

Gliederung

1.	Allgemeine Regeln	5
1.1	Begriff, Wesen und Arten der Kündigung	5
1.2	Form der Kündigung	5
1.3	Kündigungsfristen	6
1.4	Kündigung vor Dienstantritt	7
1.5	Kündigungsbefugnis	8
1.6	Angabe des Kündigungsgrundes	10
1.7	Zugang der Kündigung	11
1.7.1	Treuwidrige Zugangsvereitelung	13
1.7.2	Zugang der Kündigung bei U-Haft	13
1.8	Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung	14
1.9	Verwirkung	17
2.	Allgemeiner Kündigungsschutz	18
2.1	Anwendbarkeit	18
2.1.1	Erfüllung der Wartezeit	18
2.1.2	Zugehörigkeit zum geschützten Personenkreis	21
2.1.3	Betriebliche Mindestbeschäftigtenzahl	21
2.2	Fehlende Anwendbarkeit des KSchG	24
2.3	Geltendmachung	25
3.	Allgemeine Prinzipien zur Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung	26
3.1	Prognoseprinzip	26
3.2	Ultima ratio als Teil des Verhältnismäßigkeitsprinzips	27
3.3	Interessenabwägung	27
4.	Verhältnis zwischen Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz des AGG	29
5.	Die personenbedingte Kündigung	31
5.1	Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit	32
5.1.1	Krankheitsbegriff und AU-Bescheinigung	32
5.1.2	Die Drei-Stufen-Theorie	33
5.1.3	Häufige Kurzerkrankungen	35

K 4 Kündigung, ordentliche

5.1.4	Dauernde Arbeitsunfähigkeit	38
5.1.5	Langzeiterkrankung	39
5.1.6	Krankheitsbedingte Leistungsminderung	41
5.1.7	Alkoholabhängigkeit	41
5.1.8	Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)	42
5.2	Arbeitsverweigerung aus Glaubens- oder Gewissensgründen	44
5.3	Verlust der Arbeits- oder Berufsausübungserlaubnis	45
5.4	Haftantritt/Untersuchungshaft	46
5.5	Verdachtskündigung	48
5.5.1	Begriff und Form	48
5.5.2	Voraussetzungen	49
5.5.3	Verhältnis zur Tatkündigung	50
5.5.4	Beteiligung der MAV bei Verdachtskündigung	53
5.5.5	Wiedereinstellungsanspruch nach Beseitigung des Verdachts	55
5.6	Personenbedingte Kündigung unkündbarer Mitarbeiter	56
6.	Die betriebsbedingte Kündigung	57
6.1	Begriff und Voraussetzungen	57
6.2	Unternehmerische Entscheidung	58
6.2.1	Kausaler Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit	61
6.2.2	Außer- und innerbetriebliche Ursachen für den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit	61
6.2.3	Dringlichkeit des betrieblichen Erfordernisses	64
6.3	Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit	64
6.4	Sozialauswahl	69
6.4.1	Schritt 1: Festlegung der einzubeziehenden, vergleichbaren Mitarbeitenden	70
6.4.2	Schritt 2: Sozialauswahl nach den Kriterien des § 1 Abs. 3 KSchG	73
6.4.3	Schritt 3: Ausnahmen nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG	77
6.4.4	Sozialauswahl bei Teilbetriebsstilllegung	81
6.4.5	Interessenausgleich nach § 1 Abs. 5 KSchG	81
6.4.6	Job-Sharing und betriebsbedingte Kündigung	82
6.5	Betriebsbedingte Kündigung eines ordentlich unkündbaren Mitarbeitenden	82

