

# Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit

## Inhalt

A. EU-Recht.....	5
I. Verstößt die Kleinbetriebsklausel gegen EU-Recht? .....	5
II. Welche Rolle spielt Art. 30 GRCh im „deutschen Arbeitsrecht“? .....	6
III. Welchen Kündigungsschutz beinhaltet EU-Recht .....	8
1. Art. 24 RESC .....	8
2. Beweislast.....	10
B. AGG (§§ 1, 2 IV, 3 I 1, 7 I, 8 I, 10 S. 1 u. 2, 3 Nr. 5 u. 6, 15 II 1, 22; BGB § 134) .....	10
C. § 613a BGB .....	12
D. § 11 TzBfG .....	13
E. Maßregelverbot § 612a BGB .....	14
F. Gute Sitten und Treu und Glauben.....	15
I. Sitten- oder treuwidrige Kündigung .....	15
II. Anhörungspflicht .....	17
G. § 102 BetrVG .....	19
H. Vertretungsfälle .....	20
I. Nichtarbeitgeber .....	20
II. Vertreter ohne Vollmacht .....	21
III. Vertreter (mit Vertretungsmacht) ohne Vollmachtsurkunde .....	22
I. Kündigungsfrist.....	22
J. TzBfG .....	23
K. § 15 KSchG .....	24
L. § 9 MuSchG .....	24
I. Genehmigung .....	24
II. Bestandskraft der Zustimmung .....	24

III. Schriftliche Begründung der Kündigung.....	25
IV. Beendigung der Schwangerschaft.....	25
V. Kündigung trotz Schwangerschaft .....	26
1. Zustimmung liegt vor.....	26
2. Zustimmung trotz Kenntnis nicht eingeholt.....	26
3. Keine Kenntnis.....	27
M. SGB IX Schwerbehinderte Arbeitnehmer §§ 85 bis 92 SGB IX .....	28
I. Wartezeit.....	29
II. Unterschied Sozialrecht/Arbeitsrecht .....	30
III. Gleichstellung § 2 Abs. 3 SGB IX .....	31
IV. Nachweis .....	31
V. Antragsfrist.....	31
VI. Kündigung, § 85 SGB IX .....	31
1. Keine Kenntnis, keine nachträgliche Mitteilung.....	32
2. Keine Kenntnis, nachträgliche Mitteilung .....	32
3. Kenntnis von der Schwerbehinderung .....	33
4. Frage nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis.....	34
N. Elternzeit (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 BEEG).....	36

## **Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit**

§ 1 KSchG findet jedenfalls in Betrieben mit in der Regel mehr als zehn Mitarbeitern Anwendung (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG). Bis zum 31.12.2003 haben mehr als fünf Mitarbeiter genügt. In Betrieben mit mehr als fünf, aber weniger als zehn Mitarbeitern gilt § 1 KSchG noch heute, sofern der Gekündigte spätestens am 31.12.2003 eingestellt wurde, zu diesem Zeitpunkt mit ihm mehr als fünf Mitarbeiter beschäftigt waren und zum Kündigungszeitpunkt noch sind (sog. Altbeschäftigte). Die nach dem 31.12.2003 eingestellten Mitarbeiter zählen nicht, auch nicht, wenn sie als Ersatz für den ausscheidenden Altmitarbeiter eingestellt werden (Schwarze/Eylert/Schrader/Schwarze, KSchG § 23 Rn. 24). Weiterhin muss das Arbeitsverhältnis des Gekündigten **am Tage des Zugangs der Kündigung** länger als sechs Monate bestanden haben. Beginnt das Arbeitsverhältnis beispielsweise am 1. März, endet die sechsmonatige Frist am 31. August, der Kündigungsschutz beginnt am 1. September. Alle Kündigungen, die bis zum 31. August zugehen, unterliegen nicht dem Kündigungsschutzgesetz, auch wenn die Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis erst nach dem 31. August beendet.

Seit der Neufassung des **§ 4 KSchG** müssen gleichwohl (praktisch) alle (dem Arbeitgeber zurechenbaren) Kündigungsverstöße innerhalb von drei Wochen gerichtlich gerügt werden. **Andere Unwirksamkeitsgründe** iSd. § 4 S. 1 KSchG sind insbesondere:

- Verstoß gegen die guten Sitten § 138 BGB,
- Kündigung unter Verletzung des Maßregelungsverbotes (§ 612 a BGB),
- Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB),
- Kündigung unter Verstoß gegen ein allg. ges. Verbot (§ 134 BGB) bzw. gegen das Verbot in § 11 TzBfG, eine Kündigung wegen der Weigerung eines Wechsels von oder in Teilzeit auszusprechen,
- Zurückweisung wegen nicht vorgelegter Vollmachtsurkunde nach § 174 BGB, sofern der Vertretungswille eindeutig ist,
- Nichtbeachtung von § 9 MuSchG, § 18 BEEG, §§ 85, 91 SGB IX,
- § 2 ArbPISchG,
- BergmannsversorgungG,
- Nichtbeachtung von vertraglichem oder tarifvertraglichem Kündigungsschutz (BAG 8. 11. 2007 NZA 2008, 936),
- Unzulässigkeit der ordentlichen Kündigung während eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 15 III TzBfG, weil der befristete Vertrag weder die Möglichkeit vorsieht, dieses

- ordentlich zu kündigen noch die Anwendbarkeit eines TV vereinbart ist, der ein solches Kündigungsrecht enthält (BAG 22. 7. 2010 NZA 2010, 1142),
- Kündigung wegen Betriebsübergangs nach § 613 a IV BGB; nicht anzuwenden ist die Frist auf die gerichtliche Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs gegenüber dem Betriebsübernehmer, der weiterhin allein der Verwirkung unterliegt (vgl. BAG 18. 12. 2003 NZA 2004, 791 und Krieger/Willemsen NZA 2011, 1128 ),
  - fehlende bzw. nicht ordnungsgemäße Anhörung des BR oder PR, § 102 BetrVG, §§ 79, 108 BPersVG (BAG 9. 2. 2006 NZA 2006, 1207),
  - Kündigung von in § 15 geschützten Personen: § 103 BetrVG, §§ 47, 108 BPersVG,
  - Verstoß gegen spezialgesetzliche Benachteiligungsverbote von Arbeitnehmern mit besonderen Aufgaben,
  - betriebsverfassungsrechtliche Verbote der §§ 20, 78 BetrVG, (Wahl),
  - Betriebliche Datenschutzbeauftragte (§ 4 f III 3 BDSG),
  - Betriebsbeauftragte für Immissionsschutz (§ 58 BImSchG),
  - Sicherheitsbeauftragte (§ 22 III SGB VII),
  - Gleichstellungsbeauftragte (§§ 15, 18 V 3 BGlG),
  - Störfallbeauftragte (§§ 58d, 58 II BImSchG),
  - Abfallbeauftragte (§ 55 KrW-/AbfllG),
  - Gewässerschutzbeauftragte § 66 WHG, § 58 BImSchG,
  - Wehrdienstleistende, § 2 ArbPISchG,
  - Zivildienstleistende § 78 ZDG, § 2 ArbPISchG,
  - Kündigung unter Verstoß gegen einen vom Insolvenzgericht angeordneten Zustimmungsvorbehalt, wonach Verfügungen des Schuldners nur mit Zust. des vorl. InsV wirksam sind (BAG 10. 10. 2002 NZA 2003, 909),
  - Rüge eines Fehlers nach §§ 17, 18 iVm. § 134 BGB bei unionsrechtskonformer Auslegung (dazu § 17 Rn. 36),
  - Abgeordnete gem. Art. 48 II 2 GG, 2 III AbgG,
  - Gemeindevertreter (Art 74 GG),
  - Pflgende gem. PflegezeitG (§ 5 I PflegeZG),
  - In einigen Kommunalgesetzen ist ein besonderer Kündigungsschutz für Mitglieder von Ausländerbeiräten vorgesehen. In Hessen besteht für Mitglieder des Ausländerbeirats wegen der Verweisung in § 86 Abs. 6 HessGO auf § 35a Abs. 2 HessGO außerhalb der Probezeit derselbe besondere Kündigungsschutz wie für Gemeindevertreter oder Stadtverordnete. Das gilt aber nur für außerhalb des öffentlichen

