgebaut wurde, den der erstmalige Vorfall nicht vollständig und unwiederbringlich zerstört hatte.⁶³⁶

c) Kündigungserklärungsfrist

- 257 Gemäß § 626 II 1 BGB muss die außerordentliche Kündigung innerhalb einer Ausschlussfrist⁶³⁷ von zwei Wochen nach Erlangung der Kenntnis⁶³⁸ von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen erfolgen.⁶³⁹

Achtung! Verwechseln Sie die „Kündigungserklärungsfrist“ nicht mit einer „Kündigungsfrist“! Die außerordentliche Kündigung ist grundsätzlich eine *fristlose* Kündigung.

633 BAG Urt. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 Rn. 27, NJW 2011, 167 („Pfandbon-Entscheidung“).

634 BAG Urt. v. 23.8.2018 – 2 AZR 235/18, AP Nr. 272 zu § 626 BGB.

635 Brox/Rüthers/Henssler ArbR Rn. 633.

636 BAG Urt. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 („Pfandbon-Entscheidung“), BAGE 134, 349 = NJW 2011, 167 (insbes. Rn. 47 ff.). **Entbehrlich** ist eine Abmahnung nur, wenn sie – von vornherein erkennbar – **keine Verhaltensänderung** erwarten lässt oder aber es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren **erstmalige Hinnahme** durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den **Arbeitnehmer erkennbar** – **ausgeschlossen** ist, s. BAG Urt. v. 29.6.2017 – 2 AZR 302/16 Rn. 28, BAGE 159, 267 = NZA 2017, 1121; BAG Urt. v. 20.5.2021 – 2 AZR 596/20 Rn. 27 mwN, NJW 2021, 3138.

637 Zum Begriff Wörlen/Metzler-Müller/Balleis BGB AT Rn. 414.

638 Auf die Wahrung der Frist kann sich nach § 242 BGB nicht berufen, wer er eine frühere **Kenntnis unredlich verhindert** hat, BAG Urt. v. 5.5.2022 – 2 AZR 483/21 Rn. 15, NZA 2022, 1276.

639 Bei der **Verdachtskündigung** hemmen Ermittlungen des Arbeitgebers den Fristlauf. Die Frist des § 626 II BGB beginnt zudem erneut zu laufen bei Kenntnis von **verdachtsverstärkenden Tatsachen** (zB Klageerhebung durch die Staatsanwaltschaft, BAG Urt. v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NJW 2011, 2231) oder Kenntnis des letzten Vorfalls eines Gesamtverhaltens (BAG Urt. v. 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, BAGE 159, 192 = NZA 2017, 1332).

2. Ordentliche Kündigung

<p>Prüfungsschema Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung⁶⁴⁰</p>	258
<p>(1) Schriftliche Kündigungserklärung (§§ 126 I, 623 BGB)</p> <p>(2) Kündigungsfrist (§ 622 I BGB)</p> <p>(3) Soziale Rechtfertigung nach KSchG</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) Anwendbarkeit KSchG (§§ 1 I, 14 I, 23 I KSchG)</p> <p style="padding-left: 20px;">(b) Kündigungsgrund (§ 1 II KSchG)</p> <p style="padding-left: 40px;">(aa) An sich geeignet?</p> <p style="padding-left: 40px;">(bb) Eignung im Einzelfall</p> <p style="padding-left: 60px;">(Interessenabwägung/Sozialauswahl § 1 III KSchG)</p> <p>(4) Anhörung des Betriebsrats (§ 102 I BetrVG)</p> <p>(5) Kein Kündigungsverbot (zB gem. § 17 I MuSchG, § 613a IV 1 BGB)</p> <p>(6) Rechtzeitige Klageerhebung (§§ 7, 4 KSchG)</p>	

Eine außerordentliche Kündigung kam in Übungsfall 6 (→ **Rn. 250**) nicht in Betracht. Zu prüfen ist nun, ob U die Arbeitsverhältnisse ordentlich kündigen kann. Die Möglichkeit der ordentlichen, *fristgemäßen* Kündigung des Arbeitsvertrags wird grundsätzlich durch § 620 II BGB (lesen!) eröffnet.

a) Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (s. §§ 623, 126 BGB). Sie wird nur wirksam, wenn sie dem Vertragspartner gem. § 130 BGB *zugegangen* ist! Dies setzt voraus, dass die Erklärung in verkehrüblicher Weise in *die tatsächliche Verfügungsgewalt* des Empfängers gelangt ist (zB durch Einwurf in den Hausbriefkasten) und für diesen die *Möglichkeit der Kenntnisnahme* unter gewöhnlichen Verhältnissen (= sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist⁶⁴¹) bestand.⁶⁴²

b) Kündigungsfristen

Nach dem Zugang der Kündigungserklärung richtet sich der Beginn der jeweils geltenden Kündigungsfrist, die mit dem Termin⁶⁴³ endet, an dem das Arbeitsverhältnis beendet werden soll.