6.6	Sonderfall (echte) Drückkündigung	83
6.7	Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG	84
6.8	Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung	87
7.	Die verhaltensbedingte Kündigung	88
7.1	Begriff und Voraussetzungen	88
7.2	Kündigungsgrund „an sich“	89
7.3	Negativprognose	90
7.4	Ultima-ratio-Prinzip und Abmahnung	91
7.5	Interessenabwägung	91
7.6	Einzelne Fallgruppen	92
7.6.1	Alkoholeinfluss	92
7.6.2	Androhung oder Vortäuschung der Arbeitsunfähigkeit	93
7.6.3	Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, erschlichene	93
7.6.4	Arbeitsunfähigkeit, unterlassene Anzeige bzw. unterlassener Nachweis	95
7.6.5	Arbeitsverweigerung	96
7.6.6	Außerdienstliche Straftaten	96
7.6.7	Beleidigungen	97
7.6.8	Dienstaufsichtsbeschwerden	98
7.6.9	Loyalitätsobliegenheitsverletzungen	98
7.6.10	Manipulation von Akten	100
7.6.11	Nebenbeschäftigung während Arbeitsunfähigkeit	100
7.6.12	Private Internetnutzung während Arbeitszeit	101
7.6.13	Rauchen am Arbeitsplatz	101
7.6.14	Schlecht- und Minderleistung	102
7.6.15	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz	103
7.6.16	Strafantrag des Dienstnehmers gegen Dienstgeber	104
7.6.17	Tätlichkeiten gegenüber Arbeitskollegen oder Vorgesetzten	105
7.6.18	Urlaubsantritt, eigenmächtiger	106
7.6.19	Zuspätkommen, häufiges	106
7.7	Verhaltensbedingte Kündigung des ordentlich unkündbaren Mitarbeiters	107

K 4 Kündigung, ordentliche

8.	Beteiligung der MAV	107
8.1	Anwendbarkeit des Verfahrens nach § 30 MAVO	108
8.2	Verfahrensablauf	109
8.2.1	Mitteilung des Dienstgebers	109
8.2.2	Reaktionsmöglichkeiten der MAV	111
8.2.3	Reaktionsmöglichkeiten des Dienstgebers bei Bedenken	113
8.3	Rechtsfolgen nach § 30 Abs. 5 MAVO	114
8.4	Prozessuales	115

1. Allgemeine Regeln

1.1 Begriff, Wesen und Arten der Kündigung

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Dienstgeber beendet ebenso wie die Kündigung durch den Mitarbeiter (→ Modul E 0) das Dienstverhältnis (= Arbeitsverhältnis im Sinne des BGB) mit unmittelbarer Wirkung. Die Kündigung als **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung** gestaltet die Rechtslage entweder mit sofortiger Wirkung (= fristlose Kündigung, → Modul K 5) oder nach Ablauf einer bestimmten Frist wie bei der ordentlichen Kündigung, bei der Probezeitkündigung (→ Modul P 4 Ziffer 5) oder bei der außerordentlichen Kündigung unter Gewähren einer sozialen Auslaufzeit (→ Modul K 5) um.

5

Mit ihrer rechtsgestaltenden Wirkung greift die Kündigung grundsätzlich – und damit natürlich auch die ordentliche – beendend in die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien ein. Als einzige Kündigungsart verfolgt die **Änderungskündigung** (→ Modul K 6) nicht die finale Absicht, das Arbeitsverhältnis zu beenden: die Änderungskündigung als Kombination einer Beendigungskündigung mit einem Angebot eines neuen Arbeitsverhältnisses zu anderen, nämlich in aller Regel schlechteren Bedingungen will das Arbeitsverhältnis abändern, nicht beenden. Sie nimmt aber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Kauf, wenn der Mitarbeiter das Änderungsangebot des Dienstgebers nicht (rechtzeitig) annimmt und nicht oder nicht erfolgreich Kündigungsschutzklage erhebt (hierzu im Einzelnen → Modul K 6 und → Modul K 8).

10

Grundsätzlich kann das Arbeitsverhältnis neben der Kündigung auch durch **Anfechtung** aufgelöst werden.¹ Allerdings hat das BAG mit Urteil vom 18.2.2021² festgestellt, dass die Rechtskraft eines der Klage stattgebenden Urteils im Kündigungsschutzprozess die Möglichkeit ausschließt, den Arbeitsvertrag durch die Anfechtung der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung wieder zu beseitigen. Allein maßgeblich sei, so das Gericht, dass infolge der Rechtskraft des Urteils im Kündigungsschutzprozess feststeht, dass das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung bestanden hat.