Dienstes beschäftigte Ausländerbeiratsmitglieder (§ 86 Abs. 6 S. 2 iVm § 35a Abs. 1 S. 4 HessGO). § 35a HessGO gilt außerdem nur für die Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber ihren Sitz in Hessen haben. Die räumliche Geltung der HessGO beschränkt sich auf das Bundesland (HessLandtag Drs. 11/6933),

- Nach § 41 S. 1 SGB VI idF v. 19.2.2002 (BGBl. I S. 754) ist der Anspruch des Versicherten auf Altersrente nicht als Grund für eine Kündigung anzusehen. Damit ist die personenbedingte Kündigung wegen eines Anspruchs auf Altersrente verboten. Dieser Bestimmung hätte es nicht bedurft. Denn es ist anerkannt, dass das Erreichen eines bestimmten Alters allein eine Kündigung nicht rechtfertigt (Ascheid Rn 364; Schaub/Linck § 131 Rn 19; vgl. auch Friedrich GD Nagelmann, 1984, S. 183 ff.). Sollte nur und wegen des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Altersrente gekündigt worden sein, ist § 41 S. 1 SGB VI als Fall des § 13 Abs. 3 KSchG anzusehen. § 41 S. 2 SGB VI idF vom 20.4.2007 (BGBl. I S. 554) mWv 1.1.2008 enthält keinen relativen Kündigungsschutz mehr.

## **A. EU-Recht**

### **Art. 30 GRCh besagt:**

„Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung“

### **I. Verstößt die Kleinbetriebsklausel gegen EU-Recht?**

2008 entschied der EuGH die Sache Polier. Ein französisches Arbeitsgericht hatte angefragt, ob die Herausnahme bestimmter Arbeitsverhältnisse aus dem Kündigungsschutz europarechtswidrig sei (EuGH, Beschl. v. 16.1.2008 – C-361/07, BeckRS 2010, 91807 – Olivier Polier/Najar EURL= BeckEuRS 2008, 467675).

Diesem Rechtsstreit wurde auch für deutsches Arbeitsrecht große Bedeutung beigemessen, weil ja **§ 1 I KSchG** und **§ 23 I KSchG**

ebenfalls gewisse Arbeitsverhältnisse aus dem Kündigungsschutz herausnehmen.

## 1.

Der EuGH erklärte sich für „offensichtlich unzuständig“. Er hat die Beantwortung der ihm vorgelegten Frage mit der Begründung abgelehnt, auch wenn der Unionsgesetzgeber nach dem heutigen Art. 151 AEUV für die Gesetzgebung auf dem fraglichen Gebiet zuständig sei, falle ein „Rechtsakt“ nur dann in den Bereich des Unionsrechts, wenn er auf Grundlage der **Art. 151 und 153 AEUV** erlassen wurde (Broberg/Fenger, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 1. Aufl. 2014, 115 (116) sowie Brose, ZESAR 2008, 227 – zum Zeitpunkt der Entscheidung war Art. 153 AEUV = Art. 137 EG).

## 2.

Das BAG hat mit Beschluss vom **8.12.2011 (BAG, NZA 2012, 287 Rn. 11, 12)** den Kündigungsschutz in der Wartezeit des § 1 I KSchG (zunächst) folgerichtig nicht an Art. 30 GRCh, sondern allein am deutschen Verfassungsrecht gemessen.

Es gibt (noch) keinen allgemeinen unionsrechtlichen Kündigungsschutz und also auch keinen allgemeinen, abstrakten Grundrechtsschutz gem. Art. 30 GRCh. Die §§ 138 I, 242 BGB, also der Kündigungsschutz im Kleinbetrieb, sind allein am deutschen Verfassungsrecht zu messen.

Zwischenfazit: Art. 30 GRCh ist kein in Deutschland unmittelbar geltendes, unionsrechtliches Kündigungsschutzgesetz. Eine Kündigung ohne Kündigungsschutz in der Wartezeit oder im Kleinbetrieb verstößt also nicht per se „gegen Art. 30 GRCh“.

## II. Welche Rolle spielt Art. 30 GRCh im „deutschen Arbeitsrecht“?

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt aber nicht, dass Art. 30 GRCh deswegen keine Bedeutung im deutschen Kündigungsrecht hat. Seine Anwendbarkeit ist keineswegs darauf begrenzt oder davon abhängig, dass die Union ihre Kompetenz aus Art. 153 I Nr. d AEUV ausübt und unionsrechtliches Kündigungsrecht schafft.

Art. 30 GRCh betritt das deutsche Kündigungsrecht vielmehr schon jetzt bei der „**Durchführung**“ von Unionsrecht gem. Art. 51 I GRCh.

Man spricht auch von einer so genannten „**doppelten Brücke**“, über die die Norm in das deutsche Arbeitsrecht gelangt. Nationale (**Umsetzungs-**)Normen sind richtlinienkonform auszulegen (erste Brücke), die Richtlinie ihrerseits grundrechtskonform (zweite Brücke).

Das BAG (siehe oben unter I. 2) hat also ebenfalls folgerichtig weiter geprüft, ob Art. 30 GRCh möglicherweise über eine Brücke in den Sachverhalt gelangt:

„Nur wenn ein konkreter Anhaltspunkt dafür vorliegt, dass der Gegenstand des Rechtsstreits eine Anknüpfung an das Unionsrecht aufweist“, sei die GRCh (möglicherweise) anwendbar. „Unterfällt ein Sachverhalt nicht dem Unionsrecht **und geht es auch nicht um die Anwendung nationaler Regelungen, mit denen Unionsrecht durchgeführt wird**, ist der EuGH nicht zuständig“ (Rn. 9).

Folglich muss der Kündigungssachverhalt einen Bezug zum Unionsrecht aufweisen. **Das könnte der Fall sein, wenn eine auf Unionsrecht beruhende Norm verletzt ist.**

Folgende Richtlinien wirken auf das deutsche Arbeitsrecht (**aus Franzen / Gallner / Oetker Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 1. Aufl. 2016**):

- RL 89/391/EWG Arbeitsschutzrahmen-Richtlinie
- RL 91/383/EWG Richtlinie zum Arbeitsschutz von Leiharbeitnehmern und befristet Beschäftigten
- RL 91/533/EWG Nachweis-Richtlinie
- RL 92/85/EWG Mutterschutz-Richtlinie
- RL 94/33/EG Jugendarbeitsschutz-Richtlinie
- RL 96/71/EG Entsende-Richtlinie
- RL 97/81/EG Teilzeitarbeits-Richtlinie
- RL 98/49/EG Zusatzrenten-Gleichstellungs-Richtlinie
- RL 98/59/EG Massenentlassungs-Richtlinie
- RL 1999/70/EG Richtlinie zur Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge
- RL 2000/43/EG Antirassismus-Richtlinie
- RL 2000/78/EG Gleichbehandlungsrahmen-Richtlinie
- RL 2001/23/EG Richtlinie zum Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen
- RL 2001/86/EG Richtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE

- RL 2002/14/EG Richtlinie zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer
- RL 2003/41/EG Richtlinie über Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung
- RL 2003/72/EG Richtlinie Arbeitnehmerbeteiligung in der SCE
- RL 2003/88/EG Arbeitszeit-Richtlinie
- RL 2005/56/EG Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung
- RL 2006/54/EG Gleichbehandlungs-Richtlinie
- RL 2008/94/EG Insolvenzgeld-Richtlinie
- RL 2008/104/EG Leiharbeits-Richtlinie
- RL 2009/38/EG Europäische-Betriebsräte-Richtlinie
- RL 2010/18/EU Elternurlaubs-Richtlinie
- RL 2010/41/EU Richtlinie zur Gleichbehandlung von selbstständig tätigen Männern und Frauen
- RL 2014/50/EU Zusatzrenten-Richtlinie

In diesem Rahmen ist vieles umstritten, wobei die Richtlinie m.E. jedenfalls **Kündigungsbezug** haben müsste, ein Verstoß gegen das Nachweisgesetz oder das Arbeitssicherheitsgesetz reicht nicht (Meyer, NZA 2014, 994 ff.). Zudem sind die Richtlinien in Deutschland – was den Kündigungsschutz anbelangt – soweit ersichtlich umgesetzt und die sie umsetzenden Gesetze genügen den EU-rechtlichen Vorgaben.

