

Lübbert - Haaf - Beeretz - Berst & Kollegen Wallstraße 15 79098 Freiburg

**Rainer Beeretz**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
**Dr. Sascha Berst**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
**Jörg Düsselberg**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
**Dr. Eberhard Haaf**  
**Manuela Kosch**  
**Dr. Hartmut Lübbert, M. C. L.**  
**Inge K. Tiedemann**  
Fachanwalt für Familienrecht

Wallstraße 15  
79098 Freiburg

Telefon (0761) 28 28 50  
Telefax (0761) 2 34 00  
e-mail rae\_luebbert\_u\_koll@t-online.de  
internet www.raeluebbert.de

LG-Fach: 55  
AG-Fach: 13

Korrespondenzbüros in allen EU-Staaten,  
der Schweiz und Nordamerika

In Kooperation mit  
**Mutz & Bienger Partnerschaft**  
Wirtschaftsprüfungs- und  
Steuerberatungsgesellschaft  
Alte Strasse 1  
79249 Freiburg-Merzhausen

26. November 2002 J

Unser Zeichen:

## DIE KÜNDIGUNG VON ARBEITSVERHÄLTNISSEN IM MITTELSTÄNDISCHEN BETRIEB

von  
**Dr. Sascha Berst,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Baden-Württembergische Bank Freiburg  
(BLZ 680 200 20)  
Kto. Nr. 4 413 617 400

Sparkasse Freiburg-Nördlicher Breisgau  
(BLZ 680 501 01)  
Kto. Nr. 10 014 392

Anderkonto: Baden-Württembergische Bank  
(BLZ 680 200 20)  
Kto. Nr. 4 413 689 300

## A. EINLEITUNG

In wirtschaftlich schwierigen Zeiten wie wir sie im Moment erleben, wächst in Betrieben das Bedürfnis, Arbeitnehmer zu entlassen. Dies kann vielerlei Gründe haben. Unmittelbar wirtschaftliche, weil das Unternehmen nicht mehr in der Lage ist, den hohen Personalkostenanteil zu erwirtschaften, persönliche, weil der Arbeitgeber nicht mehr geneigt ist, gewisse Verhaltensweisen eines Arbeitnehmers hinzunehmen, der zum wirtschaftlichen Ergebnis des Betriebes nichts beiträgt, oder auch organisatorische, etwa weil die Krankheit eines Arbeitnehmers immer wieder die betrieblichen Abläufe stört. Entschließt sich der Arbeitgeber zur Kündigung, ist jedoch äußerste Vorsicht geboten, denn er setzt sich zahlreichen wirtschaftlichen Risiken aus. Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht:

*Fall: Im Betrieb der Max Müller GmbH sind sieben Mitarbeiter beschäftigt, davon einer im Außendienst. Eines Tages stellt sich heraus, daß dieser Außendienstmitarbeiter einen Spesenbetrug begangen hat, wodurch der Max Müller GmbH ein Schaden in Höhe von € 10,00 entstanden ist. Der Außendienstler ist seit 10 Jahren im Betrieb und Vater dreier Kinder. Die Max Müller GmbH spricht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus. Hiergegen wendet sich der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage, die – es gab keine Einigung zwischen den Parteien – nach etwa anderthalb Jahren vom Landesarbeitsgericht positiv entschieden wird. Der Arbeitnehmer hatte einen monatlichen Bruttoverdienst von € 5.000,00 und in der Zwischenzeit keine andere Arbeit gefunden. Was hat dies für den Arbeitgeber für Konsequenzen?*

Der Fall, über den ich soeben berichtet habe, hat sich so oder so ähnlich vor ein oder zwei Jahren in Freiburg zugetragen. Die wirtschaftlichen Fragen für den Arbeitgeber waren beinahe verheerend. Aufgrund der ohnehin angestregten wirtschaftlichen Situation und der dünnen Kapitaldecke der Max Müller GmbH war das Unternehmen einige Monate nicht in der Lage, die Forderung des Arbeitnehmers zu bedienen. In dieser Zeit lief weiterer Verzugslohn auf, denn der Arbeitnehmer hatte sich geweigert, zu arbeiten, bis nicht die Gesamtforderung befriedigt ist. Schließlich und endlich zahlte die Max Müller GmbH für rund 22 Monate Verzugslohn. Dies entsprach einem Arbeitgeberbrutto von € 123.200,00.

Ausgehend von diesem Beispiel kann man glückliche, unglückliche und sehr unglückliche Arbeitgeber unterscheiden. Glückliche sind die Unternehmen, in denen das Kündigungsschutzgesetz aufgrund ihrer Betriebsgröße keine Anwendung findet, unglücklich diejenigen, die mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigen und durch die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes beschränkt sind, sehr unglücklich schließlich sind solche Unternehmen, die nicht nur dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen, sondern in denen auch ein Betriebsrat besteht. Denn die Betriebsgröße einerseits und die Existenz eines Betriebsrates andererseits sind die entscheidenden Faktoren für den Kündigungsschutz der Arbeitnehmer. Von ihnen hängt ab, ob ein Arbeitgeber noch als „Herr im eigenen Hause“ anzusehen ist. Ist die Betriebsgröße von fünf Arbeitnehmern überschritten, findet kraft Gesetzes zwingend auf alle Betriebe in Deutschland das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) Anwendung. Ist dies der Fall, ist auch die ordentliche, fristgerechte Kündigung eines mehr als sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnisses nur dann zulässig, wenn ein rechtfertigender Grund hierfür vorliegt. Besteht darüber hinaus in dem Betrieb ein Betriebsrat, so ist dieser nach den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) im Rahmen eines höchst formalisierten und komplizierten Verfahrens vor Ausspruch der Kündigung anzuhören. Bereits ein schlichter formeller Fehler in diesem Verfahren macht die Kündigung unwirksam. Ist eine Massenentlassung geplant, ist diese darüber hinaus interessenausgleichs- und sozialplanpflichtig.

## **B. DIE KÜNDIGUNG IM KLEINBETRIEB**

### **I. DIE BESTIMMUNG DER MASSGEBLICHEN BETRIEBSGRÖSSE**

Ob Arbeitnehmer in einem Betrieb Kündigungsschutz genießen, hängt nach dem Vorgesagten maßgeblich von der Größe des Betriebes ab. Hierbei kommt es allerdings weder auf den Umsatz an, der in dem Betrieb erwirtschaftet wird, noch auf den Wert der dort vorhandenen Betriebsmittel. Entscheidend ist allein, ob in diesem Betrieb mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt sind. Die Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne des Kündigungsschutzrechtes ist dabei eine Kunst für sich, was am besten an einem Beispiel zu verdeutlichen ist:

*Die Firma Kfz-Meier GmbH betreibt eine Kfz-Handlung und Reparaturwerkstätte. Dort sind folgende Personen beschäftigt:*

- 1. Karl-Heinz Meier, alleiniger Inhaber der Geschäftsanteile und Geschäftsführer;*
- 2. seine Ehefrau Elfriede, Buchhalterin und „Mädchen für alles“. Sie arbeitet rund 40 Stunden in der Woche, oft auch mehr, und besitzt Prokura;*
- 3. Verena Müller, Sekretärin. Sie hat einen Arbeitsvertrag über 40-Wochenstunden, ist jedoch derzeit im Erziehungsurlaub (Elternzeit). Ob sie nach dessen Ablauf in rund zwei Jahren wieder in den Betrieb zurückkehrt, weiß niemand;*
- 4. Elisabeth Isele, Sekretärin, sie ist seit etwa einem halben Jahr auf „325-Euro-Basis“ beschäftigt und wurde eingestellt, weil Frau Meier nach dem Ausfall der Hauptsekretärin die anfallende Arbeit nicht mehr bewältigen konnte. Frau Isele arbeitet durchschnittlich fünf Stunden in der Woche;*
- 5. Max Moritz, Kfz-Geselle, arbeitet 40 Stunden in der Woche;*
- 6. Dieter Meier, gleichfalls Kfz-Geselle, er hat einen 30-Stundenvertrag;*
- 7. Andreas Kiefer, Kfz-Azubi, 40-Stundenwoche;*
- 8. Walter Groß, Kfz-Geselle, derzeit bei der Bundeswehr;*
- 9. Christel Schmitt, Putzfrau, 325-Euro-Basis.*

Es wird niemanden verblüffen, wenn man mitteilt, daß dieser Betrieb mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt. Überraschend ist jedoch, wer hier in die Rechnung einzustellen ist und wer unberücksichtigt bleiben kann.