Hinweis: Eine Kündigung mit zu kurzer Frist setzt regelmäßig die angemessene Kündigungsfrist in Lauf!

Bei einer mit zu kurzer Frist erklärten Kündigung ist in einem *ersten Schritt* zu prüfen, ob die Erklärung dahingehend **ausgelegt** (§ 133 BGB) werden kann, dass eine

640 Ausführlicheres Schema bei Kokemoor/Kreissl ArbR I Rn. 113. Übersicht zur Ergänzung → **Rn. 289**.

641 Ein **Einwurf am Sonntag** bewirkt den Zugang daher erst am nächsten Werktag, LAG Kiel Ur. v. 13.10.2015 – 2 Sa 149/15, BeckRS 2015, 72924.

642 BAG Ur. v. 22.8.2019 – 2 AZR 111/19 Rn. 12 mwN, NJW 2019, 3666, für Studierende aufbereitet von Boemke JuS 2020, 266; BAG Ur. v. 26.3.2015 – 2 AZR 483/14 Rn. 37, NZA 2015, 1183. Allg. dazu Wörlen/Metzler-Müller/Balleis BGB AT Rn. 178 ff., 185. Der Zugang ist auch dann zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer den ihm bereits übergebenen **Brief** mit der Kündigung **ungeöffnet wieder zurückgibt**, BAG Beschl. v. 7.1.2004 – 2 AZR 388/03, ZInsO 2005, 671 f.

643 Zu den Begriffen „Fristen und Termine“: Wörlen/Metzler-Müller/Balleis BGB AT Rn. 409 ff.

Kündigung zum nächsten zulässigen Termin⁶⁴⁴ ausgesprochen werden sollte (die Kündigung also lediglich missverständlich formuliert wurde).

Beispiel: Aus den Formulierungen „... kündigen wir Ihnen fristgemäß zum“ ... oder „hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ ergibt sich, dass die Kündigung zum nächsten zulässigen Termin erfolgen sollte, dieser aber uU versehentlich unrichtig angegeben wurde.⁶⁴⁵

Nicht in Betracht kommt dies, wenn der Erklärende erkennbar davon ausgeht, die Frist richtig berechnet zu haben. (Nur) in diesem Fall kommt eine **Umdeutung** (§ 140 BGB – lesen!) der zum falschen Termin erklärten Kündigung in eine solche zum nächsten zulässigen Termin in Betracht (= *zweiter Schritt*). Sie greift, wenn angenommen werden kann, dass der Erklärende bei Kenntnis seines Fehlers keine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, sondern dessen Beendigung zum nächstmöglichen Termin gewollt haben würde.⁶⁴⁶

Tipp: Als Merkposten könnten Sie „§ 133 BGB“ und „§ 140 BGB“ am Rand neben § 622 BGB notieren.

aa) Gesetzliche Kündigungsfristen

261 Die gesetzlichen Kündigungsfristen für Arbeitsverhältnisse von Arbeitern und Angestellten regelt § 622 BGB.⁶⁴⁷

Lesen Sie § 622 I und II BGB sorgfältig durch und beantworten Sie die folgenden Fragen:

- (1) Einer Arbeitnehmerin, deren Arbeitsverhältnis seit 1 ½ Jahren besteht, soll zum 31.7. gekündigt werden. Der 31.7. ist ein Samstag. Für die Berechnung des Fristbeginns gilt § 187 I BGB, für das Fristende § 188 II Hs. 1 BGB. Bis wann muss ihr die schriftliche Kündigungserklärung zugegangen sein, damit die Kündigung zu diesem Termin wirksam wird?
- Gemäß § 622 I BGB kann (muss) das Arbeitsverhältnis in diesem Fall mit einer Frist von vier *Wochen* zum Fünfzehnten oder zum Ende des Kalendermonats gekündigt werden. Der Tag, der dem 31.7. in seiner *Benennung* (vgl. § 188 II Hs. 1 BGB) vier Wochen vorher entspricht, ist *Samstag*, der 3.7. An diesem Tag müsste die Kündigung dem Arbeitnehmer spätestens zugehen, damit die Vierwochenfrist (28 Tage) des § 622 I iVm §§ 187 I und 188 II Hs. 1 BGB eingehalten wird: Gemäß § 187 I BGB beginnt die Kündigungsfrist ab Sonntag, dem 4.7., 0.⁰⁰ Uhr zu laufen und endet gem. § 188 II Hs. 1 BGB am 31.7., 24.⁰⁰ Uhr.⁶⁴⁸