### III. Welchen Kündigungsschutz beinhaltet EU-Recht

Selbst wenn Art. 30 GRCh im Kleinbetrieb – über die einschlägige Richtlinie iVm §§ 242, 138 BGB – herangezogen wird, bedeutet das freilich **keineswegs zwingend einen mit dem KSchG vergleichbaren Kündigungsschutz**.

#### 1. Art. 24 RESC

Art. 30 GRCh wird **konkretisiert** durch Art. 24 der Revidierten Europäischen Sozialcharta aus 1996 (RESC):

#### Artikel 24 – Das Recht auf Schutz bei Kündigung

Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz bei Kündigung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:



a. das Recht der Arbeitnehmer, nicht ohne einen triftigen Grund gekündigt zu werden, der mit ihrer Fähigkeit oder ihrem Verhalten zusammenhängt oder auf den Erfordernissen der Tätigkeit des Unternehmens, des Betriebs oder des Dienstes beruht;

b. das Recht der ohne triftigen Grund gekündigten Arbeitnehmer **auf eine angemessene Entschädigung oder einen anderen zweckmäßigen Ausgleich** anzuerkennen.

Zu diesem Zweck verpflichten sich die Vertragsparteien sicherzustellen, daß ein Arbeitnehmer, der der Auffassung ist, daß seine Kündigung ohne triftigen Grund erfolgte, das Recht hat, diese bei einer unparteiischen Stelle anzufechten.“

#### **Aus dem Anhang betreffend Art 24:**

„... 2. Es besteht Einverständnis darüber, daß dieser Artikel alle Arbeitnehmer erfaßt, daß jedoch eine Vertragspartei die folgenden Arbeitnehmergruppen von seinem Schutz ganz oder teilweise ausnehmen kann:

a. die im Rahmen eines Arbeitsvertrags für eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Aufgabe eingestellten Arbeitnehmer;

**b. die Arbeitnehmer, die eine Probe- oder Wartezeit ableisten, sofern diese im Voraus festgesetzt und von angemessener Dauer ist;**

c. die zur vorübergehenden Aushilfe eingestellten Arbeitnehmer.

3. Für die Zwecke dieses Artikels gelten insbesondere nicht als triftige Gründe für eine Kündigung: ...

c. die Tatsache, daß jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage gegen den Arbeitgeber einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft; ...

f. vorübergehende Abwesenheit von der Arbeit aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls.“

## **2. Beweislast**

Abweichend vom aktuellen Kündigungsschutz im Kleinbetrieb auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG wird die **Beweislast** allerdings zunächst nicht beim Arbeitnehmer, sondern vielmehr beim Arbeitgeber liegen.

Dieser muss taugliche Gründe für die Beendigung haben, die entweder den Betrieb bzw. das Unternehmen oder die Person oder das Verhalten des Arbeitnehmers betreffen. Art. 30 GRCh verlangt, dass das Gericht den vom Arbeitgeber genannten Grund auf Vorhandensein und Rechtfertigung überprüft. Das ist also doch ein gravierender Unterschied zur bisherigen Rechtslage, wobei der Prüfungsstandard nicht hoch sein soll und auch ökonomische Gründe ausreichend sind. Als Rechtsfolge verlangt Art. 30 GRCh bei unberechtigter Kündigung auch nicht die Weiterbeschäftigung, sondern eine „angemessene Kompensation“ genügt. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wie er ausdrücklich in Art. 52 I 2 GRCh verankert ist, wird es nicht zu ausufernden oder gar existenzgefährdenden Urteilen im Kleinbetrieb kommen können. Schließlich hat Art. 16 GRCh gleiches Gewicht, der die unternehmerische Freiheit und damit auch das Recht zur Kündigung schützt. (ausführlich Meyer, NZA 2014, 993 ff.).

## **B. AGG (§§ 1, 2 IV, 3 I 1, 7 I, 8 I, 10 S. 1 u. 2, 3 Nr. 5 u. 6, 15 II 1, 22; BGB § 134)**

Beispiel für einen „**unionsrechtlichen Kündigungsschutzfall**“ ist das Urteil des BAG vom **19.12.2013** (BAG, NZA 2014, 372: **Symptomlose HIV-Infektion als Behinderung im Sinne des AGG**).

Bei diskriminierenden Kündigungen hat das BAG damit für weitergehenden Kündigungsschutz im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit gesorgt.

Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das KSchG (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist nach **§ 134 BGB iVm §§ 7 I 1, 3 AGG** unwirksam. **§ 2 IV AGG** steht dem nicht entgegen.

Das AGG setzt gleich **4 europäische Richtlinien** um, u.a. die Gleichbehandlungs-RL 2000/78/EG, Art. 2 II Buchst. a, Art. 5 und das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen – UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) Art. 1 UAbs. 2, Art. 2 UAbs. 4, Art. 27 I 2 Buchst. i.

Neuer ist die Entscheidung des BAG vom 23.7.2015 (NJW 2016, 268 ff.). Der lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

„Liebe ...,

seit über 20 Jahren gehen wir nun beruflich gemeinsame Wege. Wir haben in dieser Zeit viel erlebt, auch manche Veränderung. Inzwischen bist du pensionsberechtigt und auch für uns beginnt ein neuer Lebensabschnitt in der Praxis. Im kommenden Jahr kommen große Veränderungen im Laborbereich auf uns zu. Dies erfordert eine Umstrukturierung unserer Praxis.

Wir kündigen deshalb das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Frist zum 31.12.2013. (...“

Das BAG meint u.a.:

„[23]a) Die streitgegenständliche Kündigung bedarf nicht der sozialen Rechtfertigung nach § 1 II, III KSchG, da der Geltungsbereich des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nach § 23 I KSchG unstreitig nicht eröffnet ist. Die Bekl. ist ein so genannter Kleinbetrieb. Es ist aber zu prüfen, ob die Kündigung gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG verstößt. Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist nach § 134 BGB iVm §§ 7 I, 1, 3 AGG unwirksam. **§ 2 IV AGG steht dem nicht entgegen** (BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 14 f. = NJW 2014, 1470 Ls.). Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Kündigung während der Wartezeit des § 1 I KSchG oder einen Kleinbetrieb handelt“.

§ 2 IV AGG regelt für Kündigungen nur das Verhältnis zwischen dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und dem Kündigungsschutzgesetz sowie den speziell auf Kündigungen zugeschnittenen Bestimmungen. Die zivilrechtlichen Generalklauseln werden dagegen von § 2 IV AGG nicht erfasst. **Ordentliche Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben sind deshalb unmittelbar am Maßstab des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu messen.** Das ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte und dem Zweck des § 2 IV AGG. Der Wortlaut der Bestimmung steht dem nicht entgegen (BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 373).

**Gravierender Unterschied: Beweislast (wieder aus BAG, NJW 2016, 268 ff.)**

[32]cc) Die Bekl. hat **nicht iSd § 22 AGG bewiesen**, dass entgegen dieser Vermutung kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

[33](1) **Besteht eine Benachteiligungsvermutung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Auch hierfür gilt § 286 I 1 ZPO, allerdings mit dem Beweismaß des so genannten Vollbeweises (BAG, NJOZ 2015, 1065 Rn. 40 = NZA 2015, 896 Os.).** Bei einer wegen des Alters vermuteten Benachteiligung ist die Darlegung und gegebenenfalls der Beweis von Tatsachen erforderlich, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben und dass in dem Motivbündel das Alter keine Rolle gespielt hat (BAG, NZA 2013, 37 = NJW 2012, 3805 Rn. 34).