15

1.2 Form der Kündigung

§ 17 Satz 1 AVR AT schreibt für jede Form der Kündigung Schriftform vor: „*Kündigungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.*“

20

1 BAG, Urteil vom 14.12.1979, 7 AZR 38/78.

2 BAG, Urteil vom 18.2.2021, 6 AZR 92/19.

K 4 Kündigung, ordentliche

Allgemeine Regeln



BEISPIEL

- 25 Geschäftsführer G kündigt dem Mitarbeiter M am 27.9. zum 31.12. M erhält die Kündigung online und ausgestattet mit elektronischer Signatur des G nach dem Signaturgesetz. M bestreitet die Wirksamkeit der Kündigung. Zu Recht?

Lösung:

Wenn es allein auf § 17 AVR AT ankäme, kann M nicht Recht haben; denn gemäß §§ 126, 126a BGB entspricht die Onlinekündigung mit elektronischer Signatur ohne Weiteres der geforderten Schriftform.

Allerdings kommt hier § 623 Satz 2 BGB zur Anwendung. Danach ist die elektronische Form der Kündigung ausdrücklich ausgeschlossen. Und die Zulässigkeit dieses Ausschlusses ergibt sich aus § 126 Abs. 3 BGB. Diese BGB-Normen sind gegenüber § 17 AVR AT höherrangiges Recht und deshalb zwingend zu beachten. Ein Verstoß gegen zwingende Normen führt nach § 125 BGB zur Nichtigkeit der Bestimmungen; an deren Stelle treten die zwingenden Normen. M hat also Recht.

- 30 Immer wieder kommt es vor, dass nach heftigen Auseinandersetzungen zwischen Dienstgeber (Verwaltungsleiter, Geschäftsführer, andere Kündigungsberechtigte) und Mitarbeiter Worte fallen wie „ich habe keine Lust mehr und will die Papiere“ oder „machen Sie doch Ihren Kram alleine“ oder „ich will, dass Sie mir kündigen“.
- 35 Das Bundesarbeitsgericht¹ sieht in solchen Äußerungen **keine rechtserheblichen Willenserklärungen**. § 623 BGB wolle mit seinem zwingenden Schriftformerfordernis, so das BAG, gerade vermeiden, dass Arbeitsgerichte den Grad der Ernsthaftigkeit solcher Äußerungen durch Zeugeneinvernahmen erforschen müssten. Der Dienstgeber kann also keinesfalls das Arbeitsverhältnis auf der Grundlage einer solchen Äußerung des Mitarbeiters für beendet halten; dem steht § 623 BGB entgegen, der natürlich auch für Eigenkündigungen von Mitarbeitern gilt (→ Modul E 0).

1.3 Kündigungsfristen

- 40 Neben § 14 Abs. 2 AVR AT befasst sich auch das BGB in § 622 BGB mit den Kündigungsfristen. Vergleicht man diese Fristen, so zeigt sich, dass diejenigen nach § 14 Abs. 2 AVR AT ausnahmslos länger sind und damit großzügiger als § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB. Dabei gehen die Fristen des § 14 Abs. 2 AVR AT denjenigen des § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB vor. Die Anforderungen des § 622 Abs. 5 BGB gelten nur für arbeitsvertraglich vereinbarte kürzere Kündigungsfristen.

1 BAG, Urteil vom 16.9.2004, 2 AZR 659/03.

Damit die Kündigungsfrist hinreichend bestimmt ist, muss nicht unbedingt der genaue **Beendigungszeitpunkt** genannt werden. So ist die Formulierung „zum nächstzulässigen Termin“ oder „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ typischerweise dahin zu verstehen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen Bestimmungen als frühestmöglicher Beendigungszeitpunkt ergibt. Sie ist dann hinreichend bestimmt, wenn dem Empfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn ohne umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen feststellbar ist.¹

45

Auch zu der Frage, wie die Konstellation zu behandeln ist, dass eine ordentliche Kündigung „zum nächstzulässigen Termin“ nur **hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung** erklärt wird, hat das Bundesarbeitsgericht² Stellung genommen. In diesem Fall kann der Kündigungsempfänger nicht im Unklaren darüber sein, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung des Kündigenden enden soll. Deshalb sei es offensichtlich, dass die Beendigung bereits mit Zugang der fristlosen Kündigung erfolgen soll. Dann sei es aber für die Wirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung unerheblich, ob der Kündigungsempfänger Schwierigkeiten habe, die Kündigungsfrist zu ermitteln. Schließlich müsse er sich in seinem praktischen Handeln auf die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die fristlose Kündigung einstellen, selbst wenn die fristlose Kündigung später einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhielte.