Der Geschäftsführer arbeitet von allen Beteiligten am meisten, gleichwohl ist er kein Arbeitnehmer und zählt kündigungsschutzrechtlich nicht. Dies ist in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ausdrücklich bestimmt. Seine Ehefrau, obwohl im vorliegenden Falle Prokuristin und damit „leitende Angestellte“, zählt dagegen als Arbeitnehmerin. Da sie mehr als 30 Stunden in der Woche beschäftigt ist, ist sie mit dem Wert „1“ zu rechnen.

Gleichfalls hinzuzurechnen sind die sogenannten ruhenden Arbeitsverhältnisse. Bei der Betriebsgröße ist daher die Sekretärin, die im Erziehungsurlaub ist, ebenso zu berücksichtigen, wie der Geselle, der derzeit seinen Wehrdienst absolviert. Die beiden in der Werkstatt beschäftigten Gesellen zählen mit dem Wert „1“ und dem Wert „0,75“ (30 Stundenwoche). Bleiben die Aushilfsbeschäftigten, also die neue Sekretärin und die Putzfrau. In beiden Fällen handelt es sich um Arbeitsverhältnisse, wenn auch um Fälle der geringfügigen Beschäftigung. Sie sind bei der Bestimmung der Betriebsgröße zu berücksichtigen, allerdings nicht mit dem Wert 1, sondern – bei einer wöchentlichen Arbeitszeit unter 20 Stunden – mit dem Wert 0,5. Der Azubi bleibt dagegen unberücksichtigt.

Kündigungsschutzrechtlich zählt der oben genannte Betrieb also 5,75 Arbeitnehmer. Das Ergebnis ist also doch so knapp, daß sich die Frage stellt, ob es der Kfz-Meier GmbH nicht durch eine geschicktere Vertragsgestaltung möglich gewesen wäre, vorliegend unter der magischen Grenze von 5,25 Arbeitnehmern zu bleiben. Vorliegend ergeben sich hierfür sogar mehrere Möglichkeiten:

- a) Die Ehefrau des Geschäftsführers besitzt ohnehin schon Prokura. Würde man sie zur Geschäftsführerin bestellen, bliebe sie bei der Berechnung der Betriebsgröße unberücksichtigt. Der Betrieb würde lediglich 4,75 Arbeitnehmer beschäftigen.
- b) Die Sekretärin, die Teilzeit arbeitet, wurde offensichtlich nur eingestellt, weil sich die „Hauptsekretärin“ in Erziehungsurlaub befindet. Hätte man dies bei der Einstellung auch verdeutlicht und im Arbeitsvertrag kenntlich gemacht, wäre nach § 21 Abs. 7 des Bundeserziehungsgeldgesetzes lediglich der aktive Mitarbeiter bei der Bestimmung der Betriebsgröße zu berücksichtigen. Auch in diesem Falle bestünde der Betrieb lediglich aus 4,75 Personen.

- c) Nicht selten begründet schon die Beschäftigung einer Putzhilfe für den gesamten Betrieb Kündigungsschutz nach § 23 KSchG. In diesem Fall muß man sich ernsthaft überlegen, ob man nicht eine Reinigungsfirma mit dieser Arbeit betraut. Deren Beschäftigte zählen nach derzeit noch gültiger Rechtslage nicht zu den Arbeitnehmern des Betriebes. Dies allein hätte hier allerdings nicht genügt, um den Betrieb vom Anwendungsbereich des KSchG auszunehmen.

## **II. FORM UND FRISTBESTIMMUNGEN**

### **1. Form**

Daß der Inhaber eines Kleinbetriebes an die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes nicht gebunden ist, entbindet ihn nicht von der Pflicht, bei Ausspruch der Kündigung gewisse Förmlichkeiten einzuhalten. Allen voran ist hier das seit dem 01.04.2000 geltende Schriftformerfordernis zu erwähnen. Nach § 623 BGB n.F. ist die Kündigung nur dann wirksam, wenn dem Arbeitnehmer eine schriftliche, vom Arbeitgeber unterschriebene Original-Kündigungserklärung zugeht. Die Kündigung in Form einer Kopie genügt diesem Formerfordernis ebenso wenig, wie die Übermittlung eines Telefaxes. Inhaltlich muß das Schreiben die unmißverständliche und nicht an irgendwelche Bedingungen geknüpfte Erklärung enthalten, daß der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Termin beenden möchte. In der Regel empfiehlt es sich dabei auch, den Begriff der „Kündigung“ zu verwenden. Einige Landesarbeitsgerichte vertreten die Auffassung, daß dies zum essentiellen Bestandteil der Kündigung gehöre.

Im Prozeßfall muß der Arbeitgeber beweisen, daß dem Arbeitnehmer die schriftliche Kündigungserklärung zugegangen ist. Einen entsprechenden Beweis sichert man sich am besten dadurch, daß man die Kündigung vor Zeugen übergibt oder sich den Empfang quittieren läßt. Will man eine solch unangenehme Situation vermeiden, empfiehlt es sich, die Kündigung durch die Post mittels eines Einwurf-Einschreibens zustellen zu lassen. Das Einschreiben mit Rückschein und das normale Einschreiben sind dagegen ungeeignet.

### **2. Kündigungsfristen**

Die ordentliche Kündigung ist eine an Fristen gebundene Kündigung. Lediglich die außerordentliche Kündigung kann fristlos erklärt wer-

den, jedoch auch im Kleinbetrieb nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – hierzu später. Die Ermittlung der maßgeblichen Kündigungsfristen ist indessen nicht ganz einfach. Diese können dem Gesetz, dem Arbeitsvertrag oder einem Tarifvertrag zu entnehmen sein, die mitunter in Wechselwirkung treten.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen sind die Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte zwischenzeitlich einheitlich in § 622 BGB geregelt. Sie beugen uns in Staffelform. Während einer vereinbarten Probezeit, längstens jedoch für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Nach Ablauf der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist vier Wochen zum 15. oder zum Monatsende. Hat das Arbeitsverhältnis zwei Jahre bestanden, erhöht sich die Kündigungsfrist um einen Monat zum Ende des Kalendermonats, nach fünf Jahren erhöht sie sich auf zwei Monate, nach acht Jahren auf drei Monate, nach 10 Jahren auf vier Monate, nach 12 Jahren auf fünf Monate, nach 15 Jahren auf sechs Monate und nach 20 Jahren auf sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats.

Diese Staffelform kann einzelvertraglich nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abbedungen werden, wohl aber zu seinem Vorteil. Die früher üblichen und auch heute noch sehr gebräuchlichen Quartalskündigungsfristen für Angestellte sind daher in den ersten fünf Jahren des Bestands des Arbeitsverhältnisses wirksam. Umstritten ist, ob diese sich nach fünfjährigem Arbeitsverhältnis „automatisch“ in eine dem Gesetz entsprechende Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Monatsende oder in eine Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Quartalsende umwandeln. Diese Problematik wird um so deutlicher, je länger das Arbeitsverhältnis besteht. Eine „arbeitgeberfreundliche“ Entscheidung des BAG vom 04.07.2001 hat hier nur eine teilweise Klärung gebracht, so daß von der Vereinbarung von Quartalskündigungsfristen heutzutage in jedem Fall abzuraten ist.

Wird in einem Betrieb ein Tarifvertrag angewandt, sei es, weil der Arbeitgeber tarifgebunden ist, sei es, weil der Tarifvertrag allgemeinverbindlich ist, ergeben sich die Kündigungsfristen aus diesem zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden ausgehandelten Regelwerk.

Durch Tarifverträge kann die Staffelung des § 622 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch verkürzt werden. Sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht tarifgebunden, kann durch einen Verweis auf die entsprechende tarifvertragliche Regelung die kürzere Kündigungsfrist auch individualvertraglich vereinbart werden, allerdings nur insoweit, als nicht auf einen sachfremden Tarifvertrag bezug genommen wird.

Ist die Feststellung der für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfristen mitunter auch problematisch, so wird die Kündigungsmöglichkeit an sich hierdurch nicht beschränkt. Auch ist eine Kündigung mit einer falschen Fristbezeichnung nicht unwirksam. Sie beendet das Arbeitsverhältnis dann zum nächstzulässigen Termin.