## C. § 613a BGB

**Auch § 613a BGB** ist Bestandteil des Europäischen Arbeitsrechts (Betriebsübergangsrichtlinie, Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001, siehe KR-Treber, 11. Aufl. 2016, § 613a BGB Rn. 2, 113).

„Die Vorschrift des § 613a Abs. 4 S. 1 BGB erklärt die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses »wegen« eines Betriebs(teil)übergangs für unwirksam, lässt aber nach S. 2 Kündigungen aus anderen Gründen zu. § 613a Abs. 4 BGB wurde durch das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung

von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) vom 13.8.1980 eingefügt und enthält eine **Vorschrift des besonderen Kündigungsschutzes**. Sie dient der **Umsetzung des nunmehr in Art. 4 Abs. 1 RL 2011/23EG** (s. Anhang zu § 613a BGB) geregelten Verbots, dass der Betriebs(teil)übergang als solcher keinen Grund für eine Kündigung darstellen kann (s. a. BT-Drucks. 8/4259 S. 9, anders noch der erste Gesetzentwurf, der noch angenähert an Art. 4 Abs. 1 S. 2 RL 2001/23/EG vorsah, Kündigungen aus dringenden betrieblichen Gründen stehe das Kündigungsverbot wegen eines Betriebsübergangs nicht entgegen; s. a. Staudinger-Annuß Rn 370). Eine fehlende Fortsetzung eines befristeten Arbeitsvertrags wird weder von § 613a Abs. 4 BGB (BAG 22.1.2015 – 8 AZR 139/14) noch von Art. 4 Abs. 1 RL 2011/23 erfasst (EuGH 16.10.2008 NJW 2008, 3483 [EuGH 16.10.2008 - C 313/07]; 15.9.2010 Slg 2010, I-8471 »Briot«). Davon zu unterscheiden ist die etwaige fehlende Zulässigkeit einer Befristungsabrede mit dem Veräußerer, die sich etwa auf die Laufzeit eines Auftrags bezieht (BAG 22.1.2015 – 8 AZR 139/14)“.

### **Übrigens:**

§ 613a BGB „übererfüllt“ die europäischen Vorgaben. Mit § 613a V setzt der Gesetzgeber Art. 7 VI RL 2001/23/EG um, geht aber deutlich über die europäischen Vorgaben hinaus, die eine Information der einzelnen Arbeitnehmer über den Betriebsübergang nur in nicht betriebsratsfähigen Betrieben verlangen ! (ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 84).

### **D. § 11 TzBfG**

Die Teilzeitarbeit-RL 97/81/EG bestimmt in § 5 Nr. 2, dass die Weigerung eines Arbeitnehmers, von einem Vollzeitarbeitsverhältnis in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt überzuwechseln als solche keinen Kündigungsgrund darstellen kann. Insoweit ist Art. 30 GRCh einschlägig. § 11 TzBfG entspricht dem: „Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen der Weigerung eines Arbeitnehmers, von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt zu wechseln, ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt“.

## **E. Maßregelverbot § 612a BGB**

Hauptanwendungsfall der arbeitgeberseitigen Maßnahme, die gegen § 612a verstoßen kann, ist die Kündigung (siehe ErfK/Preis, 16. Aufl. 2016, § 612a BGB Rn. 13 und BAG 2.4.1987 NZA 1988, 18; 22.5.2003 NZA 2004, 399).

So gewährt § 45 III 1 SGB V dem Arbeitnehmer bei Erkrankung eines Kindes nicht nur einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit, sondern bei rechtswidriger Verweigerung durch den Arbeitgebers auch das Recht, der Arbeit „eigenmächtig“ fernzubleiben. Erfolgt die arbeitgeberseitige Kündigung wegen Ausübung dieses Rechts, ist diese auf Grund § 612a nichtig (LAG K 10.11.1993 NZA 1995, 128).

Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber kündigt, weil der Arbeitnehmer einen schriftlichen Arbeitsvertrag verlangt. Zwar besteht kein Anspruch auf Schriftform (vgl. aber zur Nachweispflicht das NachwG), doch ist der Wunsch nach einem schriftlichen Arbeitsvertrag verständlich und vernünftig und deshalb die Verweigerung durch den AG treuwidrig nach § 242 (ArbG D 9.9.1992 BB 1992, 2365).

Ebenfalls gegen § 612a verstößt die Kündigung nach Verlangen auf Entfernung einer Abmahnung (ArbG HH 23.7.1990 DB 1991, 103), die Revanchekündigung als Reaktion auf eine vorausgegangene Arbeitnehmerkündigung (LAG N 7.10.1988 LAGE BGB § 612a Nr. 2), die Kündigung als Reaktion auf Vollstreckung aus einem Urteil (LAG D 13.12.1988 LAGE BGB § 612a Nr. 3), die Kündigung wegen Nichteinwilligung in eine Änderung der Arbeitsbedingungen (LAG HM 18.12.1987 DB 1988, 917), die Kündigung als unmittelbare Reaktion auf eine Krankmeldung (ArbG Trier 8.12.2011 – 3 Ca 936/11) oder wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer nur deshalb kündigt, um den Eintritt des Vorruhestandes zu verhindern (BAG 2.4.1987 NZA 1988, 18; LAG B 17.10.2012 – 15 Sa 1109/12).

### **Problem:**

Grundsätzlich trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Maßregelung iSd. § 612a. Eine Abstufung und Umkehr der Darlegungs- und Beweislast, wie sie § 611a I 3 vorsah, ist nicht auf § 612a übertragbar (ErfK/Preis § 612a BGB Rn. 22). In Betracht kommt jedoch für den Arbeitnehmer eine Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis, wenn ein offensichtlicher (enger zeitlicher) Zusammenhang zwischen benachteiligender Maßnahme bzw. Vereinbarung und der Rechtsausübung besteht.

## F. Gute Sitten und Treu und Glauben

Arbeitnehmer aus Kleinbetrieben können nach der Rechtsprechung des BVerfG den »verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition« in Anspruch nehmen: **»Wo Bestimmungen des KSchG nicht greifen, sind die Arbeitnehmer durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt«** (BVerfG 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17).

### I. Sitten- oder treuwidrige Kündigung

Arbeitnehmer sind vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, wobei im Wesentlichen auf die zivilrechtlichen Generalklauseln zur sitten- und treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts und das aus dem Verfassungsrecht abgeleitete »gewisse Maß an sozialer Rücksichtnahme« abgestellt wird. Allerdings darf dieser durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vermittelte Schutz nicht dazu führen, dass dem Kleinunternehmer praktisch die im KSchG vorgesehenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden.

Instruktiv BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 21. 6. 2006 – 1 BvR 1659/04 NZA 2006, 913:

1. Außerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG ist der Arbeitnehmer durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Kündigung des Arbeitgebers geschützt, wobei im Rahmen dieser Generalklauseln auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten ist.
2. Dies gilt nicht nur im Kleinbetrieb, sondern auch für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in der Wartezeit gem. § 1 I KSchG, das heißt in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses.
3. Auch bei Einstellungen im öffentlichen Dienst wird durch Art. 33 II GG das Recht des Arbeitgebers, während der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 I KSchG die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des neu eingestellten Arbeitnehmers zu überprüfen, nicht eingeschränkt. (Leitsätze der Redaktion)

„In sachlicher Hinsicht geht es vor allem darum, Arbeitnehmer vor **willkürlichen oder auf sachfremden** Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen. Zutreffend werden in der Literatur als Beispiele dafür Diskriminierungen i.S. von Art. 3 III GG genannt. Soweit unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, gebietet der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme. Schließlich darf auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben. Der objektive Gehalt der Grundrechte kann auch im Verfahrensrecht Bedeutung erlangen. Für die Wirksamkeit des gerichtlichen Kündigungsschutzes ist die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast von besonderer Bedeutung. Nach § 1 II 4 KSchG hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes gilt diese Regel nicht. Wie die Darlegungs- und Beweislast unter Beachtung verfassungsrechtlicher Positionen bei der Anwendung der Generalklauseln in §§ 138 oder 242 BGB zu beurteilen ist, läßt sich nicht allgemein festlegen. Für eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast bietet das Prozeßrecht aber geeignete Handhaben“.

