

Individualarbeitsrecht II

6. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-81052-7
C.H.BECK

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.

zugunsten des einen Arbeitnehmer beschäftigenden Verbrauchers auflöst: Ein Arbeitgeber, der einen Arbeitsvertrag allein für seinen Privathaushalt abschließt, agiere nicht als Unternehmer iSv § 14 Abs. 1 BGB: Die Führung eines privaten Haushalts sei nämlich keine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit.⁴¹ Dem Arbeitgeber als Verbraucher sei die Beschäftigung eines Hausangestellten im privaten Haushalt nach einer wirksamen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses für den Lauf einer nach § 622 Abs. 2 BGB verlängerten Kündigungsfrist unzumutbar. Derartige Arbeitsleistungen seien regelmäßig durch eine besondere Nähe des Arbeitnehmers zur privaten Lebensführung des Arbeitgebers und seiner Familienmitglieder gekennzeichnet. Der (höchst-)persönliche, menschenwürdige private Rückzugsbereich, den der Kernbereich des Art. 13 Abs. 1 GG schütze, müsse sich insofern gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an verlängerten Kündigungsfristen durchsetzen. Dieser Aspekt wirke im Hinblick auf die Ungleichbehandlung unterschiedlicher Arbeitnehmergruppen verfassungsrechtlich (Art. 3 Abs. 1 GG)⁴² und unionsrechtlich (mittelbare Geschlechtsdiskriminierung, Art. 21 Abs. 1 GrCh; Art. 14 Abs. 1 Buchst. c RL 2006/54/EG) rechtfertigend.⁴³ Dem ist zuzustimmen.

Beschäftigungszeiten bei einem Rechtsvorgänger werden angerechnet.⁴⁴ Dabei ist die Art des Überganges des Rechtsverhältnisses unerheblich. Es ist nicht danach zu unterscheiden, ob mit dem neuen Arbeitgeber ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen wurde oder ob das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes übergegangen ist, zB nach § 613a BGB. Insofern gilt derselbe Betriebsbegriff wie für § 613a BGB, so dass auch bei der Übernahme von Betriebsteilen eine Anrechnung erfolgt.⁴⁵ Das Gleiche gilt für eine Beschäftigung bei einem Testamentsvollstrecker oder einem Insolvenzverwalter.

Bei der Frage, wie sich **Unterbrechungen** auf die Beschäftigungsdauer auswirken, ist zwischen tatsächlichen und rechtlichen Unterbrechungen zu unterscheiden. **Tatsächliche** Unterbrechungen wie Urlaub, Krankheit, aber auch Streik, sind unbeachtlich. Tatsächliche Unterbrechungen werden als Beschäftigungszeit mitgezählt. Bei **rechtlichen Unterbrechungen**, das heißt insbesondere bei Beendigung durch Kündigung und Wiedereinstellung, ist eine andere Betrachtung geboten. Grundsätzlich werden in diesem Fall die einzelnen Beschäftigungszeiten nicht zusammengerechnet, jedoch gibt es Ausnahmen. Die Parteien können vereinbaren, dass dem Angestellten alle oder einzelne Rechte aus der früheren Beschäftigung erhalten bleiben sollen, so dass eine Anrechnung erfolgt. Das Ergebnis kann sich auch aus einer Auslegung des Vertrages bei der Wiedereinstellung ergeben. Ansonsten können die Beschäftigungszeiten zusammengerechnet werden, wenn zwischen ihnen ein **innerer Zusammenhang** besteht,⁴⁶ so dass eine isolierte Behandlung eines jeden Abschnitts einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten würde.⁴⁷ Dafür, ob das Merkmal „innerer Zusammenhang“ erfüllt ist, sind insbesondere Anlass und **Dauer der Unterbrechung** sowie die Art der Weiterbeschäftigung maßgeblich.⁴⁸ Es muss also ein Zeit- und ein Umstandsmoment berücksichtigt werden. Dabei kommt es unter anderem auf die Umstände an, unter denen das neue Beschäftigungsverhältnis zustande kommt, auf dessen Charakter sowie auf einen Vergleich der beiden Beschäftigungsverhältnisse.⁴⁹ Wird an das frühere, aufgelöste Beschäftigungsverhältnis angeknüpft, so ist in der Regel ein innerer Zusammenhang gegeben, zB bei einer kurzen Unterbrechung wegen Auftragsman-

⁴¹ BAG 11.6.2020 – 2 AZR 660/19, NZA 2020, 1241 Rn. 14.

⁴² Bedenken in der → 4. Aufl. 2019, § 109 Rn. 23; KR/Spilger BGB § 622 Rn. 58.

⁴³ BAG 11.6.2020 – 2 AZR 660/19, NZA 2020, 1241.

⁴⁴ BAG 27.6.2002 – 2 AZR 270/01, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 15; SPV Kündigung/Preis Rn. 423.

⁴⁵ BAG 18.9.2003 – 2 AZR 330/02, AP BGB § 622 Nr. 62.

⁴⁶ BAG 21.12.1967 – 2 AZR 84/67, AP KSchG § 1 Wartezeit Nr. 2.

⁴⁷ RAG 21.1.1933 – RAG 344/32, ARS 17, 270f.; 23.4.1938 – RAG 220/37, ARS 32, 289 (294f.); LAG Düsseldorf 24.6.1977 – 17 Sa 613/77, BB 1978, 205.