### **III. DAS WILLKÜRVERBOT**

Wie jedes Rechtsgeschäft unterliegt auch die Kündigung in einem Kleinbetrieb inhaltlich einer gewissen minimalen Kontrolle. Auch wo das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, darf die Kündigung nicht sittenwidrig und nicht diskriminierend sein. In Kleinbetrieben ist eine Kündigung daher unwirksam, die gegen grundrechtliche Wertentscheidungen verstößt, weil sie wegen des Geschlechtes, der Herkunft oder der Religion eines Arbeitnehmers erklärt wird. Selbst bei sehr langjährigen Arbeitsverhältnissen darf die Willkürkontrolle jedoch nicht dazu führen, daß an die Wirksamkeit der Kündigung Anforderungen gestellt werden, die denen des Kündigungsschutzgesetzes gleichkommen. Dies kann umgekehrt aus Sicht der Arbeitnehmer durchaus zu Härten führen, etwa wenn der Arbeitgeber in einem Kleinbetrieb einen Arbeitnehmer kurz vor dessen gefährlicher Herzoperation entläßt oder das Arbeitsverhältnis zu einer Angestellten beendet wird, die sich über die Zudringlichkeit eines Arbeitskollegen beschwerte, die dieser (natürlich) bestritt. In beiden Fällen war der diskriminierende Charakter der Kündigung nicht oder kaum zu beweisen. Offenbart ein Arbeitgeber dagegen, daß er jemanden entlassen hat, weil ihm dessen Hautfarbe, Religion oder Herkunft nicht passen, ist ihm aber auch nicht zu helfen.

### **IV. SONDERKÜNDIGUNGSSCHUTZ**

Auch der Arbeitgeber in einem Kleinbetrieb hat geltende Sonderkündigungsschutzbestimmungen zu beachten. Allen voran sind hier das Kündigungsverbot während der Schwangerschaft und Erziehungszeit zu nennen, die Kündigungsbeschränkungen für Schwerbehinderte, Wehr- und Zivildienstleistende und tarifliche Kündigungsbeschränkungen nach langer Betriebszugehörigkeit.

\*

Ungeachtet gewisser Beschränkungen ist in jedem Fall festzustellen, daß der Max Müller GmbH ihr Schicksal im Ergebnis Lohnrückstände in Höhe von rund € 123.200,00 zurückzubezahlen, erspart geblieben wäre, wenn sie nicht mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt hätte. Bereits eine allgemeine Unzufriedenheit mit dem Außendienstmitarbeiter, Unpünktlichkeiten oder mangelnder Einsatz hätten genügt, um die Kündigung als nicht willkürlich darzustellen. Ein nachgewiesener Spendenbetrug wäre erst recht geeignet gewesen, um sie zu begründen. Die Kündigungsschutzklage des Außendienstmitarbeiters hätte keinerlei Aussicht auf Erfolg haben können.

## **C. DIE KÜNDIGUNG IM MITTLEREN BETRIEB**

### **I. DIE ANWENDUNG DES KSchG**

Beschäftigt ein Betrieb mehr als fünf Arbeitnehmer, dann unterliegt dieser Betrieb zwingend den Vorschriften des KSchG. Es gibt keine Möglichkeit, dies durch vertragliche Vereinbarungen, sei dies einzelvertraglich, tarifvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung abzubedingen. Auch die Vereinbarung ausländischen Arbeitsrechts für den inländischen Betrieb, die grundsätzlich zulässig ist, führt nicht dazu, daß einschlägige Arbeitnehmerschutzbestimmungen wie das KSchG aufgehoben wären. Alle Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse länger als sechs Monate bestehen, genießen Kündigungsschutz. Im Falle einer Kündigung hat der Arbeitgeber daher nicht nur all das zu beachten, was auch der Inhaber des Kleinbetriebes beachten muß (Form, Frist und Willkürverbot), er bedarf für seine Kündigung eines echten rechtfertigenden Grundes. An dessen Voraussetzungen werden strenge Anforderungen gestellt.

### **II. DIE „GESETZLICHE“ PROBEZEIT**

Aus Sicht des Arbeitnehmers beginnt der Kündigungsschutz nach sechs Monaten Betriebszugehörigkeit. Es gibt also durchaus so etwas wie eine gesetzliche Probezeit, in welcher auch der Inhaber des größeren Betriebes frei über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses entscheiden kann. Daß dies sachgerecht ist, braucht nicht weiter erwähnt zu werden. Dabei hat der Arbeitgeber – jedenfalls theoretisch – bis zum letzten Tag dieser Probezeit Zeit, sich zu einer Kündigung zu entschließen. Begann das Arbeitsverhältnis also zum 01.01. kann es auch noch am 30.06. zu einem späteren Zeitpunkt gekündigt werden. Entscheidend ist nicht der Kündigungstermin, sondern der Zugang der Kündigungserklärung.

Problematisch wird die Fristberechnung allerdings dann, wenn der Arbeitnehmer bereits früher einmal in dem Betrieb tätig war, beispielsweise als Auszubildender oder als Aushilfe. Frühere Ausbildungszeiten, die dem Berufsbildungsgesetz folgen, werden auf die Betriebszugehörigkeit nicht angerechnet. Aushilfstätigkeiten, die in einem inhaltlichen und

zeitlichen Zusammenhang mit dem jetzigen Arbeitsverhältnis stehen, aber sehr wohl.

Sehr häufig ist der Arbeitgeber indessen auch nach sechs Monaten noch nicht sicher, ob er den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen will oder nicht. Er ist mit ihm nicht so zufrieden, daß er ihn unbedenklich übernehmen kann, aber auch nicht so unzufrieden, daß er ihm nun den Stuhl vor die Tür setzen möchte. Viele Arbeitgeber suchen einen Ausweg aus diesem Dilemma, indem sie die Probezeit „verlängern“. Dies geschieht manchmal durch einseitige Erklärung, manchmal auch durch einen gesonderten Vertrag. Das eine ist jedoch ebenso wirkungslos wie das andere. Jedes Arbeitsverhältnis genießt nach sechs Monaten Bestand Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz. Diese Frist kann vertraglich unter keinen Umständen verlängert werden. Eine entsprechende Vereinbarung hat weder auf die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes noch auf die Berechnung der Kündigungsfristen irgendeine Auswirkung, sie ist unheilbar nichtig. Ein Arbeitgeber muß sich also entscheiden, ob er den Arbeitnehmer nach sechs Monaten weiterbeschäftigen will oder nicht. Wer sich des Arbeitnehmers nicht sicher ist, der sollte kündigen, ebenso wie derjenige, der sich seines Verlobten nicht sicher ist, nicht heiraten sollte. Lediglich in sehr begründeten Ausnahmefällen und bei anspruchsvollen Arbeiten kann man auf den Trick zurückgreifen, das Arbeitsverhältnis unbedingte zu kündigen und dem Arbeitnehmer gleichzeitig den Abschluß eines neuen, nun befristeten Arbeitsvertrages anzubieten. Auch für die Befristung bedarf es in diesem Falle aber eines rechtfertigenden Grundes. Die weitere Erprobung des Arbeitsverhältnisses kann dies nur ausnahmsweise sein, weil die Rechtsprechung davon ausgeht, daß nach sechs Monaten klar sein muß, ob ein Arbeitnehmer den an ihn gerichteten Anforderungen genügt oder nicht.

Eine weitere, denkbare Variante bestünde darin, das Arbeitsverhältnis mit einer etwas längeren Frist zu kündigen und dem Arbeitnehmer gleichzeitig mitzuteilen, man erwäge ihn nach Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen, sofern er sich in den kommenden Monaten bewährt.

### **III. DIE KÜNDIGUNGSGRÜNDE**

Das Kündigungsschutzgesetz akzeptiert drei Kündigungsgründe. Eine Kündigung kann aufgrund des Verhaltens bzw. Fehlverhaltens des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein, durch Gründe, die in seiner Person liegen, bedingt sein oder aber auf dringende betriebliche Gründe gestützt

werden. Lassen diese sich im Prozeßfall nicht feststellen, ist die Kündigung dagegen sozialwidrig und unwirksam.

## **1. Die verhaltensbedingte Kündigung**

Die verhaltensbedingte Kündigung ist eine der „beliebtesten“ Kündigungsarten und gleichzeitig eine der riskantesten. Nicht selten wird die verhaltensbedingte Kündigung in „emotionalen“ Situationen erklärt und beruht auf einer menschlich nachvollziehbaren, analytisch jedoch oft (!!) nicht aufzubereitenden Gemengelage diverser Unzufriedenheiten, die sich im Laufe mehrjähriger gemeinsamer Arbeit anstauen und aus nichtigem Anlaß - oft auch bei wirtschaftlicher Bedrängnis - dazu führen, daß der Arbeitgeber diesen Arbeitnehmer nicht mehr ertragen kann. Damit spielt der Arbeitgeber jedoch ausgerechnet dem Arbeitnehmer in die Hand, der ihn durch seine Unpünktlichkeit, Unfreundlichkeit, Unzuverlässigkeit über Jahre hinweg immer wieder geärgert hat. Gerade durch ihn wird der Arbeitgeber erpreßbar. Wer ein Arbeitsverhältnis statt dessen verhaltensbedingt kündigen will, muß im Prozeß dartun, daß der Arbeitnehmer schuldhaft und also vorwerfbar gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat und diese Pflichtverstöße eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar machen. Es müssen – in den Worten der Rechtsprechung - „Umstände im Verhalten des Arbeitnehmers vorliegen, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen“. Oft - allerdings nicht immer – muß das beanstandende Verhalten schon einmal Gegenstand einer Abmahnung gewesen sein.