Der Bestandsschutz zugunsten der Arbeitnehmer wirkt »umso schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen sind« (BVerfG 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17).

Bei der Prüfung, ob eine Kündigung gegen die guten Sitten verstößt und damit nichtig ist (vgl. § 13 Abs. 2 S. 1 KSchG), ist ein **strenger Maßstab anzulegen**. Die Sittenwidrigkeit einer Kündigung kann nicht auf Gründe gestützt werden, die in den Schutzbereich des KSchG fallen. Nach der Rspr. des BAG (etwa 21.2.2001 EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1) verlangt § 138 BGB die Einhaltung eines »ethischen Minimums«. Sittenwidrigkeit sei nur in krassen Fällen anzunehmen, wenn die Kündigung auf einem verwerflichen Motiv des Kündigenden beruhe oder wenn sie aus anderen Gründen dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspreche.



Wenn der Arbeitgeber in einem Kleinbetrieb einen zu kündigenden Arbeitnehmer unter mehreren Arbeitnehmern auswählen kann, gebietet der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes gem. Art. 12 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme, und es darf auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben (BVerfG 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17; BAG 21.2.2001 EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1; 6.2.2003 EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 1).

Hat der Arbeitgeber keine spezifischen eigenen Interessen, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen bzw. anderen vergleichbaren Arbeitnehmern nicht zu kündigen, und entlässt er gleichwohl den Arbeitnehmer mit der bei weitem längsten Betriebszugehörigkeit, dem höchsten Alter und den meisten Unterhaltspflichten, so spricht alles dafür, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat. Bestehen andererseits derartige betriebliche, persönliche oder sonstige Interessen des Arbeitgebers, so ist der durch § 242 BGB vermittelte Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers umso schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen sind (BAG 21.2.2001 EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1).

**Die Treu- oder Sittenwidrigkeit der Kündigung hat grds. der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen. Außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG gilt die Regel des § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG, wonach der Arbeitgeber die eine Kündigung begründenden Tatsachen zu beweisen hat, nicht. Allerdings folgt aus dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutzprinzip zugunsten des Arbeitnehmers, dass die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast anzuwenden sind** (BAG 21.2.2001 EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1; 25.4.2001 NZA 2002, 87 [BAG 25.04.2001 - 5 AZR 360/99]; 6.2.2003 EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 1; Stein DB 2005, 1218; vgl. grds. auch Rdn 81).

## **II. Anhörungspflicht**

Das Arbeitsgericht Gelsenkirchen vertritt eine „Sondermeinung“ zur Anhörungspflicht vor Ausspruch von Kündigungen in betriebsratslosen Betrieben (ArbG Gelsenkirchen, Urteil vom 17. 3. 2010 – 2 Ca 319/10, NZA 2010, 1178).

„Nicht nur im Fall einer Verdachtskündigung besteht dem Arbeitnehmer gegenüber eine Anhörungspflicht, sondern auch für den Normalfall einer arbeitgeberseitigen Kündigung in betriebsratslosen Betrieben“.

„Eine Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung in betriebsratslosen Betrieben folgt auch aus dem ebenfalls aus § 242 BGB abzuleitenden, vertraglichen Gebot, bei Verfolgung seiner Interessen gegenüber der Gegenpartei fair zu verfahren (zur Fairness bei dem Abschluss von Aufhebungsverträgen: Reinecke, in: Festschr. f. Küttner, 2006, S. 327 [333] m. w. Nachw.). Indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu einer beabsichtigten Kündigung anhört, gibt er ihm Gelegenheit, seine Sicht zur beabsichtigten Kündigung vorzutragen und auf diese Weise auf die bevorstehende Kündigungsentscheidung (noch) Einfluss zu nehmen. Demgegenüber ist es als unfair anzusehen, den Arbeitnehmer mit einer Kündigungsentscheidung zu überraschen und ohne Gehör zu konfrontieren“ (siehe auch im Urteil vom 26. 6. 1998 – 3 Ca 3473/97, NZA-RR 1999, 137 und Däubler KDZ 8. Aufl. Einl. Rn. 551).

Das BAG hat diesem Ansatz allerdings eine „Absage“ erteilt (BAG, Urt. v. 10.4.2014 – 2 AZR 647/13, NZA 2015, 162 ff., 165 Rn. 33):

„[33]5. Die Kündigung der Bekl. ist nicht deshalb gem. § 242 BGB unwirksam, weil der Kl. vor ihrem Ausspruch nicht angehört worden ist. Die Anhörung des Arbeitnehmers vor einer Kündigung ist – außer bei der Verdachtskündigung – de lege lata keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Der gegenteiligen Ansicht des ArbG Gelsenkirchen (NZA 2010, 1178) fehlt die gesetzliche Grundlage. Dass hier einzel- oder tarifvertraglich etwas anderes gegolten hätte, ist nicht ersichtlich. Auch aus § 82 I 1 BetrVG folgt nichts anderes. Nach dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer ein Recht darauf, in betrieblichen Angelegenheiten, die seine Person betreffen, angehört zu werden. Selbst wenn man zu diesen Angelegenheiten auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung rechnet, ergibt sich daraus nicht, dass umgekehrt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor dem Ausspruch einer Kündigung anhören müsste und dass diese Anhörung Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung wäre. Das in § 82 I 2 BetrVG vorgesehene Recht, zu ihn

betreffenden Maßnahmen des Arbeitgebers Stellung zu nehmen, bedeutet ebenfalls nicht, dass der Arbeitnehmer schon vor deren Durchführung Stellung nehmen können muss“.

In der Literatur wurde die Ansicht des ArbG Gelsenkirchen schon vorher nicht geteilt (Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht 4. Auflage 2012, Rn 32-33):

„Die Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Kündigung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung. Unterliegt die Kündigung der Bindung an einen Kündigungsgrund (§ 1 KSchG oder § 626 BGB) und liegt objektiv ein Kündigungsgrund vor, so beendet die außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis auch dann, wenn der Arbeitnehmer vorher nicht angehört worden ist (BAG 23. 3. 1972 AP BGB § 626 Nr. 63; BAG 10. 12. 1977 AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 9).  
Ausnahmsweise kann die Nichtanhörung des Arbeitnehmers zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 242 BGB führen. So darf der Arbeitgeber nicht auf der Basis von Gerüchten, die unsubstantiierte Verdächtigungen mit weitreichender Bedeutung für das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers zum Inhalt haben, Kündigungen aussprechen, ohne dem Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (BAG 2. 11. 1983 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 29). Der Arbeitgeber ist aber keinesfalls verpflichtet, den Arbeitnehmer mit den ihn belastenden Zeugen gegenüberzustellen (BAG 18. 9. 1997 AP BGB § 626 Nr. 138). Für den Fall der Verdachtskündigung hat das BAG jedoch die Anhörung zur Zulässigkeitsvoraussetzung für die Kündigung erhoben (BAG 11. 4. 1985 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 39; 30. 4. 1987 AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 19; krit. Preis DB 1988, 1449; zur Verdachtskündigung im Einzelnen § 626 BGB Rn. 345 ff.)“.