⁴⁸ BAG 6.12.1976 – 2 AZR 470/75, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 2; 20.6.2013 – 2 AZR 790/11, BeckRS 2013, 71024 Rn. 13; 28.8.2008 – 2 AZR 101/07, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 88 Rn. 19; 7.7.2011 – 2 AZR 12/10, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 25 Rn. 22.

⁴⁹ RAG 23.4.1938 – RAG 220/37, ARS 32, 289 (295).

gels,⁵⁰ ebenso, wenn eine bestimmte Arbeit fortgesetzt werden soll. Gegen einen inneren Zusammenhang spricht es, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung des Arbeitnehmers aufgelöst wurde. Allerdings kann die Kündigung auch im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber erfolgt sein.

- 23 Bei der Beurteilung des inneren Zusammenhangs ist auch die **Dauer der Unterbrechung** mit heranzuziehen,⁵¹ jedoch kann auch bei nur kurzer Unterbrechung ein innerer Zusammenhang fehlen. Je länger allerdings die Unterbrechung ist, desto höhere Anforderungen sind an das Vorliegen des Umstandsmoments zu stellen. Übersteigt die Dauer der Unterbrechung die Gesamtzeit der Beschäftigung, so ist in der Regel kein innerer Zusammenhang gegeben.⁵² Liegen die Voraussetzungen für einen inneren Zusammenhang vor, kann die Zusammenrechnung nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Im Übrigen können auch Tarifverträge Anrechnungsvorschriften enthalten.⁵³ Die überwiegende Literatur stellt bei der Prüfung des inneren Zusammenhangs auf den Anlass und die Dauer der Unterbrechung sowie auf die Art der Weiterbeschäftigung ab.⁵⁴ Angesichts einer ähnlichen Problematik in § 1 Abs. 1 KSchG und § 622 Abs. 2 BGB ist dieser Ansicht zuzustimmen. Abhängig von den Umständen des Einzelfalls kann sogar eine Unterbrechung von vier Monaten als unerheblich angesehen werden.⁵⁵ Auch bei kurzen rechtlichen Unterbrechungen und beim Vorliegen eines inneren Zusammenhangs ist der **Unterbrechungszeitraum** selbst allerdings auf die Beschäftigungsdauer nicht **anzurechnen**;⁵⁶ es erfolgt nur eine Anrechnung früherer Beschäftigungszeiten.
- 24 Eine Kündigung **kurz vor Erreichen eines Schwellenwertes** nach § 622 Abs. 2 BGB, die in der Absicht erfolgt, den Kündigungsschutz zu vereiteln, ist nach § 138 BGB nichtig. Allerdings kann aus dem bloßen Umstand, dass eine Kündigung früher als notwendig erfolgt, nicht auf eine entsprechende Absicht geschlossen werden.⁵⁷
- 25 **b) Einzelvertragliche Regelungen.** Einzelvertragliche Regelungen sind in der Weise möglich, dass längere als die Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 1–3 BGB vereinbart werden (§ 622 Abs. 5 S. 1 BGB). Die Vereinbarung einer bestimmten Kündigungsfrist und eines bestimmten Kündigungstermins sind als Einheit zu betrachten, so dass für die Beurteilung der Günstigkeit ein Gesamtvergleich vorzunehmen ist.⁵⁸ Kürzere Fristen sind dagegen gem. § 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB nur bei Einstellung zur vorübergehenden Aushilfe zulässig sowie im Kleinbetrieb (mit bis zu 20 Arbeitnehmern). § 622 Abs. 6 BGB⁵⁹ wird mit Recht als Ausprägung des **allgemeinen Rechtsgedankens betrachtet**, dass unbillige Kündigungerschwerungen zulasten des Arbeitnehmers unzulässig seien,⁶⁰ wobei heute diese Wertung regelmäßig auch (systematisch vorrangig) im AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB verortet werden kann.⁶¹
- 26 **c) Regelungen durch Tarifvertrag. aa) Geltung für tarifgebundene Arbeitnehmer.** Nach § 622 Abs. 4 S. 1 BGB können durch Tarifverträge eine andere, und zwar auch eine

⁵⁰ BAG 6.12.1976 – 2 AZR 470/75, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 2.

⁵¹ BAG 18.1.1979 – 2 AZR 254/77, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 3; 22.4.1998 – 5 AZR 2/97, AP BGB § 611 Rundfunk Nr. 24; 9.8.2000 – 7 AZR 339/99, BeckRS 2000, 30786110.

⁵² BAG 18.1.1979 – 2 AZR 254/77, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 3.

⁵³ BAG 14.5.1987 – 7 AZR 204/87, AP BAT § 53 Nr. 2 = NZA 1988, 877 = AR-Blattei D Kündigungsschutz E 284 mAnm Wank.

⁵⁴ KR/Spilger BGB § 622 Rn. 69.

⁵⁵ BAG 18.9.2003 – 2 AZR 330/02, AP BGB § 622 Nr. 62; KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 117.

⁵⁶ BAG 17.6.2003 – 2 AZR 257/02, AP BGB § 622 Nr. 61 = BeckRS 2003, 41884, zu § 12 Nr. 1.2 BRTV-Bau; vgl. auch KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 118; betr. § 1 Abs. 1 KSchG LAG Hamm 20.12.1996 – 5 Sa 1307/95, LAGE KSchG § 1 Nr. 10 = BeckRS 1996, 30900780.