644 Eine ausdr. „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ erklärte **Kündigung** unter Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen Fristenregelungen ist ebenfalls zulässig, wenn der Erklärungsempfänger hierdurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll, BAG Urt. v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, NJW 2013, 3194.

645 Vgl. Schaub ArbR-HdB/Linck § 126 Rn. 15.

646 Was auf den ersten Blick nach Haarspalterei klingt, hat durchaus **praktische Konsequenzen**: Anders als bei der Auslegung kann der Arbeitnehmer bei einer Umdeutung die fehlerhafte Frist wegen § 7 KSchG nur innerhalb der **Dreiwochenfrist des § 4 KSchG** geltend machen, BAG Urt. v. 1.9.2010 – 5 AZR 700/09 Rn. 23, BAGE 135, 255 = NJW 2010, 3740; BAG Urt. v. 29.1.2015 – 2 AZR 280/14, BAGE 150, 337 Rn. 24 (str.); zum Meinungsstand s. ErfK/Müller-Glöße BGB § 622 Rn. 12.

647 Die verlängerten Kündigungsfristen des **§ 622 II BGB** gelten **nicht** für Arbeitsverhältnisse im **Privathaushalt**, sondern nur in einem „*Betrieb oder Unternehmen*“ (**Tipp:** unterstreichen!), BAG Urt. v. 11.6.2020 – 2 AZR 660/19 Rn. 9 ff., BAGE 171, 84 = NZA 2020, 1241.

648 Zur Bedeutung und **Berechnung von Fristen** vgl. ggf. nochmals Wörten/Metzler-Müller/Balleis BGB AT Rn. 409 ff.; s. auch zB ErfK/Müller-Glöße BGB § 622 Rn. 1–5 und 11–13.

Dem steht nicht etwa § 193 BGB entgegen, wonach die Frist erst am Montag, dem 5.7. beginnen würde. Denn § 193 BGB ist zum Schutz des Arbeitnehmers auf Kündigungsfristen nicht – auch nicht entsprechend – anwendbar.⁶⁴⁹

- (2) Arbeitnehmer A ist 50 Jahre alt und 17 Jahre im Betrieb der B beschäftigt. B möchte ihm ordentlich kündigen (§§ 620 II, 622 BGB) und fällt diese Entscheidung am 30.6. Zu welchem Termin kann B dem A wirksam kündigen, wenn ihm das Kündigungsschreiben am 1.7. übergeben wird? 262

- ▶ Da A bereits 17 Jahre bei B beschäftigt ist, gilt die sechsmonatige Kündigungsfrist des § 622 II 1 Nr. 6 BGB (lesen!).

Für den Beginn der sechsmonatigen Frist gilt § 187 I BGB. Danach beginnt die Frist am 2.7. Fristende nach sechs *Monaten* ist gem. § 188 II Hs. 1 BGB der 1.1. des nächsten Jahres [das ist der Tag des letzten Monats, welcher durch seine *Zahl* (= 1) dem Tag *entspricht*, in den der Kündigungszugang (1.7.) als das für § 187 I BGB maßgebliche *Ereignis* fällt]. § 622 II 1 Nr. 6 BGB gestattet die Kündigung jedoch nur zum Monatsende – es ist also das Ende dieses Kalendermonats maßgebend. Also kann B dem A am 1.7. (Zugang!) erst zum Ablauf des 31.1. des nächsten Jahres kündigen!

bb) Vertraglich vereinbarte Kündigungsfristen, Probezeit

Vertraglich vereinbarte Kündigungsfristen sind innerhalb der im Gesetz (§ 622 IV–VI BGB) genannten Grenzen und im Rahmen von § 624 BGB zulässig. Eine erhebliche Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfrist kann als unangemessene Benachteiligung iSv § 307 I 1 BGB (→ Rn. 62a) selbst dann unwirksam sein, wenn die Frist für den Arbeitgeber gleichermaßen verlängert wird.⁶⁵⁰ Wird in einem Arbeits- oder Tarifvertrag eine **Probezeit** vereinbart (nur dann!), gilt gem. § 622 III BGB⁶⁵¹ (lesen!) grundsätzlich eine Kündigungsfrist von zwei Wochen; diese Frist kann vertraglich verlängert werden.⁶⁵² 263