## **G. § 102 BetrVG**

In der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten führt die Probezeitkündigung bzw. die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes (BAG, Urteil vom 23.04.2009, NJW-Spezial 2010, 18). Da das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, bedarf die Kündigung keines sie rechtfertigenden Grundes. Dennoch wird oft umständlich angehört und vorgetragen, was letztlich

kontraproduktiv sein kann. Bei einer Kündigung in der Wartezeit ist die Substantiierungspflicht nicht an den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern allein an den Umständen zu messen, aus denen der Arbeitgeber subjektiv seinen Kündigungsentschluss herleitet. Dies folgt wiederum aus dem Grundsatz der subjektiven Determination. Stützt der Arbeitgeber die Kündigung auf ein subjektives Werturteil, reicht die Mitteilung allein dieses Werturteils für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung aus. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG sein Werturteil gegenüber der Arbeitnehmervertretung zu substantiieren oder zu begründen. Auch dann, wenn dem subjektiven Werturteil des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis nicht über die Wartezeit hinaus fortsetzen zu wollen, nach Zeit, Ort und Umständen konkretisierbare Tatsachelemente zugrunde liegen, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat über diesen Tatsachekern bzw. die Ansatzpunkte seines subjektiven Werturteils nicht informieren. Es genügt für eine ordnungsgemäße Anhörung, wenn er allein den eigentlichen Kündigungsgrund und damit das Werturteil selbst als das Ergebnis seines Entscheidungsprozesses mitteilt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn in Wirklichkeit nicht das Werturteil, sondern bestimmte konkrete Verhaltensweisen oder Tatsachen den eigentlichen Kündigungsgrund bilden. Das ist Konsequenz des Grundsatzes der subjektiven Determination. Der erst nach Ablauf der Wartezeit eintretende Kündigungsschutz darf durch die Anforderungen, die an eine Anhörung nach § 102 BetrVG gestellt werden, nicht vorverlagert werden. Die formellen Anforderungen an die Unterrichtung des Betriebsrats sind deshalb an dem Schutzniveau des materiell-rechtlichen Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers in der Wartezeit zu messen (**BAG, Urteil vom 12.09.2013, NZA 2013, 1412**).

## **H. Vertretungsfälle**

Im Rahmen der „Vertretungsfälle“ sind 3 Konstellationen zu unterscheiden, wobei die 1. Fallgruppe freilich gar kein Fall von Stellvertretung ist.

## **I. Nichtarbeitgeber**

Kündigt der „Nicht- oder Scheinarbeitgeber“ im eigenen Namen, liegt keine Kündigung des Arbeitgebers vor, man braucht auch nicht zu klagen.

Solche Konstellationen sind vor allem in Insolvenzfällen denkbar (BAG, Urteil vom 26.03.2009, NZA 2009, 1146):

Über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 1. 4. 2004, um 11:15 Uhr das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Bekl. zu 4 wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Am 1. 4. 2004 um 18 Uhr erhielt der Kl. eine auf dem Briefpapier der Schuldnerin gefertigte und vom Geschäftsführer der Schuldnerin unterschriebene fristlose Kündigung.

## II. Vertreter ohne Vollmacht

Kündigt der Kündigende im Namen des Arbeitgebers (im Namen des Vertretenen gem. § 164 BGB), hat er aber tatsächlich keine Vollmacht vom Arbeitgeber, kündigt also jemand als Vertreter ohne Vertretungsmacht, ist die Kündigung (zunächst) unwirksam (§ 180 S. 1 BGB). Eine Kündigungsschutzklage ist dogmatisch nicht erforderlich. Eine Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist dem Arbeitgeber nicht zuzurechnen, weil sie nicht von seinem Willen getragen ist (BAG, Urteil vom 6.9.2012, NZA 2013, 524, 525).

Hat der Kündigungsempfänger die behauptete Vertretungsmacht des Kündigenden aber gem. § 180 S. 2 BGB nicht beanstandet oder ist er mit ihr einverstanden gewesen, finden die §§ 177 ff. BGB entsprechende Anwendung, d.h. der Berechtigte kann die Kündigung mit rückwirkender Kraft genehmigen (§ 180 S. 2 BGB). Die Klagefrist beginnt mit dem Zugang der Genehmigung (BAG, Urteil vom 26.03.2009, NZA 2009, 1147; BAG, Urteil vom 06.09.2012, NZA 2013, 524, 525 Rn. 14).

[33]2. Bezogen auf die ordentliche Kündigung vom 28.2.2012 hat der Kl. nicht behauptet, er habe das Fehlen der Vertretungsmacht der Unterzeichnerin des Kündigungsschreibens bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts beanstandet. Die Kündigungserklärung war damit nach § 180 S. 2, § 177 I BGB allenfalls schwebend unwirksam und genehmigungsfähig. Eine solche Genehmigung hat die Bekl. zumindest konkludent dadurch erteilt, dass sie im Rahmen des Rechtsstreits die Kündigungsbefugnis der Vorsitzenden der örtlichen Geschäftsführung ausdrücklich behauptet und die Rechtmäßigkeit der Kündigung verteidigt hat (BAG, Urt. v. 10.4.2014 – 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197 ff).

### III. Vertreter (mit Vertretungsmacht) ohne Vollmachtsurkunde

Hat der Kündigende schließlich zwar Vollmacht, legt er aber die Vollmachtsurkunde nicht vor und wird deswegen gem. § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen, **ist innerhalb von 3 Wochen Klage** zu erheben. Eine Zurückweisung kommt gem. § 174 S. 2 BGB allerdings nur dann in Betracht, wenn der Gekündigte keine Kenntnis von der in dieser Konstellation ja tatsächlich bestehenden Vollmacht hatte. Eine Zurückweisung nach **§ 174 S. 2 BGB** ist mithin ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber (nicht der Vertreter) den Erklärungsgegner von der Vollmacht ausdrücklich oder konkludent in Kenntnis gesetzt hatte. Der Bevollmächtigte selbst kann nicht über seine Vollmacht in Kenntnis setzen (KR-Friedrich/Treber § 13 KSchG Rn. 222, LAG Köln, Urteil vom 03.05.2002, NZA-RR 2003, 194 und BAG, Urteil vom 12.01.2006, NZA 2006, 980). Die in § 174 S. 1 BGB dem Adressaten zugebilligte Zurückweisung des Rechtsgeschäfts hat dieselbe Rechtsnatur wie die Zurückweisung gem. § 111 BGB. Sie muss demnach durch empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgen, die sowohl gegenüber dem als Vollmachtgeber Benannten als auch gegenüber dem Handelnden abgegeben werden kann (Palandt/Ellenberger § 174 Rn. 6). Die Zurückweisung nach § 174 BGB muss unverzüglich (§ 121 BGB) geschehen. Die Zurückweisung einer Kündigungserklärung ist nach einer Zeitspanne von mehr als einer Woche ohne das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls nicht mehr unverzüglich i. S. des § 174 S. 1 BGB (BAG, Urteil vom 08.12.2011, NZA 2012, 495 ff.).

### I. Kündigungsfrist

Durch die Entscheidung des 5. Senats des BAG vom 1.9.2010 ist erhebliche Unruhe entstanden. Das BAG gelangte zu dem Ergebnis, dass eine mit falscher Frist ausgesprochene Kündigung unwirksam sein kann und deswegen **innerhalb der Frist des § 4 KSchG angegriffen werden muss** (BAG, Urteil vom 01.09.2010, NZA 2010, 1409). Der 5. Senat hat diese Entscheidung 2013 nochmals bestätigt (BAG, Urteil vom 15.05.2013, NZA 2013, 1076). Der 6. Senat hat diese Rechtsprechung aufgenommen (BAG, Urteil vom 20.06.2013, NZA 2013, 1137 ff).

Zusammenfassend LAG Hamm, Urteil vom 30.01.2015 - 1 Sa 1666/14, BeckRS 2015, 66390:

„Die Kündigungserklärung vom 18.07.2014 ist nicht deshalb nichtig, weil sie diese Kündigungsfrist nicht vorgesehen, sondern auf eine zweitägige Kündigungsfrist zum 20.07.2014 abgestellt hat. Die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist führt dann zur Nichtigkeit der Kündigungserklärung, wenn sich die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nicht als eine solche mit rechtlich gebotener Frist auslegen lässt. Der zweite und sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts gehen davon aus, eine Auslegung scheidet aus, wenn der Kündigungstermin „integraler Bestandteil der Willenserklärung“ sei. Allerdings sei bei fehlerhaft berechneter Frist im Regelfall anzunehmen, dass jedenfalls eine fristwahrende Kündigung ausgesprochen werden sollte. Der Empfänger einer Kündigungserklärung dürfe sich nicht einfach auf den wörtlichen Sinn der Erklärung verlassen, sondern müsse seinerseits unter Berücksichtigung aller für ihn sichtbaren Umstände bemüht sein, das Gewollte zu erkennen. Bei einer ordentlichen Kündigung sei für den Erklärungsempfänger ersichtlich, dass dem Kündigenden daran gelegen sei, die zutreffende Kündigungsfrist grundsätzlich wahren zu wollen, an die er aufgrund gesetzlicher, tariflicher oder einzelvertraglicher Regelungen gebunden sei.