⁵⁷ S. Anm. Wank zu BAG 16.10.1987 – 7 AZR 204/87, AR-Blattei D 1020 Kündigungsschutz E 293.

⁵⁸ BAG 29.1.2015 – 2 AZR 280/14, NZA 2015, 673; zur Unwirksamkeit einer verlängerten Kündigungsfrist in AGB BAG 26.10.2017 – 6 AZR 158/16, NZA 2018, 297.

⁵⁹ Dazu BAG 20.8.1996 – 9 AZR 471/95, NZA 1996, 1151.

⁶⁰ BAG 27.7.1972 – 5 AZR 141/72, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 75.

⁶¹ Zutr. SPV Kündigung/Preis Rn. 456.

kürzere, Kündigungsfrist sowie abweichende Regelungen bezüglich der Kündigungstermine vereinbart werden.⁶² Der Gesetzgeber vertraut insoweit auf die Macht der Tarifparteien, ihre Mitglieder hinreichend zu schützen. Insoweit besteht keine untere Grenze für die Kündigungsfrist. Die Kündigung kann auch entfristet werden, wie das in der Praxis zB bei Probearbeitsverhältnissen geschieht.⁶³ Die Tarifparteien haben jedoch ebenfalls die Schranke des § 622 Abs. 6 BGB zu beachten.⁶⁴

Tarifverträge könnten gegenüber der gesetzlichen Regelung einen größeren Spielraum für Differenzierungen haben;⁶⁵ doch sind auch Tarifverträge in gleicher Weise wie Gesetze an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.⁶⁶ Neutrale Normen, in denen die gesetzlichen Regelungen nur übernommen werden, nehmen an der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit des Gesetzes teil.⁶⁷ Eigenständige Normen sind selbständig anhand von Art. 3 Abs. 1 GG zu überprüfen.⁶⁸ Unterschiede können sich insofern in tatsächlicher Hinsicht gegenüber Gesetzen beim sachlichen Grund ergeben. So könnten in einer Branche die Angestellten besonders fachlich qualifiziert sein, so dass in der Anknüpfung an das Merkmal Angestellter ausnahmsweise eine sachgerechte Gruppenbildung läge.⁶⁹

Das BAG hat zahlreiche Tarifverträge überprüft und in einer Reihe von Fällen eine zulässige tarifvertragliche Differenzierung bejaht.⁷⁰ Soweit die tariflichen Klauseln eindeutig nur den Gesetzestext übernehmen (deklaratorische Klauseln) oder eindeutig eine eigenständige Regelung enthalten (konstitutive Klauseln), ergeben sich die oben genannten Folgerungen. Meist sind die einschlägigen Klauseln jedoch auslegungsbedürftig im Hinblick auf ihren deklaratorischen oder konstitutiven Charakter. Während das BAG und ein Teil der Literatur im Zweifel eine deklaratorische Regelung bejahen und einen ausdrücklichen Regelungswillen der Tarifparteien für die Bejahung einer konstitutiven Regelung fordern,⁷¹ nimmt ein anderer Teil der Literatur im Zweifel eine konstitutive Regelung an.⁷² Eine **ergänzende Auslegung** der Tarifverträge („Fortbildung“) ist in diesem Zusammenhang eher möglich als bei Einzelverträgen.⁷³

bb) Geltung für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer. Nach § 622 Abs. 4 S. 2 BGB 29 können tarifvertragliche Regelungen über Kündigungsfristen und -termine auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer Geltung erlangen. Dies dient dazu, betriebseinheitlich dieselben Kündigungsfristen einzuführen. Voraussetzung dafür ist die einzelvertragliche Vereinbarung der tarifvertraglichen Regelungen; sie ist aber nur insoweit möglich, als auf einen Tarifvertrag Bezug genommen wird, in dessen Geltungsbereich sich der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer befinden.⁷⁴ Die Vorschrift ist nicht nur dann anwendbar, wenn beide Arbeitsvertragsparteien nicht tarifgebunden sind; es genügt, wenn der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer keiner tarifvertraglichen Bindung unterliegt.

⁶² SPV Kündigung/Preis Rn. 461.

⁶³ BAG 2.8.1978 – 4 AZR 46/77, MTL II § 55 Nr. 1; SPV Kündigung/Preis Rn. 461; krit. Oetker ZfA 2001, 287.

⁶⁴ ErfK/Müller-Glöge BGB § 622 Rn. 21.

⁶⁵ Bengelsdorf NZA 1991, 121 (124 ff.); Buchner NZA 1991, 41 (47 ff.).

⁶⁶ Wiedemann/Jacobs Einl. Rn. 399 ff.

⁶⁷ BAG 21.3.1991 – 2 AZR 616/90, NZA 1991, 803.

⁶⁸ BAG 21.3.1991 – 2 AZR 616/90, NZA 1991, 803.

⁶⁹ Vgl. Bengelsdorf NZA 1991, 121 (131 f.).

⁷⁰ S. die Nachw. bei Wiedemann/Jacobs Einl. Rn. 423, 449.

⁷¹ BAG 5.10.1995 – 2 AZR 1028/94, AP BGB § 622 Nr. 48; 7.3.2002 – 2 AZR 610/00, BeckRS 2002, 41381; ErfK/Müller-Glöge BGB § 622 Rn. 24 f.; Kamanabrou RdA 1997, 22 (28 f.); Meier DB 1991, 1881.