### **a) Fallgruppen**

Wann ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers so zu mißbilligen ist, daß es eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt, läßt sich abstrakt kaum bestimmen. Die oben zitierte Formel, die in der Rechtsprechung ein wenig gebetsmühlenhaft wiederholt wird, gibt hierfür nichts her. Sie ist leer. Mit dieser Erkenntnis haben sich die Gerichte und auch die Anwälte längst abgefunden, so daß sie nunmehr Fallgruppen herauszuarbeiten versuchen, die zumindest eine Orientierung dafür bieten sollen, wann eine verhaltensbedingte Kündigung wirksam ist und wann nicht. Es gibt also eine Systematik der verhaltensbedingten Kündigungsgründe, wobei immer wieder darauf hingewiesen wird, daß „absolute“ Kündigungsgründe nicht existieren, also - mit Ausnahme schwerster Verfehlungen - selbst die Feststellung eines „anerkannten“ Kündigungsgrundes nur einen ersten Einstieg in eine umfassende Interessensabwägung

ermöglicht, in dem neben der Schwere der Verfehlung alle sozialen Faktoren des Arbeitnehmers (Betriebszugehörigkeit, Alter, Familienstand, Unterhaltspflichten etc.) zu berücksichtigen sind.

Im wesentlichen als Kündigungsgründe anerkannt sind folgende Fallgruppen:

- Alkohol

Wiederholte Verstöße gegen ein betriebliches Alkoholverbot können nach vorheriger Abmahnung die Kündigung rechtfertigen; ist der Arbeitnehmer jedoch alkoholkrank, kommt eine Kündigung nur als krankheitsbedingte Kündigung in Betracht.

- Arbeitsverweigerung

Wer sich trotz Abmahnung weigert, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, verstößt rechtswidrig, schuldhaft und in beharrlicher Weise gegen seine Arbeitspflichten. In diesen Fällen ist regelmäßig eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt. Macht der Arbeitnehmer jedoch von einem ihm zustehenden Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch (der Arbeitgeber hat den fälligen Lohn nicht ausbezahlt, der Arbeitsplatz verstößt gegen einschlägige Sicherheitsvorschriften etc.), ist das keine Arbeitsverweigerung, sondern das berechtigte Zurückhalten von Arbeitskraft. Ebenso wie die Arbeitsverweigerung ist das wiederholte unentschuldigte Fehlen ein Kündigungsgrund.

- Betriebsfrieden

Wer den Betriebsfrieden erheblich beeinträchtigt, indem er Mitarbeiter, Vorgesetzte oder Kollegen tätlich angreift, fliegt – dies war bisher einhellige Meinung. Einige Landesarbeitsgerichte meinen jedoch, daß „geringfügige“ Tätlichkeiten ohne vorherige Abmahnung keine Kündigung rechtfertigen, insbesondere, wenn sie nicht „milieuuntypisch“ sind. Diese Auffassung ist verfehlt.

- Beleidigungen

Ob eine Beleidigung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Herrscht im Betrieb allgemein ein rauher Umgangston, zu dem der Chef beiträgt, wird er sich über eine in der Wut dahergesagte Standardbeleidigung jedenfalls nicht so sehr aufregen dürfen, daß er das Arbeitsverhältnis deswegen beenden kann. In Schwaben

und Baden ist die Verwendung des Begriffes „Schofsäckel“ in einfacheren Betriebsmilieus kein Kündigungsgrund - so entschieden vom LAG Stuttgart; rassistische und sexistische Äußerungen sind es dagegen sehr wohl.

- Schlecht- und Minderleistungen

Behauptete Schlecht- und Minderleistungen sind in der Praxis ebenso häufig wie im Kündigungsstreit problematisch. Der Arbeitnehmer schuldet grundsätzlich nur eine Arbeitsleistung nach mittlerer Art und Güte. Dies ist aufgrund eines objektiven Maßstabs zu bestimmen. Die Kündigung kann also nicht allein mit dem Argument begründet werden, der Arbeitnehmer arbeite schlechter als seine Kollegen, weil immer noch möglich ist, daß diese besonders gut sind. Bei technischen Berufen kann Schlecht- und Minderleistung darüber hinaus oftmals nur durch sehr umfangreiche Sachverständigengutachten bewiesen werden. Selbst wenn dann eine sehr auffällige Schlechtleistung erwiesen ist, wird man als Arbeitgeber dartun müssen, daß es sich hierbei nicht um ein einmaliges Fehlverhalten handelt, sondern um einen typischen Arbeitsmangel. Dieser Beweis wird in aller Regel nur sehr schwer zu führen sein. Bei einer behaupteten Schlecht- und Minderleistung ist im übrigen immer zu berücksichtigen, daß der Arbeitnehmer in Deutschland keinen Erfolg, sondern nur Dienste schuldet. Der Außendienstmitarbeiter kann daher nicht deswegen entlassen werden, weil er keinen Umsatz macht, sondern nur deswegen, weil er nicht ausreichend viele Kunden besucht.

- Urlaub

Nimmt der Arbeitnehmer eigenmächtig Urlaub, überschreitet er seine Urlaubszeit schuldhaft oder droht er für den Fall, daß ihm kein Urlaub gewährt wird, mit Krankheit, bildet dies regelmäßig einen Kündigungsgrund. Anders ist es jedoch, wenn die Urlaubsnahme einer echten Notwendigkeit entspricht, etwa weil der Arbeitnehmer zwingend einen Angehörigen versorgen muß etc.

- Straftaten

Diebstahl, Unterschlagungen, Betrügereien, insbesondere im Spesenbereich, u.ä. zerstören das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber und sind daher nach der mehrfach bestätigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als

Kündigungsgründe anerkannt. Dies gilt auch dann, wenn sich der Diebstahl auf eine geringwertige Sache bezieht.

So jedenfalls im Grundsatz – einige Landesarbeitsgerichte weichen von dieser Rechtsprechung jedoch ab, wenn das Arbeitsverhältnis lang bestand, der Arbeitnehmer den Verstoß zugegeben und wieder gutgemacht hat oder allgemein im Betrieb ein gewisser „Schlendrian“ herrscht und vom Arbeitgeber auch geduldet wird.

- Verdacht

Unter gewissen Umständen genügt darüber hinaus der bloße Verdacht einer Straftat. Dies setzt jedoch voraus, daß die Verdachtsmomente gegen den Arbeitnehmer erheblich sind und nicht auf bloßen Mutmaßungen beruhen, die Straftat, derer er verdächtig ist, außerhalb des Bagatellbereichs liegt und er vor Ausspruch der Kündigung Gelegenheit hatte, den Verdacht in einem Gespräch zu zerstreuen.

**b) Die Abmahnung**

Bei der Aufzählung der oben genannten Fallgruppen fiel immer wieder der Begriff der Abmahnung. Jeder Arbeitnehmer und jeder Arbeitgeber hat ihn schon einmal gehört, täglich wechseln unzählige mit „Abmahnung“ überschriebene Schriftstücke von der einen Seite des Schreibtisches auf die andere. Was hat es mit einer Abmahnung auf sich und wie sieht eine richtige Abmahnung aus?

Die verhaltensbedingte Kündigung ist – wie jede Kündigung - zukunftsbezogen. Sie wird nach Auffassung der Rechtsprechung nicht als Sanktion für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten erklärt, sondern im Hinblick auf die Auswirkungen dieses Verhaltens auf die Zukunft: Durch den Diebstahl ist das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zerstört. Es ist nicht zu erwarten, daß es wieder hergestellt werden kann. Es stehen weitere Diebstähle zu befürchten.