Der fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts stellt die Annahme einer solchen Regelhaftigkeit in Frage, ohne sie allerdings abschließend und anders entschieden zu haben. Er geht davon aus, dass jedenfalls dann, wenn eine ordentliche Kündigung ohne weiteren Zusatz zu einem bestimmten Datum erklärt worden ist, das Bestimmtheitsgebot einseitiger und rechtsgestaltender Willenserklärungen der Auslegung entgegenstehe, die Kündigung solle zu einem anderen Termin erklärt werden. In einem solchen Fall sei die Nichtigkeit der Kündigungserklärung anzunehmen, die allerdings - sofern rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhoben worden ist - nach § 140 BGB in eine solche zum nächstzulässigen Termin umgedeutet werden könne“.

## **J. TzBfG**

Ordentliche Kündigung während eines befristeten Arbeitsverhältnisses kann gegen § 15 III TzBfG verstoßen, wenn der befristete Vertrag weder die Möglichkeit vorsieht, dieses ordentlich zu kündigen, noch die

Anwendbarkeit eines Tarifvertrags vereinbart ist, der ein solches Kündigungsrecht enthält (BAG 22.7.2010 NZA 2010, 1142).

## **K. § 15 KSchG**

Die Kündigung von Funktionsträgern ohne Beachtung der Voraussetzungen des § 15 KSchG ist unwirksam. Gem. § 23 Abs. 1 S. 1 KSchG gilt der Zweite Abschnitt des Gesetzes – zu dem § 15 zählt – in allen Betrieben und Verwaltungen des privaten und öffentlichen Rechts. § 15 KSchG gilt deshalb auch in Kleinbetrieben iSv § 23 Abs. 1 S. 2, 3 KSchG. Allerdings müssen diese nach § 1 Abs. 1 BetrVG betriebsratsfähig sein, dh mindestens fünf wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, von denen drei wählbar sind.

## **L. § 9 MuSchG**

Das Kündigungsverbot in § 9 MuSchG ist Ausdruck der Wertentscheidung in Art. 6 IV GG und europarechtlich in Art. 10 RL 92/85/EWG vorgeschrieben. In unionsrechtskonformer Auslegung ist dieser Schutz auch auf weisungsabhängige Selbständige zu erstrecken. Auch hier ist Art. 30 GRCh einschlägig, dem aber die gesetzliche Regelung genügt.

## **I. Genehmigung**

Es besteht bei besonderen Fällen die Möglichkeit, die Zulässigkeit der Kündigung zu beantragen. Besondere Fälle sind beispielsweise die Betriebsschließung, der ersatzlose Wegfall der Beschäftigung oder grobe Pflichtverletzungen. Zuständig in Hessen ist das Regierungspräsidium Darmstadt.

## **II. Bestandskraft der Zustimmung**

Ein großes Problem für den Arbeitgeber ist die Bestandskraft des Bescheids. Mit der Zulässigkeitsklärung nach § 9 III MuSchG liegt zwar zunächst ein ausreichender Bescheid vor, auf Grund dessen der Arbeitgeber die Kündigung erklären kann. Die ausgesprochene Kündigung kann allerdings erst rechtswirksam werden, wenn der



Bescheid auch seine „innere Wirksamkeit“ entfaltet und bestandskräftig ist (BAG, Urteil vom 25. 3. 2004 NZA 2004, 1064).

§ 9 Abs. 3 führt in Einzelfällen zu einer komplizierten Doppelspurigkeit des Rechtsweges. Für Streitigkeiten über die Erteilung oder Versagung der Zulässigkeitserklärung ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Dagegen muss die Kündigung selbst vor den Gerichten für Arbeitsachen angegriffen werden. Ist parallel zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Kündigungsschutzprozess angestrengt worden, stellt sich die Frage, ob der Kündigungsschutzprozess gem. § 46 Abs. 2 ArbGG iVm § 148 ZPO bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verwaltungsrechtsstreits auszusetzen ist. Über die Aussetzung des Rechtsstreits hat das Gericht für Arbeitsachen nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung des Zwecks der Aussetzung (Verhinderung einander widersprechender Entscheidungen) und des arbeitsgerichtlichen Beschleunigungsgrundsatzes gem. §§ 9 Abs. 1, 61 a, 64 Abs. 8 ArbGG zu entscheiden. Dem gesetzlich geregelten Beschleunigungsgrundsatz kommt nach Ansicht des BAG eine besondere Bedeutung zu, weshalb das Interesse der Parteien an der Verhinderung einander widerstreitender Entscheidungen grds. zurückzutreten hat. Wird die Zulässigkeitserklärung, nachdem die Kündigungsschutzklage rechtskräftig abgewiesen worden ist, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben, so kann das arbeitsgerichtliche Urteil im Wege der Restitutionsklage gem. § 586 ZPO abgeändert werden. Eine Aussetzung kommt auch dann nicht in Betracht, wenn die Kündigung unabhängig von der Wirksamkeit der Zulässigkeitserklärung unwirksam ist, zB weil kein Kündigungsgrund iSv § 1 Abs. 2 KSchG bzw § 626 Abs. 1 BGB gegeben ist. In diesem Fall besteht die Gefahr divergierender Entscheidungen nicht (HaKo Rancke/Schöllmann, 4. Aufl. 2015, § 9 MuSchG Rn.82).

### **III. Schriftliche Begründung der Kündigung**

Wurde die Zustimmung erteilt, muss die Kündigung vom Arbeitgeber schriftlich begründet werden (§ 9 Abs. 3 S. 2 MuSchG).

### **IV. Beendigung der Schwangerschaft**

Eine Arbeitnehmerin, die dem Arbeitgeber das Bestehen einer Schwangerschaft mitgeteilt hat, ist verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich zu unterrichten, wenn die Schwangerschaft vorzeitig endet

(etwa auf Grund einer Fehlgeburt), auch dann, wenn der Arbeitgeber sich mit der Annahme ihrer Dienste in Verzug befindet und eine von ihm erklärte Kündigung wegen Verstoßes gegen § 9 MuSchG rechtskräftig für rechtsunwirksam erklärt worden ist.

## **V. Kündigung trotz Schwangerschaft**

Hat der Arbeitgeber trotz Schwangerschaft gekündigt, sind 3 Fallgruppen zu unterscheiden:

- Es liegt die behördliche Zustimmung vor, dann muss Klage von der Arbeitnehmerin innerhalb der Frist des § 4 S. 4 KSchG erhoben werden.
- Es liegt keine Zustimmung vor, der Arbeitgeber hat gleichwohl trotz Kenntnis von der Schwangerschaft gekündigt.
- Es lag im Kündigungszeitpunkt keine Kenntnis von der Schwangerschaft vor, der Arbeitgeber hat gekündigt, ihm wurde nachträglich die Schwangerschaft mitgeteilt (hierzu auch gleich).

### **1. Zustimmung liegt vor**

Liegt die Zustimmung vor, muss spätestens 3 Wochen nach Zugang der Zustimmungserklärung bei der Gekündigten gem. § 4 S. 4 KSchG gekündigt werden.

### **2. Zustimmung trotz Kenntnis nicht eingeholt**

War dem Arbeitgeber beim Kündigungszugang die Schwangerschaft bekannt und hat er dennoch die Zustimmung zur Kündigung nicht eingeholt, ist die Kündigung unwirksam. Die Kündigung während der Schwangerschaft ist nichtig gem. § 9 MuSchG i.V. mit § 134 BGB.