⁷² Bengelsdorf NZA 1991, 121 (196 f.); Preis FS Schaub, 1998, 571 (592); Rieble RdA 1997, 134 (138); Sandmann RdA 2002, 73.

⁷³ S. BAG 21.3.1991 – 2 AZR 616/90, NZA 1991, 803; Bengelsdorf NZA 1991, 121 (123).

⁷⁴ SPV Kündigung/Preis Rn. 468; zum Geltungsbereich von Tarifverträgen allg. s. Wiedemann/Bayreuther TVG § 4 Rn. 63 ff.

- 30 Jedenfalls den Anforderungen des § 622 Abs. 4 S. 2 BGB genügt eine Globalverweisung⁷⁵ auf den einschlägigen Tarifvertrag. Eine exakte **Bezugnahme** auf die Kündigungsbestimmungen des Tarifvertrags ist nicht erforderlich. Es ist dem Arbeitnehmer zumutbar, sich über die für ihn geltenden Bestimmungen zu informieren. Gelegenheit dazu besteht bei den Gewerkschaften und beim Betriebsrat. Es ist nach dem Gesetzeswortlaut richtigerweise auch möglich, im Sinne einer Teilverweisung lediglich auf die kündigungsrechtlichen Regelungen eines Tarifvertrages Bezug zu nehmen.⁷⁶ Die neue kritikwürdige⁷⁷ Rechtsprechung des BAG⁷⁸, die bei § 1 AÜG die umfassende Globalverweisung auf das gesamte Tarifwerk für erforderlich hält, um die Abbedingung des tarifdispositiven Rechts zu ermöglichen, lässt sich auf § 622 Abs. 4 S. 2 BGB nicht übertragen. Nicht zulässig ist es hingegen, lediglich auf einzelne, ausgewählte Kündigungsbestimmungen abzustellen.⁷⁹ Es muss entweder auf den gesamten Tarifvertrag oder zumindest auf einen abgeschlossenen Regelungskomplex Bezug genommen werden.⁸⁰
- 31 **cc) Nachwirkende Tarifverträge.** Problematisch ist, ob der gem. § 4 Abs. 5 TVG nachwirkende Tarifvertrag als Tarifvertrag iSd § 622 Abs. 4 S. 2 BGB angesehen werden kann.⁸¹ Zulässig ist dies jedenfalls, wenn einzelvertraglich auf einen Tarifvertrag im Nachwirkungszeitraum verwiesen wird.⁸² Die andere Frage, ob die unter Geltung eines Tarifvertrags vereinbarte Bezugnahme auch für dessen **Nachwirkungszeitraum** gilt, ist mit der hM im Schrifttum zu bejahen;⁸³ denn mit dem Sinn des § 622 Abs. 3 S. 2 BGB, betriebseinheitliche Kündigungsfristen zu ermöglichen, wäre es kaum zu vereinbaren, wenn für die Zeit der Nachwirkung unterschiedliche Kündigungsfristen in demselben Betrieb gelten würden.
- 32 **d) Regelungen durch Betriebsvereinbarungen.** Im Hinblick auf Regelungen über Kündigungsfristen und -termine durch Betriebsvereinbarung stellen sich zwei Fragen. Einmal geht es um das Konkurrenzverhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarungen. Nach **§ 77 Abs. 3 BetrVG** besteht für Betriebsvereinbarungen über materielle Arbeitsbedingungen, sofern nicht eine tarifliche Öffnungsklausel vorliegt, im Geltungsbereich eines vollgültigen oder nachwirkenden Tarifvertrags kaum ein Spielraum. Im Hinblick auf die Vereinbarung von Kündigungsfristen durch Betriebsvereinbarung stellt sich somit häufig ein Konkurrenzproblem (→ § 110 Rn. 78). Im Übrigen ist zu beachten, dass § 622 Abs. 4 BGB eine Vereinbarung **kürzerer Kündigungsfristen** nur durch Tarifverträge und nicht durch Betriebsvereinbarung vorsieht, so dass nur Verlängerungen möglich wären.

2. Wirksamkeitsvoraussetzungen und Nichtigkeitsgründe

- 33 Die Kündigung unterliegt als Rechtsgeschäft den allgemeinen Vorschriften über **Willenserklärungen**. Insofern gelten die BGB-Vorschriften insbes. über Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung und Zugang (→ § 108 Rn. 14 ff., 28 ff.). Ihre Nichtbeachtung kann dazu führen, dass die Kündigung unwirksam ist. Die Nichtbeachtung der besonderen Vorschriften über **Fristen und Termine** für die Kündigung (→ Rn. 9 ff.) führt demgegenüber im Allgemeinen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, sondern dazu, dass die Kündigung erst zu dem zulässigen späteren Zeitpunkt wirksam ist. Im Hinblick auf die **Motive**, die

⁷⁵ Zu den Verweisungstypen Preis ArbV-HdB/Greiner II V 40 Rn. 4–40.

⁷⁶ APS/Linck BGB § 622 Rn. 85; KR/Spilger BGB § 622 Rn. 214; SPV Kündigung/Preis Rn. 469; Staudinger/Temming, 2022, BGB § 622 Rn. 45.