Tipp: Unterstreichen Sie im Wortlaut des § 622 III BGB „vereinbaren“!

c) Anhörung des Betriebsrats

Sofern in einem Betrieb, was bei der Größenordnung des Betriebs der U in unserem Übungsfall 6 (→ Rn. 250) nahe liegen dürfte, ein Betriebsrat vorhanden ist, muss dieser vor *jeder* Kündigung gehört werden. Dies ergibt sich aus § 102 I 1 BetrVG⁶⁵³, den Sie schon jetzt einmal lesen müssen, bevor wir auf den Betriebsrat unten noch näher eingehen. 264

Hinweis: Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist stets unwirksam (§ 102 I 3 BetrVG)!⁶⁵⁴

649 BAG Urt. v. 5.3.1970 – 2 AZR 112/69, BAGE 22, 304 = NJW 1970, 1470; s. dazu zB Preis/Temming IndividualArbR Rn. 2730 mwN.

650 BAG Urt. v. 26.10.2017 – 6 AZR 158/16, BAGE 161, 9 = NZA 2018, 297.

651 Wird für ein **befristetes Arbeitsverhältnis** eine Probezeit vereinbart, ist ferner § 15 III TzBfG zu beachten.

652 Dies kann bei einem vorformulierten Arbeitsvertrag auch dadurch erfolgen, dass nicht **unmissverständlich deutlich** wird, dass eine darin vorgesehene Kündigungsfrist erst nach dem Ende der Probezeit gelten soll, BAG Urt. v. 23.3.2017 – 6 AZR 705/15, BAGE 158, 349 = NZA 2017, 773.

653 dtv-ArbG Nr. 81.

654 Parallel ausgestaltet ist § 178 II 1, 3 SGB IX (dtv-ArbG Nr. 47), wonach vor der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen (**zusätzlich!**) die **Schwerbehindertenvertretung** anzuhören ist.

Zur Verdeutlichung: „Hören“ bedeutet nur, dass der Arbeitgeber eine Stellungnahme des Betriebsrats zur Kenntnis nehmen muss. Am Ausspruch der Kündigung ist er dadurch nicht gehindert.

Tipp: Unterstreichen Sie „jeder“ in § 102 I 1 BetrVG und „ohne“ und „unwirksam“ im Normtext des § 102 I 3 BetrVG!

d) Sonstige Unwirksamkeitsgründe

- 265 Eine Kündigung darf nicht sittenwidrig oder willkürlich sein (§§ 138, 242 BGB). Eine „unsittliche“ bzw. treuwidrige Motivation läge etwa bei einer Kündigung aus reiner Rachsucht, einer Kündigung wegen Homo- oder Transsexualität sowie dann vor, wenn einer Arbeitnehmerin/einem Arbeitnehmer gekündigt würde, weil er/sie unsittliche Angebote abgelehnt hat.⁶⁵⁵ Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) macht die Kündigung ebenfalls unwirksam.

§ 2 IV AGG bestimmt zwar, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Das AGG ist aber insoweit nicht etwa unbeachtlich. Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote des AGG sind vielmehr bei der Auslegung der Kündigungsschutzbestimmungen zu beachten.⁶⁵⁶

Hinweis: Bei Kündigungen, die dem KSchG unterliegen, sind die AGG-Vorschriften als Konkretisierung der Bestimmungen über die soziale Rechtfertigung einer Kündigung (→ Rn. 270 ff.) zu beachten und damit indirekt doch anzuwenden!

§ 2 IV AGG regelt auch nur das Verhältnis zum Kündigungsrecht und erfasst die zivilrechtlichen Generalklauseln nicht.