Eine solche negative Prognose im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis läßt sich nach Auffassung der Rechtsprechung jedoch bei vielen Verstößen nicht vornehmen, wenn dem Arbeitnehmer nicht zuvor anläßlich eines ähnlichen Verstoßes eindringlich vor Augen geführt worden ist, welche Konsequenzen sein Verhalten haben kann. Eben dem dient die Abmahnung. Aus dieser Funktion folgt ihr Inhalt. Es genügt nicht, dem Arbeitnehmer dieses oder jenes Fehlverhalten vorzuwerfen, womöglich noch in abstrakter und

kaum verständlicher Form („Sie haben in der letzten Woche schlecht gearbeitet“), es muß vielmehr ein Fehlverhalten konkret und im Hinblick auf Ort und Zeit möglichst genau konkretisiert werden, der Arbeitnehmer muß darauf hingewiesen werden, daß dieses Verhalten ein Verstoß gegen seine vertraglichen Pflichten ist und im Wiederholungsfall den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet, sprich eine Kündigung nach sich ziehen kann und wird. Eine Abmahnung sieht daher richtigerweise so aus:

*„Sie haben am 13.04.2002 Ihren Vorgesetzten, Herrn Meier, vor einem Kunden als „Trottel“ bezeichnet.*

*Dies ist ein ernster Verstoß gegen Ihre arbeitsvertraglichen Pflichten. Sie haben sich gegenüber Ihren Vorgesetzten stets höflich zu verhalten und jede Beleidigung zu unterlassen, insbesondere vor Kunden.*

*Wird sich dieser Vorfall in dieser oder ähnlicher Form wiederholen, haben Sie mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen.“*

Das ist eine Abmahnung. Fehlt einer der beiden wesentlichen Bestandteile (Tatvorwurf/Androhung von Konsequenzen), liegt kündigungsrechtlich keine Abmahnung vor. Das Papier ist (beinahe) wertlos; Abmahnungen müssen nicht, sollten aber schriftlich erklärt werden.

Wann ist nun keine Abmahnung erforderlich? Auch dies ergibt sich im Grundsatz aus dem oben Gesagten. Die Abmahnung soll dem Arbeitnehmer sein Fehlverhalten und dessen mögliche Konsequenzen vor Augen führen. Muß ihm dagegen klar sein, daß sein Verhalten nicht gebilligt und nicht entschuldigt werden kann, weil es beispielsweise gegen strafrechtliche Normen verstößt oder gegen ein ganz besonderes wichtiges Betriebsprinzip (Alkoholverbote für Pfleger in Entzugskliniken), dann bedarf es keiner Abmahnung. Der Arbeitgeber kann sogleich mit einer verhaltensbedingten Kündigung reagieren.

### **c) Die Gefahren der verhaltensbedingten Kündigung**

Wie eingangs erwähnt, ist die verhaltensbedingte Kündigung eine der riskantesten Kündigungsformen. Die verhaltensbedingte Kündigung zwingt den Arbeitnehmer nämlich in der Regel in den Kündigungsschutzprozeß und dieser ist für den Arbeitgeber dann besonders riskant.

Die verhaltensbedingte Kündigung hat für den Arbeitnehmer erhebliche sozialrechtliche Konsequenzen. Ist sie berechtigt und nimmt er

sie hin, so hat er den Verlust des eigenen Arbeitsplatzes selbst verschuldet. Es tritt dann eine sozialversicherungsrechtliche Sperrfrist von drei Monaten ein, während der der Arbeitnehmer kein Arbeitslosengeld beziehen kann. Darüber hinaus verkürzt sich die maximale Leistungsdauer. Schon damit der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Arbeitslosengeld erhalten kann, wird er daher eine Kündigungsschutzklage einreichen. Diese wiederum ist für den Arbeitgeber dann – wie erwähnt – besonders gefährlich. Durch die enge Verzahnung zwischen Kündigungsschutz, Anlaufen von Verzugslohn, Interaktionen mit anderen Verfahrensarten, insbesondere Strafverfahren, und der Unmöglichkeit, den Arbeitnehmer zur Vermeidung von Verzugslohn weiterzubeschäftigen, entsteht eine explosive Gefahrenlage. Verzugslohn kann im Rahmen jedes Kündigungsschutzprozesses entstehen. Dauert der Kündigungsschutzprozeß lange, hat der Arbeitgeber im Fall einer betriebsbedingten Kündigung und im Falle einer personenbedingten Kündigung die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer eine vorübergehende Weiterbeschäftigung anzubieten. Kommt der Arbeitnehmer diesem Angebot nicht nach, muß er sich auf den Verzugslohn das Gehalt anrechnen lassen, das er hätte verdienen können. Bei der verhaltensbedingten Kündigung ist dies anders. Dem Arbeitnehmer, dem ein erhebliches Fehlverhalten vorgeworfen wird, ist nicht zuzumuten, in den Betrieb zurückzukehren, bevor dieser Vorwurf nicht aus der Welt ist. Es ist ihm zuzumuten, in einem anderen Unternehmen zu arbeiten, jedoch nicht in dem des Arbeitgebers. Wird dem Arbeitnehmer darüber hinaus eine Straftat vorgeworfen und würde diese sogar zur Anzeige gebracht, droht der GAU. Das Arbeitsgericht setzt das Verfahren aus, bis die Strafsache abschließend entschieden ist. Der Arbeitnehmer wird nach einem, nach zwei Jahren rechtskräftig freigesprochen, weil der Tatvorwurf nicht zu beweisen ist; die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung liegen in der Regel nicht vor. Der Arbeitnehmer ist in diesem Falle berechtigt, den rückständigen Lohn für die gesamte Schwebezeit zu verlangen.

\*

Zurück zu unserem Ausgangsfall in Sachen Max Müller GmbH. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hätte die Kündigungsschutzklage des Außendienstlers an sich keinen Erfolg haben dürfen. Der Richter beim zuständigen LAG neigt jedoch zu der Auffassung einiger seiner Kollegen, wonach ein Spesenbetrug in geringer Höhe bei einem lang andauernden Arbeitsverhältnis und besonderen sozialen Umständen eine verhaltensbedingte Kündigung nicht ohne vorherige Abmahnung rechtfertigt. Sicherlich hat das Gericht ausreichend signalisiert, in welche Gefahren sich der hier betroffene Arbeitgeber

begibt. Er und sein Prozeßbevollmächtigter wollten sich jedoch nicht nötigen lassen, sondern vertrauten auf die Kraft des Bundesarbeitsgerichts. Da die Entscheidung nicht revisibel war, konnte ihnen das höchste Arbeitsgericht aber nicht helfen.

#### **d) Exkurs: Die fristlose Kündigung**

Die fristlose Kündigung ist eine verhaltensbedingte Kündigung, ihre Voraussetzungen sollen daher hier kurz erörtert werden, obwohl sie nicht nur den Inhaber des mittleren Betriebes, sondern auch den Inhaber des Kleinstbetriebes betreffen.

Nach § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis dann fristlos gekündigt werden, wenn „Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann“.

Die außerordentliche fristlose Kündigung ist daher ihrem Wesen nach eine verhaltensbedingte Kündigung, die dem Arbeitgeber als Instrument zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung steht, wenn die Verfehlung, die der Arbeitnehmer begangen hat, so schwer wiegt, daß dem Arbeitgeber noch nicht einmal mehr der Ablauf der regulären Kündigungsfrist zuzumuten ist. Dies wird in aller Regel nur bei ungewöhnlichem Fehlverhalten, insbesondere bei Straftaten gegenüber dem Arbeitgeber oder seinen Angehörigen, der Fall sein. Den unzuverlässigsten und unpünktlichsten Arbeitnehmer wird man dagegen noch für die Dauer der Kündigungsfrist fortbeschäftigen (und weiterbezahlen) müssen.

Als besondere Hürde kommt bei der fristlosen Kündigung noch die in § 626 Abs. 2 BGB normierte Zweiwochenfrist hinzu. Erfährt der Arbeitgeber von einem gravierenden Fehlverhalten des Arbeitnehmers, so hat er zwei Wochen Zeit, die Kündigung auszusprechen. Versäumt er diese Frist – wenn auch nur um einen Tag – ist die fristlose Kündigung als solche unwirksam.