⁷⁷ Greiner RdA 2020, 300 ff.

⁷⁸ BAG 16.10.2019 – 4 AZR 66/18, AP AÜG § 10 Nr. 57.

⁷⁹ LAG Düsseldorf 12.11.1974 – 8 Sa 454/74, EBG zA § 622 nF Nr. 10; KR/Spilger BGB § 622 Rn. 212; SPV Kündigung/Preis Rn. 469; Staudinger/Temming, 2022, BGB § 622 Rn. 45; Wank NZA 1993, 961.

⁸⁰ ErfK/Müller-Glöße BGB § 622 Rn. 35; KR/Spilger BGB § 622 Rn. 206 ff.; Wank NZA 1993, 961.

⁸¹ Zum nachwirkenden Tarifvertrag vgl. Wiedemann/Bayreuther TVG § 4 Rn. 198 ff.

⁸² BAG 27.6.1978 – 6 AZR 59/77, AP BUrtG § 13 Nr. 12 (mAnm Wiedemann) gegen BAG 15.2.1965 – 5 AZR 347/64, AP BUrtG § 13 Nr. 6; KR/Spilger BGB § 622 Rn. 215; SPV Kündigung/Preis Rn. 521.

⁸³ ErfK/Müller-Glöße BGB § 622 Rn. 36; Schaub ArbR-HdB/Linck § 126 Rn. 25.

zur Kündigung geführt haben, sowie auf die **Umstände**, unter denen sie ausgesprochen wurde, richten sich die Voraussetzungen nach dem Kündigungsschutzgesetz, insbes. nach § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG, nach Spezialgesetzen sowie nach den allgemeinen zivilrechtlichen Generalklauseln. **Spezialgesetzliche** Bestimmungen, die zur Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Kündigung führen können, sind vorab zu prüfen. Hier kommen vor allem Sonderregelungen zum Schutze bestimmter Personengruppen in Betracht (→ Rn. 88 ff.). Im Übrigen findet sich eine Reihe anderer Unwirksamkeitsgründe über das Arbeitsrecht verstreut. Hier sind vor allem § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG sowie § 613a Abs. 4 S. 1 BGB hervorzuheben.

Bei ordentlicher Kündigung durch den Arbeitgeber ist weiterhin zu prüfen, ob die Kündigung den Anforderungen des **Kündigungsschutzgesetzes** genügt. Hierzu muss zunächst der persönliche und der sachliche Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet sein (→ Rn. 3), und es muss ein Kündigungsgrund iSd § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG vorliegen.

Schließlich ist die Kündigung an den bürgerlich–rechtlichen **Generalklauseln** der §§ 134, 138, 242 BGB zu messen. Verstößt die Kündigung gegen ein gesetzliches Verbot, sei es aus dem Grundgesetz (insbes. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG), sei es aus einfachem Gesetzesrecht, können die unterschiedlichen Unwirksamkeitsgründe nebeneinander stehen; so beispielsweise im Zusammenspiel von § 1 Abs. 2 KSchG und § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, wenn es für die Kündigung an einem dringenden betrieblichen Erfordernis fehlt und außerdem auch der Betriebsrat nicht angehört wurde. Wird dagegen inhaltlich derselbe Bereich abgedeckt, etwa wenn eine Kündigung aufgrund einer zulässigen Meinungsäußerung des Arbeitnehmers erfolgte, kommt zwar ein Verstoß gegen allgemeine Unwirksamkeitsgründe (§§ 138 Abs. 1, 242 BGB (→ § 110 Rn. 33 ff., 63 ff.) und Art. 5 GG iVm § 134 BGB) in Betracht; da es jedoch zugleich an einem validen Kündigungsgrund iSd § 1 Abs. 2 KSchG fehlt, ergibt sich die Unwirksamkeit der Kündigung bereits aus der spezialgesetzlich ausgeformten Regelung des KSchG; ein Rückgriff auf die allgemeinen Unwirksamkeitsgründe wäre insofern methodisch unrichtig und auch nicht erforderlich.

a) Kündigung und Diskriminierung. Nach § 2 Abs. 4 AGG gilt für Kündigungen nicht das **AGG**, sondern es gelten die Bestimmungen des Kündigungsschutzes. Das erweckt den Anschein, als ob die speziellen Diskriminierungsverbote im Kündigungsrecht nicht gelten. Dies widerspricht jedoch den dem AGG zugrunde liegenden EU-Richtlinien (Richtlinien 2000/78/EG, 2000/42/EG und 2002/73/EG). Deren sachlicher Anwendungsbereich erstreckt sich ausdrücklich auch auf die Entlassungsbedingungen von Arbeitnehmern. Nach einer Ansicht kann den unionsrechtlichen Anforderungen durch eine richtlinienkonforme Auslegung Rechnung getragen werden, indem insbesondere § 242 BGB entsprechend ausgelegt wird.⁸⁴ Diese Möglichkeit scheidet aus zwei Gründen aus: Zum einen widerspricht eine Umsetzung der Richtlinien durch zivilrechtliche Generalklauseln dem europarechtlichen Transparenzgebot. Zum anderen lässt sich über die Generalklauseln keine vollständige Umsetzung der Richtlinien verwirklichen. Ein Schadensersatzanspruch wie der nach § 15 Abs. 2 AGG wird nicht begründet. Ob die Unwirksamkeit der Kündigung als effektive Sanktion ausreicht, ist – unter Zugrundelegung der EuGH-Rechtsprechung⁸⁵ – fraglich. Konsequenz wäre es, das AGG in unionsrechtskonformer Rechtsfortbildung für anwendbar zu halten.⁸⁶