50

1.4 Kündigung vor Dienstantritt

Nicht selten bewerben sich Mitarbeiter zugleich bei mehreren Arbeitgebern. Schließen sie nun einen Arbeitsvertrag, den sie wegen eines später eingegangenen attraktiveren Angebots nicht erfüllen möchten, so stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis **bereits vor Dienstantritt wieder gelöst** werden kann. Auch ein Dienstgeber kann ein Interesse daran haben, sich von einem Arbeitsvertrag bereits vor Dienstantritt des Mitarbeiters zu lösen, etwa wenn nach Vertragsschluss Umstände eingetreten sind, bei deren früherer Kenntnis der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre.

55

Schrifttum und Rechtsprechung sind sich einig darin, dass grundsätzlich auch vor Beginn des Arbeitsverhältnisses ordentlich gekündigt werden kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Parteien eine Kündigung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben. Aber auch dann ist noch zu klären, ob die Kündigungsfrist einer vor

60

1 BAG, Urteil vom 10.4.2014, 2 AZR 647/13.

2 BAG, Urteil vom 20.1.2016, 6 AZR 782/14.

K 4 Kündigung, ordentliche

Allgemeine Regeln

Dienstantritt ausgesprochenen ordentlichen Kündigung bereits mit dem Zugang der Kündigung oder erst an dem Tag beginnt, an welchem die Arbeit aufgenommen werden soll. Auch die Kündigungsfrist ist noch festzulegen.



BEISPIEL

- 65 Verwaltungsleiter V und Mitarbeiter M schließen am 15.11. einen Musterarbeitsvertrag mit der üblichen Probezeitvereinbarung. Arbeitsbeginn soll der 1.1. des Folgejahres sein. Ende November erfährt V, dass die Einrichtung zum 1.4. mit einer anderen Einrichtung zusammengelegt werden soll. Dadurch wird u.a. der von M neu zu besetzende Arbeitsplatz wegfallen. Kann V vor Dienstantritt kündigen? Falls ja, mit welcher Frist?

Lösung:

V kann vor Dienstantritt kündigen, da die Parteien dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen haben.

Nach der Rechtsprechung des BAG¹ beginnt die Kündigungsfrist grundsätzlich mit dem Zugang der Kündigungserklärung, es sei denn, die ergänzende Vertragsauslegung legt ein anderes Ergebnis nahe. Für eine ergänzende Vertragsauslegung enthält der Sachverhalt keine hinreichenden Anhaltspunkte. Schafft es also V noch, M die Kündigung vor dem 1.12. zukommen zu lassen, so würde die Kündigungsfrist noch vor dem 1.12. beginnen.

Haben die Parteien - so wie hier - eine Probezeit (§ 7 Abs. 4 AVR AT) vereinbart, so gilt auch die hieraus resultierende Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsabschluss nach § 14 Abs. 2 Satz 1 AVR AT. Bei einem Zugang der Kündigung vor dem 1.12. würde demzufolge die Kündigungsfrist am 31.12. ablaufen. Bei einem Zugang nach dem 30.11. läuft hingegen die Kündigungsfrist erst am 31.1. des Folgejahres ab, sodass in diesem Fall der Arbeitsvertrag für einen Monat zu erfüllen wäre.

1.5 Kündigungsbefugnis

- 70 Legt ein zur Kündigung bevollmächtigter Vertreter des Dienstgebers der Kündigungserklärung keine Vollmacht bei und weist der Mitarbeiter deshalb die Kündigung unverzüglich zurück, so ist die Kündigung nach § 174 Satz 1 BGB unwirksam. Als unverzüglich sieht die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang einen Zeitraum von maximal 10 Tagen an.²

1 BAG, Urteil vom 25.3.2004, 2 AZR 324/03.

2 BAG, Urteil vom 30.5.1978, 2 AZR 633/76.