Hinweis: Auf Kündigungen, die dem KSchG *nicht* unterliegen, wendet die Rspr. das AGG *unmittelbar* an!⁶⁵⁷

Beispiele: In Kleinbetrieben (→ Rn. 268) ist eine altersdiskriminierende Kündigung gem. § 134 BGB iVm § 7 I, §§ 1, 3 AGG unwirksam.⁶⁵⁸

Die Kündigung einer Arbeitnehmerin, auf die das Kündigungsschutzgesetz noch keine Anwendung findet (→ Rn. 269), wegen der beabsichtigten Durchführung einer künstlichen Befruchtung (In-vitro-Fertilisation) und der damit einhergehenden Möglichkeit einer Schwangerschaft ist als unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts gem. § 134 BGB iVm § 7 I, §§ 1, 3 AGG unwirksam.⁶⁵⁹

Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot iSv § 134 BGB ist ferner zB gegeben, wenn einem Arbeitnehmer gekündigt wird, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausübt (§ 612a BGB – lesen!).

- Überlegen Sie, welche Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in § 612a BGB gemeint sein könnten.

655 Hromadka/Maschmann IndividualArbR § 10 Rn. 70. Eine **Kündigung wegen** ständigen Schweißgeruchs und eines **un gepflegten Erscheinungsbildes** ist allerdings weder sittenwidrig noch willkürlich, ArbG Köln Ur. v. 25.3.2010 – 4 Ca 10458/09, BeckRS 2010, 67655.

656 BAG Ur. v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 Rn. 28 ff., 40, BAGE 128, 238 = BeckRS 2009, 54562; BAG Ur. v. 15.12.2011 – 2 AZR 42/10 Rn. 47, BAGE 140, 169 = BeckRS 2012, 69831.

657 BAG Ur. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 Rn. 22 ff., BAGE 147, 60 = BeckRS 2014, 66665.

658 BAG Ur. v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14 Rn. 28 ff., BAGE 152, 134 = BeckRS 2015, 70999.

659 BAG Ur. v. 26.3.2015 – 2 AZR 237/14 Rn. 32, BAGE 151, 189 = NJW 2015, 1899.

► In den einschlägigen Kommentierungen finden Sie unter anderem folgende

Beispiele:⁶⁶⁰ Teilnahme an einem Streik; zulässige gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb; Einlagen von Entgeltrückständen; Vollstreckung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs.

Ein Verstoß gegen das **Maßregelungsverbot** des § 612a BGB liegt aber nur vor, wenn die zulässige Rechtsausübung das **wesentliche Motiv** der Maßnahme ist und nicht lediglich der äußere Anlass zB für eine Kündigung.⁶⁶¹

Beispiel: Kündigung nach Weigerung, sich einer nicht vorgeschriebenen Impfung gegen das Coronavirus zu unterziehen, verstößt nicht gegen § 612a BGB, wenn wesentliches Motiv für die Kündigung der beabsichtigte Schutz von Patienten und der übrigen Belegschaft vor einer Infektion durch nicht geimpftes medizinisches Fachpersonal war.⁶⁶²

In unserem Übungsfall 6 (→ Rn. 250) ist für derartige Beweggründe nichts ersichtlich. Da für eine ordentliche Kündigung an sich *kein Kündigungsgrund* erforderlich ist, könnte U gegenüber den Arbeitnehmern grundsätzlich eine „ordentliche Kündigung“ aussprechen. Anders wäre dies jedoch zu beurteilen, wenn die betroffenen Arbeitsverhältnisse dem allgemeinen oder besonderen Kündigungsschutz unterlägen.

III. Allgemeiner Kündigungsschutz

Rechtsgrundlage des allgemeinen Kündigungsschutzes, der vornehmlich den Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes bezweckt, ist das bereits mehrfach angesprochene Kündigungsschutzgesetz. 266

Die Justiziarin der U hat in unserem Fall daher zu prüfen, ob Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes der ordentlichen Kündigung der Arbeitnehmer entgegenstehen.

1. Anwendbarkeit des KSchG

Der Geltungsbereich des KSchG ergibt sich aus § 1 und § 23 KSchG. Lesen Sie davon § 23 I 1 und (die etwas unübersichtlich geratenen) S. 2, 3 sowie § 1 I KSchG! Danach ist das KSchG unter folgenden Voraussetzungen anwendbar: 267

a) Mindestanzahl von Arbeitnehmern

Hinweis: Nur die §§ 4–7 und § 13 I 1 und 2 KSchG über die Klagefrist, die wir uns später⁶⁶³ ansehen werden, gelten für alle Betriebe und Verwaltungen, also für *alle* Arbeitsverhältnisse. 268

Zur Anwendung der übrigen Vorschriften des hier interessierenden ersten Abschnitts des KSchG müssen in dem Betrieb gem. § 23 I 2 und 3 KSchG grundsätzlich mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sein.⁶⁶⁴

⁶⁶⁰ S. Schaub ArbR-HdB/Linck § 108 Rn. 11 ff.