## **2. Die personenbedingte Kündigung**

Mit der verhaltensbedingten Kündigung reagiert der Arbeitgeber auf eine schuldhaftige Vertragsstörung des Arbeitnehmers, mit der personenbedingten Kündigung auf eine Vertragsstörung, für die der Arbeitnehmer nicht verantwortlich ist, die das Arbeitsverhältnis aber doch über Gebühr

belastet. In der Praxis begegnet sie uns vor allen Dingen in zwei Fallgruppen:

#### **a) Schlecht- und Minderleistung**

Arbeitet der Angestellte schlecht, weil er es nicht besser will, ihm seine Arbeit egal ist oder ähnliches, ist dies Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung. Arbeitet er dagegen schlecht, weil er nicht anders kann, weil ihm die erforderlichen Qualifikationen fehlen oder seine Fertigkeiten durch Krankheit, Alter und Gebrechen nachlassen, kann dies Grund für eine personenbedingte Kündigung sein. Im übrigen ist die personenbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung ebenso problematisch wie die verhaltensbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung. Man wird als Arbeitgeber daher dartun müssen, welchen üblichen Qualitätsstandard er nach den vertraglichen Bestimmungen von seinem Arbeitnehmer erwarten kann, wann und wie oft der Arbeitnehmer hiervon in erheblicher Art und Weise abweicht usw.

#### **b) Die krankheitsbedingte Kündigung**

Die wesentlichste Fallgruppe der personenbedingte Kündigung stellt indessen die krankheitsbedingte Kündigung dar. Es ist für Arbeitgeber oft überraschend, daß es sich hierbei um einen anerkannten Kündigungsgrund handelt. Es ist also nicht so, daß man während einer Krankheit nicht kündigen dürfe, wie oftmals angenommen wird, man kann sogar wegen einer Krankheit kündigen und natürlich auch während der Krankheit.

Vor den Erfolg hat der Herr jedoch den Schweiß und das Bundesarbeitsgericht die gründlichste Darlegung dieses Kündigungsgrundes gesetzt. Der Arbeitgeber hat hier drei Stufen zu nehmen:

##### **- Negative Prognose**

Auch die krankheitsbedingte Kündigung ist zukunftsbezogen. Der Arbeitgeber reagiert nicht auf vergangene Fehltage, sondern weil er annehmen muß und kann, der Arbeitnehmer werde auch in Zukunft in einem nicht zumutbaren Umfang krankheitsbedingt im Betrieb fehlen. Der Arbeitgeber muß also dartun, daß aufgrund der vorliegenden Erfahrung mit diesem Arbeitnehmer davon auszugehen ist, er werde auch in Zukunft seinen vertraglichen Pflichten nicht ungestört nachkommen können. Hierzu muß er – Einzelheiten sind umstritten – für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum von mindestens zwei Jahren die Fehltage des Arbeitnehmers im einzelnen auflisten. Erst wenn diese ein gewisses erhebli-

ches Maß überschreiten (in der Regel über sechs Wochen pro Jahr), ist diese erste Hürde genommen. Dann ist der Arbeitnehmer am Zug. Er hat nun darzustellen und zu belegen, es sei trotz erheblicher Fehlzeiten in der Vergangenheit nicht zu erwarten, daß auch in Zukunft solche Fehlzeiten auftreten würden. Hierzu wird er in aller Regel die Gründe für seine frühen Erkrankungen mitteilen. Ergeben diese sich aus Ereignissen, die sich in der Regel nicht wiederholen (Unfall mit ausgeheilten Folgen) oder gilt er nach ärztlichem Zeugnis als geheilt, kann er die zunächst bestehende negative Zukunftsprognose widerlegen. Die Kündigung ist dann unwirksam.

- Belastung des Arbeitsverhältnisses

Hat der Arbeitgeber indessen die erste Stufe erfolgreich genommen, muß er auf einer zweiten Stufe dartun und belegen, wieso die Erkrankungen das Arbeitsverhältnis belasten. Hierbei hilft ihm die Rechtsprechung mit zwei Vermutungen.

Ist der Arbeitnehmer dauerhaft und langanhaltend erkrankt und rechtfertigt die Krankheitsdauer zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Prognose, daß die Gesundheit des Arbeitnehmers auch in den nächsten zwei Jahren (!) nicht wieder hergestellt sein wird, so genügt dies in der Regel, um die Beeinträchtigung der betrieblichen Belange zu belegen. Für diese Dauer könnte der Arbeitgeber nämlich maximal eine befristet eingestellte Ersatzkraft engagieren.

Haben wir es dagegen mit häufigen Kurzerkrankungen zu tun, die summa summarum pro Jahr die Dauer von sechs Wochen nicht unerheblich überschreiten (ein Tag genügt nicht, eine Woche wird genügen), dann wird der Arbeitgeber hierdurch mit der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall über einen längeren Zeitraum belastet, als das Entgeltfortzahlungsgesetz ihm zumuten will. Dies ist nach einer neueren Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2001 gleichfalls ausreichend, um die Störung betrieblicher Belange zu belegen.

Haben wir es weder mit dem einen noch mit dem anderen Fall zu tun, muß die Störung betrieblicher Belange konkret dargestellt werden. In diesem Fall muß der Arbeitgeber mitteilen, wieso er keine Ersatzkraft einstellen kann oder will und welche besonderen Schwierigkeiten durch die Krankheit dieses Arbeitnehmers immer wieder ausgelöst werden. Wann diese Darlegungen genügen und den Richter überzeugen, kann aus anwaltlicher Sicht nicht verlässlich prognostiziert werden.

- Interessenabwägung

Hat der Arbeitgeber die Hürde 1 und die Hürde 2 genommen, steht ein letztes Hindernis vor ihm: Die umfassende Abwägung aller Interessen. Auch hier ist nur so viel verlässlich zu sagen, daß man den 22jährigen unverheirateten Angestellten, der erst seit drei Jahren im Betrieb ist, leichter entlassen kann, als den 50jährigen verheirateten Vater von vier Kindern mit zwanzigjähriger Betriebszugehörigkeit. Liegen allerdings die oben dargestellten besonderen Fälle der Langzeit- bzw. Kurzzeiterkrankungen vor, wird die Abwägung in der Regel zugunsten des Arbeitgebers ausgehen. In der Regel.

### **3. Die betriebsbedingte Kündigung**

Die betriebsbedingte Kündigung ist die offene Flanke des Kündigungsschutzes und begründet damit häufig den einfachsten Weg, um sich von einem oder mehreren Arbeitnehmern zu trennen. Nicht jede betriebsbedingte Kündigung, die als solche bezeichnet wird, entspricht jedoch den Vorstellungen des Gesetzgebers und der Gerichte. Im Gegenteil:

Gerät ein Unternehmen in die wirtschaftliche Schieflage, gibt es irgendwann einen Moment, in dem der Arbeitgeber feststellt, daß seine Personalkosten zu hoch sind und er Entlassungen herbeiführen muß, weil der Gang zum Insolvenzgericht ansonsten nur eine Frage der Zeit ist. Oft bemerkt er dies auch gar nicht selbst, sondern sein Steuerberater, der ihn warnend anruft. Der Arbeitgeber kündigt dann aus wirtschaftlichen/betrieblichen Gründen. Ist er hierzu berechtigt? Zu seinem und zu dem Erstaunen der meisten Arbeitgeber: nein. Arbeitsrichter denken ausschließlich in der Kategorie Arbeit und (fast nie) in der Kategorie Geld. Vernünftige wirtschaftliche Erwägungen sind daher kein Kündigungsgrund. Grund für eine dringende betriebliche Kündigung ist jedoch der Wegfall von Arbeit. Bestehen für einen bestimmten Arbeitnehmer oder eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern keine Beschäftigungsmöglichkeiten mehr im Betrieb, dann kann das Arbeitsverhältnis aus dringenden betrieblichen Gründen gekündigt werden. Der Wegfall von Arbeit kann nun grundsätzlich zwei Gründe haben, die als Grundlage der betriebsbedingten Kündigung anerkannt sind. Diese darzustellen, ist oftmals nicht so problematisch. Die Schwierigkeit dieses Kündigungstypus besteht in der dann erforderlichen Sozialauswahl.

#### **a) Außerbetriebliche Gründe für den Arbeitsrückgang**

Verliert ein Unternehmen einen oder mehrere wichtige Kunden, geht sein Auftragsbestand zurück. Anstelle der üblicherweise produzierten

Menge Güter tritt eine geringere Menge, die mit geringerem Arbeitsaufwand und geringerer Arbeitskraft herzustellen ist. Hierdurch werden Arbeitskräfte „frei“, sprich sie werden im Betrieb nicht mehr benötigt. Auch wenn die Verhältnisse im einzelnen komplizierter sind, läßt sich dies am Beispiel der „drei Maschinen“ verdeutlichen:

Im Unternehmen Schulze & Tochter werden Regenschirme produziert. Hierfür sind drei Maschinen im Einsatz, die von jeweils einem Arbeitnehmer bedient werden. Die Produktionszahl liegt bei wöchentlich 900. Auf jede Maschine entfallen 300 Regenschirme pro Woche.