Das BAG beschreitet einen anderen Weg: Die gesetzgeberische Entscheidung in § 2 Abs. 4 AGG wird demnach respektiert, diese Vorschrift also ihrem Wortlaut entsprechend angewandt. Dafür wird allerdings das Kündigungsschutzrecht wiederum der Sache nach richtlinienkonform ausgelegt. Bei der konkretisierenden Anwendung des § 1 KSchG sind demnach die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinien 2000/78/EG, 2000/42/EG und

⁸⁴ S. Kamanabrou RdA 2007, 199 ff.

⁸⁵ ZB EuGH 22.4.1997 – C-180/95, AP BGB § 611 Nr. 13 – Draehmpaehl.

⁸⁶ Ausf. mN NK-GA/Greiner KSchG § 1 Rn. 250.

2002/73/EG als entscheidende Auslegungsleitlinien zu beachten.⁸⁷ Das ist es auch, was der 2. BAG-Senat letztlich meint, wenn er die Diskriminierungsverbote des AGG einschließlich der im AGG vorgesehenen Rechtfertigungstatbestände, insbesondere bei der Auslegung des Begriffs der „sozialen Rechtfertigung“ iSv § 1 KSchG, berücksichtigen möchte.⁸⁸ Das BAG argumentiert, § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG beziehe Entlassungsbedingungen in den Anwendungsbereich des Gesetzes ein. Für die dargestellte Lösung sprächen auch die Gesetzgebungsgeschichte sowie der lediglich auf die Verknüpfung von Antidiskriminierungs- und Kündigungsrecht abzielende Zweck von § 2 Abs. 4 AGG.⁸⁹ Dies führt in der Sache unter anderem zu einer unionsrechtskonformen Auslegung des Begriffs der sozialen Rechtfertigung.⁹⁰

- 38 Größtes praktisches Manko dieses Ansatzes ist, dass zwar die Kompensation des materiellen Schadens durch Unwirksamkeit der Kündigung gelingt, die anwendbaren bürgerlich-rechtlichen Vorschriften (§ 280 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB iVm Art. 1 Abs. 1, 2 GG sowie ggf. § 826 BGB) aber keinen hinreichend transparent geregelten **Ausgleich des immateriellen Schadens** ermöglichen. Auf Grundlage des skizzierten dogmatischen Ansatzes eher inkonsequent, in der Sache aber wohl unausweichlich, ist, dass das BAG daher § 15 Abs. 2 AGG trotz § 2 Abs. 4 AGG jedenfalls dann für anwendbar hält, wenn die merkmalsbezogene Belastung „über das Normalmaß“ hinausgeht.⁹¹ Dies soll im Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes iSd KSchG ebenso gelten wie außerhalb.⁹²
- 39 **b) § 134 BGB.** Eine Kündigung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gem. § 134 BGB nichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz erfüllt sind. Ob eine Vorschrift ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB enthält, ist durch **Auslegung** der Vorschrift zu ermitteln. In vielen Fällen wird die Rechtsfolge der Nichtigkeit im Verbotsgesetz selbst angeordnet, so zB in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG oder § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, sodass es des Rückgriffs auf die Rechtsfolgenanordnung in § 134 BGB nicht bedarf. In anderen Fällen ergibt sich die Nichtigkeitsfolge erst aus § 134 BGB; der Verbotsgesetzcharakter – etwa straf- oder bußgeldbewehrter Vorschriften – ist dann durch Auslegung zu ermitteln. Zu den Verbotsgesetzen iSd § 134 BGB können im Einzelfall auch Tarifnormen zählen. Die Tatbestände und Rechtsfolgen der **einzelnen Verbotsgesetze** sind vielgestaltig. Die Kündigung kann gänzlich ausgeschlossen sein, das Verbot kann sich auf bestimmte Kündigungsanlässe beschränken, oder es kann ein bestimmtes Verfahren bei der Kündigung einzuhalten sein, wie zB im Schwerbehindertenrecht.
- 40 **aa) Verstoß gegen Unionsrecht.** Zwar ist die EU nach Art. 153 Abs. 1 Nr. d AEUV ermächtigt, Richtlinien über einen allgemeinen Bestandsschutz zu erlassen; eine derartige Richtlinie gibt es jedoch bisher nicht.⁹³ Die Grundrechtecharta kann nur ergänzend zur Auslegung herangezogen werden.⁹⁴ Im Übrigen ist bei einer Reihe von Kündigungsgrün-

⁸⁷ Deinert RdA 2007, 275 (277); HWK/Rupp AGG § 2 Rn. 13; ErfK/Schlachter AGG § 2 Rn. 19; Wendeling-Schröder/Stein/Stein AGG § 2 Rn. 39ff.; für einen Rekurs auf § 138 Abs. 1 BGB plädiert Löwisch BB 2006, 2189.

⁸⁸ BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361; ebenso BAG 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457; so auch KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 27; LKB/Krause Einl. Rn. 100.