⁶⁶¹ BAG Urt. v. 20.5.2021 – 2 AZR 560/20, Rn. 26, NJW 2021, 2454.

⁶⁶² BAG Urt. v. 30.3.2023 – 2 AZR 309/22 (Pressemitteilung).

⁶⁶³ → Rn. 284.

⁶⁶⁴ Auf die in § 14 I KSchG genannten Personen (zB Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft) findet der erste Abschnitt ebenfalls keine Anwendung; es handelt sich nicht um Arbeitnehmer. Zu § 14 II KSchG s. → Rn. 287.

Tipp: Wegen der verwirrenden sprachlichen Fassung von § 23 I 2 und 3 KSchG sollten Sie S. 3 mindestens zweimal lesen und den aktuellen Schwellenwert von idR „zehn oder weniger“ Arbeitnehmern in S. 3 unterstreichen.

Bei der Bestimmung der Betriebsgröße werden Teilzeitkräfte nur anteilig mitgezählt (§ 23 I 4 KSchG).

Tipp: Unterstreichen Sie im Wortlaut des § 23 I 4 KSchG „teilzeitbeschäftigte“ sowie „0,5“ und „0,75“!

Leiharbeitnehmer⁶⁶⁵ sind zu berücksichtigen, wenn sie im Betrieb auf einem „in der Regel“ (im Gesetzestext unterstreichen!) – uU im Lauf der Zeit durch verschiedene Leiharbeitnehmer nacheinander – besetzten Arbeitsplatz beschäftigt sind.⁶⁶⁶

Nur Arbeitsverhältnisse, die bis zum 31.12.2003 begonnen haben, sind für den alten Grenzwert des S. 2 von „fünf oder weniger“ Arbeitnehmern beachtlich. Auf diese Weise bleibt es für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Kleinbetrieben mit bis zu zehn Beschäftigten, die nach der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung des § 23 KSchG Kündigungsschutz genossen haben, insoweit bei der alten Rechtslage. Neueinstellungen nach dem 31.12.2003 wirken sich allerdings nur beim neuen Schwellenwert des S. 3 aus, während für den des S. 2 allein Altarbeitsverhältnisse zu berücksichtigen sind.

Beispiel: Beschäftigte also ein Betrieb am 31.12.2003 regelmäßig sechs Arbeitnehmer und werden dort nach diesem Termin vier neue Dauerstellen geschaffen, verlieren die Altarbeitnehmer den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG, sobald ein Altarbeitnehmer rechtswirksam entlassen wird. Sie kommen erst dann wieder in den Anwendungsbereich der Regeln über den allgemeinen Kündigungsschutz, wenn insgesamt mehr als zehn (Alt- und Neu-)Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt werden.

Für den Betrieb der U in Übungsfall 6 spielt dies alles keine Rolle, weil dort regelmäßig deutlich mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden und deshalb das KSchG in jedem Fall Anwendung findet.

b) Arbeitsverhältnis von mehr als sechs Monaten Dauer

- 269 Dem Kündigungsschutz unterliegen gem. § 1 I KSchG nur solche Arbeitsverhältnisse, die länger als sechs Monate bestehen. Ist das nicht der Fall, ist die ordentliche Kündigung ohne die Einschränkungen des KSchG zulässig.

In unserem Übungsfall 6 (→ Rn. 250) muss die Justiziarin die einzelnen Arbeitsverträge daraufhin überprüfen.

2. Soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung

- 270 Nach § 1 I KSchG ist eine *arbeitgeberseitige* ordentliche Kündigung unwirksam, wenn sie *sozial ungerechtfertigt* ist. Lesen Sie dazu § 1 II 1 KSchG!

- Wann ist eine Kündigung danach *nicht* „sozial“ ungerechtfertigt?
- ▶ Um die Kündigung sozial rechtfertigen zu können, muss sich der Arbeitgeber darauf berufen können, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers entweder „personenbedingte“, „verhaltensbedingte“ oder „betriebsbedingte“ Gründe hat.

⁶⁶⁵ → Rn. 102a.

⁶⁶⁶ BAG Urt. v. 24.1.2013 – 2 AZR 140/12 Rn. 11 ff., NZA 2013, 726; s. dazu zB Ramstetter/Hartmann AuA 2013, 410.