Ein wichtiger Kunde, der üblicherweise 1.200 Regenschirme pro Monat abgenommen hat, meldet Insolvenz an. Er entfällt für die Zukunft. Hierdurch ist der Produktionsbedarf bei Schulze & Tochter unmittelbar zurückgegangen, und zwar um exakt ein Drittel. Es wird damit eine Arbeitskraft frei. Eine Maschine könnte stillgelegt werden.

Damit sind die Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung aus außerbetrieblichen Gründen bereits gegeben. Das Unternehmen kann einen der drei Arbeitnehmer entlassen. Problematisch ist lediglich, welcher Arbeitnehmer hier auszuwählen ist.

## **b) Innerbetriebliche Kündigungsgründe**

Das obige Beispiel ist ein wenig naiv, denn selten läßt sich ein Auftragsrückgang 1 : 1 auch einem Arbeitsrückgang zuordnen. Oftmals sind es vielmehr interne Umstrukturierungen, die zum Wegfall von einem oder mehreren Arbeitsplätzen führen. Dies können Rationalisierungsentscheidungen sein, also die Entscheidung Arbeit durch Einführung neuer Verfahren und Erwerb neuer Maschinen zu sparen, oder schlichte Verkleinerungsentscheidungen.

Auch dies sei am 3-Maschinen-Beispiel verdeutlicht: Wenn Schulze & Tochter – aus welchen Gründen auch immer – beschließen, ihre Produktion zu drosseln, und zwar um ein Drittel, so entfällt damit gleichfalls ein Arbeitsplatz. Zum Erstaunen vieler Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist auch dies eine ausreichende Grundlage für eine nachfolgende Kündigungsentscheidung. Im Arbeitsrecht bezeichnet man diese Rationalisierungs- und Verkleinerungsentscheidung als „Unternehmensentscheidung“, die von den Gerichten grundsätzlich anerkannt wird, es sei denn, sie ist objektiv willkürlich. Die Freiheit des Unternehmers geht dabei selbstverständlich so weit, auch die völlige Einstellung seines Betriebes zu beschließen. Dies mag – bei lukrativen Unternehmen – nicht immer wirtschaftlich vernünftig oder einsichtig sein, die Arbeitsgerichte prüfen diese Entscheidung jedoch bis an die Grenze der Willkür nicht. Die oftmals in Verteidigungs-

schriften von Arbeitgebern zu lesenden langen und bedauernden Ausführungen zur Motivation einer Rationalisierungsentscheidung sind daher arbeitsrechtlich nicht erforderlich. Es genügt, daß sich der Unternehmer hinstellt und sagt, er habe entschieden. Wieso er dies getan hat, braucht er nur in Ansätzen und oberflächlich zu beleuchten. Die Unternehmensentscheidung selbst gibt dann die Grundlage für die betriebliche Kündigung. Gerade diese Offenheit der Rechtsprechung gegenüber den Unternehmensentscheidungen eröffnet damit den Königsweg für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Dem Unternehmer ist es völlig unbenommen, einzelne Betriebsteile zu schließen, Anlagen und Maschinen stillzulegen, neue Produktionsweisen und Produktionsverfahren einzuführen, auch wenn diese Auswirkungen auf den Bestand der Arbeit im Betrieb haben. Wird die Entscheidung im Prozeß nachgewiesen, hat der Arbeitsrichter diese zu respektieren.

Hieraus ergeben sich natürlich auch unschöne Mißbräuche, die jedoch weitgehend unangefochten bleiben. Ein klassischer Fall besteht darin, daß man einem unliebsamen Arbeitnehmer in einer Abteilung X eine neue Stelle überträgt. Wichtig ist dabei, daß man das Arbeitsverhältnis auf die Ausübung genau dieser Tätigkeit beschränkt. Entschließt sich der Unternehmer dann, die gesamte Abteilung nach einer gewissen Frist zu schließen, fällt der Arbeitsplatz des unliebsamen Arbeitnehmers unweigerlich weg.

### c) Sozialauswahl

Wie am oben genannten 3-Maschinen-Beispiel deutlich wird, sind die Fälle, in denen der Wegfall von Arbeit sich unmittelbar auf ein einziges Arbeitsverhältnis auswirkt, sehr selten. Oftmals wird das Arbeitskontingent einer oder mehrerer Arbeitskräfte reduziert, es ist jedoch eine Frage des Ermessens, welchen Arbeitnehmer man aufgrund der Reduktion der Arbeit entläßt. Um dieses Ermessen einzuschränken, hat das KSchG die Erfordernis der Sozialauswahl eingeführt. Im Grundsatz besagt dies nichts anderes, als daß der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer auf deren soziale Stellung Rücksicht zu nehmen hat. Bevor man den fünfzigjährigen Familienvater, seit 20 Jahren im Betrieb, entläßt, muß es der ledige Dreißigjährige sein, der erst zwei Jahre im Betrieb ist.

Bei der Sozialauswahl sind zwei Punkte problematisch. Zum einen muß der Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer bestimmt werden, zum anderen stellt sich die Frage, welche Sozialdaten mit welcher Wertigkeit in die Abwägung einzustellen sind.

Die Feststellung der bei der Sozialauswahl zu berücksichtigenden Arbeitnehmer ist mitunter sehr schwierig. Die Sozialauswahl bezieht sich nämlich auf alle vergleichbaren und damit austauschbaren Arbeitnehmer. Dabei ist ein von dem Arbeitsrückgang an sich betroffener Arbeitnehmer mit einem anderen Arbeitnehmer vergleichbar, wenn der Arbeitgeber ihn durch bloße Weisung auf eine andere Arbeitsstelle im Betrieb versetzen könnte. Je weiter der Kreis der nach dem Arbeitsvertrag gezogenen Aufgaben und Weisungsbefugnisse ist, desto größer wird der Kreis der austauschbaren Arbeitnehmer. Ist z.B. in unserem Fall der „drei Maschinen“ mit den Arbeitnehmern, die die Maschinen bedienen, vereinbart, daß ihnen auch „alle anderen Arbeiten im Betrieb“ mit gleicher Gehaltsstufe übertragen werden könnten (Pförtner, Schlosser etc.), dann sind alle Arbeitnehmer auf dieser Gehaltsstufe mit in die Sozialauswahl einzubeziehen. Dies kann zu einem paradox anmutenden „Stühlerücken“ führen. Anstelle dessen, der die Maschine zur Produktion der Regenschirme bedient, muß dann der Pförtner entlassen werden, wenn seine Sozialdaten dies gebieten.

Zweifelhaft ist auch, welche Sozialdaten hier im einzelnen zu berücksichtigen sind. Eine noch von der christlich-liberalen Regierung vorgenommene Typisierung der im Rahmen der Sozialauswahl zu bewertenden Faktoren auf Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten hat die rot-grüne Regierung bereits in der letzten Legislaturperiode wieder aufgehoben. Gleichwohl sind es nach der Rechtsprechung diese drei Faktoren, die vorrangig zu berücksichtigen sind, aber eben nicht nur diese. Problematisch ist auch deren interne Wertigkeit. Was z.B. wenn von den oben drei beschriebenen Regenschirmmachern der eine 50 Jahre alt, 10 Jahre im Betrieb ist und ein Kind hat, während der andere 45 Jahre alt, 13 Jahre im Betrieb und kinderlos ist, während der Jüngste mit 30 Jahren seit fünf Jahren im Betrieb und Vater dreier Kinder ist? Hier eine endgültige Festlegung vorzunehmen, ist extrem schwierig. Vom Ansatz her kann man sagen, daß die Betriebszugehörigkeit der wesentlichste Faktor ist. Ihn folgen Unterhaltspflichten und Lebensalter. Die Einzelheiten zu besprechen, ist hier nicht der Ort.

## **D. DIE KÜNDIGUNG IM MITBESTIMMTEN BETRIEB**

### **I. MITBESTIMMUNG BEI EINZELKÜNDIGUNGEN**

Jeder Betrieb, der aufgrund seiner Größe dem Kündigungsschutzgesetz unterfällt, ist gleichzeitig betriebsratsfähig. Hat die Belegschaft von ihrem gesetzlichen Recht, ihre Interessen durch einen Betriebsrat wahren zu lassen, Gebrauch gemacht, hat das auch für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen erhebliche Konsequenzen. Der (arme) Arbeitgeber dieses Betriebes hat nämlich nicht nur zu beachten, was der Inhaber des Kleinbetriebes beachten muß (Formen, Fristen, Willkürverbot und Sonderkündigungsschutz) und das Kündigungsschutzgesetz zu respektieren, wie dies der Inhaber des mittleren Betriebes tut, er hat den Betriebsrat vielmehr im Rahmen eines sehr formalisierten Anhörungsverfahrens bei der Kündigungsentscheidung zu beteiligen.