⁸⁹ BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361; dazu auch Adomeit/Mohr NJW 2009, 2255 (2256); Benecke AuR 2009, 326ff.; Jacobs/Krois Anm. zu BAG 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, EzA KSchG § 1 Nr. 82.

⁹⁰ KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 27 mwN; ausf. zur Kritik an diesem Konzept NK-GA/Greiner KSchG § 1 Rn. 252ff.

⁹¹ BAG 12.12.2013 – 8 AZR 838/12, NZA 2014, 722.

⁹² BAG 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, zust. LKB/Krause Einl. Rn. 104 mwN.

⁹³ Zu Perspektiven und Grenzen der Europäisierung des Kündigungsschutzes Ch. Picker RdA 2022, 61ff.

⁹⁴ M. Meyer NZA 2014, 992.

den eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen, wie bei den Richtlinien betreffend Diskriminierung, Teilzeit, Betriebsübergang, Mutterschutz.⁹⁵

bb) Kündigungsverbote nach dem Grundgesetz. Eine Nichtigkeit der Kündigung kann sich entweder aus dem Verstoß gegen das Grundgesetz oder gegen ein einfaches Gesetz ergeben. Bei Verstößen gegen das Grundgesetz stellt sich die Frage, wie das Verfassungsrecht auf das Arbeitsrecht als einfaches Privatrecht einwirken kann. Der Streit zwischen unmittelbarer und mittelbarer **Drittwirkung** der Grundrechte ist überholt, seit auch das BAG endgültig von der Theorie einer unmittelbaren Drittwirkung abgerückt ist⁹⁶ und die Grundrechte nur mittelbar, über zivilrechtliche Vorschriften, auf das Arbeitsrecht einwirken lässt. Gleichgültig, ob man von einer „mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte“ ausgeht, von der „Schutzgebotsfunktion der Grundrechte“⁹⁷ oder von der rangkonformen Auslegung des einfachen Rechts,⁹⁸ müssen in jedem Fall die **Wertungen der Verfassung** in einfachrechtliche Normen transformiert werden. Man kann insoweit – systematisch vorrangig (→ Rn. 63) – bei der Auslegung der Kündigungsgründe von § 1 Abs. 2 KSchG, § 626 BGB ansetzen und dort grundrechtliche Wertungen zur Entfaltung bringen, nachrangig aber auch – unter Wahrung des skizzierten Transformationsanfordernisses – bei § 138 BGB oder § 242 BGB (→ § 110 Rn. 28 ff.).⁹⁹ Wichtiger ist die Frage, ob die im Arbeitsrecht immer notwendige **Abwägung** zwischen den Grundrechten des Arbeitgebers und denen des Arbeitnehmers auf der Ebene des Verfassungsrechts ihren adäquaten Ausdruck findet. Verfassungsrechtlich geht es stets darum, eine Grundrechtskollision zwischen Art. 12 und Art. 14 GG sowie weiteren Grundrechten auf Arbeitgeberseite mit Grundrechten des Arbeitnehmers im Wege der sogenannten praktischen Konkordanz zu lösen, entsprechend der zivilrechtlichen Interessenabwägung zwischen berechtigten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen.¹⁰⁰ In Fällen, in denen der allgemeine Kündigungsschutz eingreift, tritt diese Interessenabwägung im Allgemeinen innerhalb der Prüfung der Kündigungsgründe nach § 1 Abs. 2 KSchG auf: Eine Kündigung beispielsweise, die nach einer Interessenabwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen („Betriebsfrieden“) und den Arbeitnehmerinteressen („Meinungsäußerungsfreiheit“) gegen Art. 5 Abs. 1 GG verstößt, ist dann nicht „verhaltensbedingt“ iSd § 1 Abs. 2 KSchG. Ohne solche konkreten arbeitsrechtlichen Grundlagen, also bei Kündigungen, die nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfasst werden, müssen die grundrechtlichen Wertungen im Rahmen der Anwendung zivilrechtlicher Generalklauseln, namentlich § 138 BGB und § 242 BGB, zur Entfaltung gebracht werden.

(1) Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG stellt eine Ausnahme dar und hat bereits nach seinem Wortlaut unmittelbare Drittwirkung.¹⁰¹ Eine Kündigung, die gegen das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verstößt, ist nichtig. Die Kündigung muss sich aber **direkt gegen die Koalitionsfreiheit** richten, eine Verletzung dieses Grundrechts als Nebenfolge genügt nicht. Ihr muss also ein koalitionsfeindliches Motiv zugrunde liegen. Es genügt allerdings für einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, wenn neben diesem Motiv noch andere für die Kündigung eine Rolle spielen. Eine Kündigung darf also nicht wegen gewerkschaftlicher Betätigung oder des Verdachts einer solchen erfolgen. Auch darf es nicht Ziel einer Kündigung sein, auf den Austritt eines Arbeitnehmers aus einer Koalition hinzuwirken. Soll durch die Kündigung die gewerkschaftliche Tätigkeit eines Arbeitnehmers behindert werden, kann die Kündigung daneben auch nach § 612a BGB nichtig sein.

⁹⁵ Zur RL über Zahlungsunfähigkeit EuGH 10.7.2014 – C-198/13, NZA 2014, 1325 – Hernández.

⁹⁶ BAG 27.2.1985 – GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14.

⁹⁷ SPV Kündigung/Preis Rn. 199.

⁹⁸ Wank RdA 1999, 130 (135).