Dieses Anhörungsverfahren ist in § 102 BetrVG geregelt. Die Vorschrift beginnt harmlos:

„Der Betriebsrat ist zu jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen.“

Viele Arbeitgeber wiegen sich in der Annahme, die Anhörung des Betriebsrates sei eine bloße Formalität, die man gleichsam zwischen Tür und Angel abhandeln könne, zumal dann, wenn man mit dem Betriebsratsvorsitzenden gut „kann“ und der jede Kündigung abnickt.

Das ist ein Irrtum.

## **1. Mitteilung der Kündigungsgründe**

Im mitbestimmten Betrieb hat der Arbeitgeber den Betriebsrat umfassend über alle für die Kündigung maßgeblichen Gründe zu hören. Hierzu gehören mindestens

- die Mitteilung der für den Arbeitnehmer maßgeblichen Sozialdaten (Alter, Unterhaltungspflichten, Betriebszugehörigkeit, Gehalt, Aufgabenbereich);
- die einzuhaltende Kündigungsfrist;
- die Kündigungsgründe, und zwar in substantiiertes, d.h. konkreter Form (also nicht: „Ich bin mit dem Arbeitnehmer unzufrieden, weil er dauernd unpünktlich ist“, sondern: „Der Arbeitnehmer war an folgenden Tagen der letzten Monate jeweils zwischen 5 und 15 Minuten unpünktlich. Wegen dieses Verhaltens ist er bereits zweifach abgemahnt worden. Die Abmahnungen liegen bei. Nachdem er nach der letzten Abmahnung wiederum zweimal unpünktlich zur Arbeit erschienen ist, und zwar um jeweils 15 Minuten am 03.10. und 15.10., diese Unpünktlichkeit auch nicht entschuldigen oder erklären konnte, haben wir uns entschlossen, die verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen.“).

Wird der Betriebsrat nicht über die oben genannten Punkte informiert, ist die Kündigung bereits deswegen unwirksam, mag sie inhaltlich auch noch so berechtigt sein.

Die umfassende Information des Betriebsrates hat eine für den Arbeitsgerichtsprozeß weitere, wesentliche Konsequenz. In diesem Prozeß können und dürfen nämlich nur solche Tatsachen verwertet werden, auf die sich die Betriebsratsanhörung auch bezog: Der Arbeitnehmer A hat zwei Diebstähle in kurzer zeitlicher Folge begangen. Der Arbeitgeber will kündigen, wobei er den Betriebsrat lediglich über den letzten der beiden Diebstähle informiert, weil ihm dies ausreichend erscheint. Im Arbeitsgerichtsprozeß läßt sich dieser letzte Diebstahl dann aber nicht beweisen, lediglich der erste Diebstahl ist unstrittig.

Das Arbeitsgericht wird feststellen, daß die Kündigung unwirksam ist. Zwar war die Betriebsratsanhörung ordnungsgemäß, es fehlt jedoch an einem Kündigungsgrund, auf den sich die Anhörung des Betriebsrates auch bezog.

Die unvollständige Anhörung läßt sich auch nicht nachholen. Dem Arbeitnehmer bleibt lediglich die Möglichkeit, einen gerichtlichen Auflösungsantrag zu stellen, der immer zu einer Abfindungszahlung führt oder er wiederholt das gesamte Anhörungsverfahren und kündigt aufgrund des ersten Diebstahls erneut.

## **2. Anhörungsverfahren**

### **a) Einleitung des Anhörungsverfahrens**

Eine besondere Form für die Einleitung des Anhörungsverfahrens ist von Gesetzes wegen nicht vorgeschrieben. Es würde daher an sich genügen, den Betriebsrat bzw. seinen Vorsitzenden mündlich über die beabsichtigte Kündigung zu informieren. Dies wird den Arbeitgeber im Prozeß jedoch in erhebliche Beweisschwierigkeiten bringen. Bestreitet der Arbeitnehmer beispielsweise, daß dem Betriebsrat seine Sozialdaten ordnungsgemäß und vollständig mitgeteilt wurden, müßte der Betriebsratsvorsitzende zu der Frage gehört werden, ob ihm vom Arbeitgeber mündlich wirklich gesagt wurde, daß der Arbeitnehmer 45 Jahre alt, seit 10 Jahren im Betrieb, Vater dreier Kinder, verheiratet und mit einem Bruttogehalt von € 2.500,00 beschäftigt ist. Wenn er sich hieran nicht erinnern kann, ist der Prozeß schon verloren. Es wird daher im allgemeinen empfohlen, die Anhörung schriftlich einzuleiten. Dann steht zumindest fest, welche Informationen dem Betriebsrat vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wurden. Das kann aber auch ein Nachteil sein, etwa dann, wenn eine wichtige Inhaltsangabe offensichtlich fehlt. Dann wäre der Prozeß aus diesem Grunde verloren.

Es empfiehlt sich daher, den Betriebsrat sowohl mündlich als auch schriftlich zu informieren und im schriftlichen Anhörungsschreiben auf die vorangegangene mündliche Unterredung Bezug zu nehmen. Offensichtliche Lücken der schriftlichen Anhörung können dann geheilt werden, wenn der Betriebsrat sich daran erinnert, daß ihm die fehlende Information mündlich erteilt wurde.

## **b) Anhörungsfrist**

Der Betriebsrat hat sieben Tage Zeit, um sich zu einer ordentlichen - und drei Tage Zeit, um sich zu einer außerordentlichen Kündigung zu äußern. Hieraus folgt nun umgekehrt, daß der Arbeitgeber nach Einleitung des Anhörungsverfahrens sieben bzw. drei Tage abzuwarten hat, bevor er die beabsichtigte Kündigung ausspricht. Hierbei handelt es sich gleichsam um eine Zwischenfrist. Das heißt, der Arbeitgeber darf die Kündigung erst am 8. bzw. 4. Tag nach der Anhörung aussprechen, wobei der Tag der Anhörung selbst nicht mitzählt. Wird der Betriebsrat daher an einem Montag über eine beabsichtigte ordentliche Kündigung informiert, darf die Kündigung erst am Dienstag der Folgewoche erklärt werden.

Allerdings ist der Betriebsrat nicht verpflichtet, die ihm eingeräumte Frist auszuschöpfen. Erklärt er sich gegenüber dem Arbeitgeber innerhalb einer kürzeren Frist abschließend, kann der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluß unmittelbar danach in die Tat umsetzen.

Fehler bei der Berechnung oder der Einhaltung der Fristen haben die gleiche Konsequenz wie inhaltliche Mängel der Anhörung: Die Kündigung ist unwirksam. Das Anhörungsverfahren muß also ordnungsgemäß wiederholt werden, bevor man eine neue Kündigung erklärt.

## **II. MITBESTIMMUNG BEI MASSENENTLASSUNGEN**

Plant der Arbeitgeber eine sogenannte Massenentlassung, was in Betrieben zwischen 20 und 60 Arbeitnehmern bereits bei der Entlassung von sechs Arbeitnehmern angenommen wird, hat er nicht nur das Verfahren nach § 102 BetrVG durchzuführen, er muß den Betriebsrat vielmehr an der gesamten Entscheidungsfindung grundsätzlich beteiligen, mit ihm zwingend einen Interessenausgleich und Sozialplan aushandeln und abschließen, bevor er die Entlassungen vornimmt. Läßt sich der Betriebsrat auf die Verhandlungen nicht ein, ist der Präsident des Landesarbeitsamtes um Vermittlung zu ersuchen. Scheitert dieser Vermittlungsversuch, kann und muß der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen, deren Spruch den Interessenausgleich und Sozialplan ersetzt. Der Spruch wiederum kann von dem Arbeitgeber oder dem Betriebsrat angefochten werden.

Geschickte Betriebsräte bzw. gut beratene Betriebsräte können die Instrumentarien der Verzögerungen der Verhandlung über den Interessenausgleich und Sozialplan so handhaben, daß dem Unternehmen hierdurch schwerer wirtschaftlicher Schaden droht. Es ist den Unternehmen daher in der Regel anzuraten, den Sozialplan mit großzügigen Abfindungsangeboten zu bestücken, um dem Betriebsrat die Einigung zu erleichtern.

Besteht in einem Betrieb dagegen kein Betriebsrat, ist auch die Massenentlassung grundsätzlich nicht entschädigungspflichtig.

(Dr. Berst)  
Rechtsanwalt &  
Fachanwalt für Arbeitsrecht