⁹⁹ S. SPV Kündigung/Preis Rn. 200.

¹⁰⁰ S. zu dem Transformationsproblem Wank RdA 1982, 365 ff.

¹⁰¹ SPV Kündigung/Preis Rn. 199, 201.

- 43 (2) Außerhalb des Grundrechtskatalogs findet sich im Grundgesetz in **Art. 48 Abs. 2 S. 2 GG** ein weiteres Kündigungsverbot; Abgeordneten darf aus Anlass ihrer Amtsausübung nicht gekündigt werden.
- 44 **cc) Einfachgesetzliche Kündigungsverbote und Wirksamkeitsvoraussetzungen.** Bei den einfachgesetzlichen Kündigungsverböten iSd § 134 BGB kann danach differenziert werden, inwieweit die Kündigung überhaupt ausgeschlossen ist, ob die Berufung auf bestimmte Kündigungsgründe gesetzwidrig ist oder ob lediglich ein bestimmtes Verfahren einzuhalten ist (→ § 110 Rn. 40).
- 45 **(1) Generelle Kündigungsverbote.** Ein genereller Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist im Gesetz nicht häufig zu finden. Der Kündigungsschutz hängt bei solchen Verböten von gewissen Voraussetzungen ab und ist in aller Regel zeitlich begrenzt.
- 46 Ein generelles Kündigungsverbot enthält **§ 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG**.¹⁰² Danach ist jede Kündigung einer Schwangeren, die die Voraussetzungen des Mutterschutzgesetzes erfüllt, unzulässig und somit nach § 134 BGB nichtig, selbst bei einer Betriebsstilllegung oder bei Insolvenz des Arbeitgebers. Zeitlich erstreckt sich der Kündigungsschutz auf die Zeit der Schwangerschaft bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung. In besonderen Fällen kann aber gem. **§ 17 Abs. 2 MuSchG** die für Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Das gleiche, generelle Kündigungsverbot gilt für Arbeitnehmer, die sich in **Elternzeit** befinden oder die während der Elternzeit Teilzeitarbeit leisten (§ 18 Abs. 1 BEEG).¹⁰³
- 47 Ein generelles Kündigungsverbot enthält auch **§ 15 Abs. 1 S. 1 KSchG**, der eine ordentliche Kündigung während der Zeitdauer eines Betriebsratsmandats oder eines Mandats in einer gleichgestellten Arbeitnehmervertretung generell verbietet. Dies gilt nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG auch während eines Nachwirkungszeitraums von einem Jahr ab Beendigung des Mandats. Eine Ausnahme ist in § 15 Abs. 4 KSchG für den Fall der Betriebsstilllegung angeordnet. Der Kündigungsschutz erstreckt sich in diesen Fällen nach Ansicht des BAG auch auf Massen- oder Gruppenänderungskündigungen.¹⁰⁴
- 48 Generell ist eine ordentliche Kündigung nach **§ 2 Abs. 1 ArbPISchG** während der Dauer des Wehrdienstes oder einer Wehrübung ausgeschlossen. Die Vorschrift ist unabdingbar und gilt ohne Ausnahme. Auch bei einer Betriebsstilllegung ist die Kündigung ausgeschlossen.¹⁰⁵ Der Kündigungsschutz besteht ab Zustellung des Einberufungsbescheides und reicht bis zur Beendigung des Wehrdienstes. Gem. § 10 ArbPISchG gilt das Kündigungsverbot auch während freiwilliger Wehrübungen, deren Dauer im Kalenderjahr 6 Wochen nicht übersteigt. Nach § 16a Abs. 1 ArbPISchG erstreckt sich der Schutz auch auf Soldaten auf Zeit, sofern die Wehrdienstzeit auf nicht mehr als zwei Jahre festgesetzt wird. Auf Zivildienstleistende findet nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG der § 2 ArbPISchG entsprechende Anwendung. Eignungsübenden darf nach § 2 Abs. 1 EignungsÜbG während der Zeit der Eignungsübung nicht gekündigt werden.
- 49 Auch bei einem Berufsausbildungsverhältnis sind die Kündigungsmöglichkeiten gem. **§ 22 Abs. 2 BBiG** beschränkt, sofern die Probezeit abgelaufen ist. Die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber ist dann ausgeschlossen. Der Auszubildende hat für die ordentliche Kündigung eine Frist von vier Wochen einzuhalten.
- 50 **(2) Kündigungsverbote, die bestimmte Kündigungsgründe betreffen.** Kündigungsverbote, die es dem Arbeitgeber verwehren, sich auf bestimmte Kündigungsgründe zu berufen, sind zahlreich. In ihnen wird in aller Regel bestimmt, dass gewisse in der Person des Arbeitnehmers begründete Umstände nicht zum Anlass einer Kündigung genommen wer-

¹⁰² Zur Kündigung im Kleinbetrieb BAG 26.3.2015 – 2 AZR 237/14, NZA 2015, 734.

¹⁰³ Vgl. auch die Übergangsregelung in § 27 BEEG.

¹⁰⁴ BAG 9.4.1987 – 2 AZR 279/86, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 28; 6.3.1986 – 2 ABR 15/85, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 19 mAnm Schlaeper; krit. Wank ZfA 1987, 355 (433).

¹⁰⁵ AA Sahmer AR-Blattei Wehrdienst IV E § 2 Nr. 11.