Eine gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende Kündigung muss gem. § 4 S. 1 KSchG „eigentlich“ innerhalb von 3 Wochen mit der Kündigungsschutzklage gem. § 4 S. 1 KSchG angegriffen werden. In diesen Fällen greift allerdings nach der Rechtsprechung des BAG die Ausnahmeregel des § 4 S. 4 KSchG; hatte der Arbeitgeber Kenntnis vom Sonderkündigungsschutz und gleichwohl keine Zustimmung

beantragt, beginnt die Klagefrist wegen § 4 S. 4 KSchG gar nicht erst zu laufen (BAG, Urteil vom 19. 2. 2009 – 2 AZR 286/07, NZA 2009, 980; für den Schwerbehinderten BAG, Urt. v. 9. 2. 2011 – 7 AZR 221/10, NZA 2011, 854). Der Arbeitnehmer kann also bis zur Grenze der Verwirkung warten. Eine nachträgliche Zustimmung der Behörde heilt die Unwirksamkeit der Kündigung nicht.

### **3. Keine Kenntnis**

Die Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin ist nach § 9 I MuSchG ohne behördliche Zustimmung zulässig, wenn dem Arbeitgeber die Schwangerschaft zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bekannt war und sie ihm auch nicht später oder von der Arbeitnehmerin verschuldet verspätet nach Kündigungszugang mitgeteilt worden ist. Schon diese Regelung zeigt, dass auch bei objektiv bestehender Schwangerschaft nicht immer eine Zustimmung der zuständigen Behörde einzuholen ist. In einem solchen Fall kommt § 4 S. 4 KSchG nicht zur Anwendung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung des § 4 S. 4 KSchG ist also die Kenntnis des Arbeitgebers von den den Sonderkündigungsschutz begründenden Tatsachen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung.

#### **a) Mitteilungsfrist**

Die Mitteilungsfrist bei der Schwangerschaft beträgt zwei Wochen vom Zugang der Kündigung ab Kenntnis (§ 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG, §§ 187, 188 BGB). Bei eigener Unkenntnis oder Verhinderung wird die Frist entsprechend verlängert. Also genügt die Klageschrift nicht, wenn sie erst nach Ablauf der 2 Wochen zugeht.

Die Klagefrist wird auch bei fristgerechter nachträglicher Mitteilung nach § 4 S. 1 KSchG mit dem Zugang der Kündigung bei der Arbeitnehmerin in Gang gesetzt. Erlangt der Arbeitgeber erst nach Zugang der Kündigung Kenntnis von der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, ist § 4 S. 4 KSchG also nicht (mehr) anwendbar (LAG Hamm, Urteil vom 09.01.2014 - 15 Sa 1351/13, BeckRS 2014, 67413 und BAG, Urteil vom 19. 2. 2009 – 2 AZR 286/07 NZA 2009, 980 ff., 981 Rn. 23):

„Die schwangere Arbeitnehmerin ist – trotz Bekanntgabe der Schwangerschaft gegenüber ihrem Arbeitgeber – deshalb gehalten, die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG einzuhalten, um den eigentlich gegebenen Nichtigkeitsgrund nach § 134 BGB i.V. mit § 9 I MuSchG geltend zu machen. Durch die Bekanntgabe der Schwangerschaft wird die angelaufene Klagefrist auch nicht mehr gehemmt. Ein möglicher Verstoß gegen § 134 BGB i.V. mit § 9 I MuSchG kann nach § 4 S. 1 KSchG i.V. mit § 7 KSchG dementsprechend bei einer nicht rechtzeitigen Klageerhebung geheilt werden. Selbst bei einer nachträglichen Bekanntgabe der den Sonderkündigungsschutz auslösenden Umstände läuft die Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG an, weil im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes, insbesondere der Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft, nicht vorgelegen haben. Zur Erlangung des Sonderkündigungsschutzes muss die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber von ihrer Schwangerschaft in Kenntnis setzen. Erhebt sie keine Kündigungsschutzklage, obwohl sie den Arbeitgeber innerhalb der Zweiwochenfrist des § 9 I 1 MuSchG von ihrer Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt hat, so wird mit Ablauf der Dreiwochenfrist nach § 4 S. 1 KSchG nach § 7 KSchG die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam fingiert (vgl. ausdrücklich Senat, NZA 2008, 1055).

## **b) Beweislast**

Es ist positive Kenntnis beim Arbeitgeber erforderlich, fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Kenntniserlangung durch Dritte reicht. Nachweispflichtig für die Kenntnis des Arbeitgebers ist die Arbeitnehmerin (KR/Gallner, 11. Aufl. 2016, § 9 MuSchG Rn. 74).

## **M. SGB IX Schwerbehinderte Arbeitnehmer §§ 85 bis 92 SGB IX**

Problematisch erscheint hingegen § 90 I Nr. 1 SGB IX, der das Kündigungsverbot für schwerbehinderte Menschen oder Gleichgestellte erst nach sechs Monaten einsetzen lässt. Das BAG hat am 28.6.2007 entschieden, dass die §§ 85 ff. SGB IX mit Art. 5 der RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 in Einklang stehen, weil dem Arbeitgeber die

Möglichkeit zur Erprobung bleiben müsse, andernfalls ein Einstellungshindernis drohe. § 242 BGB reiche zunächst aus. Zweck der Richtlinie sei die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung unter anderem wegen einer Behinderung: „Daran gemessen ist die Ausgestaltung des Kündigungsschutzes behinderter Menschen auch innerhalb der ersten sechs Monate des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses eindeutig gemeinschaftsrechtskonform“.

## I. Wartezeit

Der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Arbeitnehmer setzt zunächst voraus, dass die Wartezeit gem. § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX von 6 Monaten abgelaufen ist (keine Wartezeit beim MuSchG!).

Kündigungsschutz besteht sodann für schwerbehinderte oder gleichgestellte Menschen gem. § 68 Abs. 1 SGB IX, § 2 Abs. 1 SGB IX:

### § 2 Behinderung

(1) Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist.

(2) Menschen sind im Sinne des Teils 2 schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben.

(3) Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen).

## II. Unterschied Sozialrecht/Arbeitsrecht

Sozialrechtlich besteht eine Behinderung i.S. des SGB IX ungeachtet eines Bescheids kraft Gesetzes. Der Bescheid mit dem Grad der Behinderung bzw. der Schwerbehindertenausweis hat nur deklaratorische Wirkung (Knittel SGB IX § 69 Rn. 206). Es ist dann nur eine Frage des Nachweises der Voraussetzungen, der dem Anspruchsteller obliegt. Die Gleichstellung hingegen bedarf auch im Sozialrecht eines förmlichen Bescheids, also eines konstitutiven Verwaltungsakts (Knittel SGB IX § 68 Rn. 7). Arbeits- bzw. kündigungsschutzrechtlich besteht Schwerbehindertenkündigungsschutz aber nur bei Offenkundigkeit einer Behinderung mit einem Grad von mindestens 50 %. Dann sind kein Bescheid und kein Nachweis erforderlich, Behindertenschutz greift gem. § 85 SGB IX, was freilich in der Praxis eher der Ausnahmefall ist. Eine offensichtliche Schwerbehinderteneigenschaft hat das BAG angenommen bei schwerwiegenden und ohne weiteres erkennbaren körperlichen Behinderungen wie z. B. Taubheit, Blindheit oder Stummheit.

Ist die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber offensichtlich, muss er vor einer Kündigung vorsorglich einen Zustimmungsantrag beim Integrationsamt stellen (Negativattest).

Bei nicht offenkundigen Schwerbehinderungen hingegen greift der Kündigungsschutz gem. § 85 SGB IX nur, wenn ein Bescheid vorliegt oder rechtzeitig ein Antrag gestellt wurde (siehe auch ErfK/Oetker, 16. Aufl. 2016, § 1 KSchG Rn. 334):

**„Die rechtlichen Wirkungen der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch treten im Falle des Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IX i.d.F. des Gesetzes vom 19. 6. 2001 nicht ohne weiteres, d.h. schon bei bloß bestehender objektiver Eigenschaft als schwerbehindert ein.**

**Voraussetzung ist vielmehr, dass vor Zugang der Kündigung ein Bescheid über die Eigenschaft als schwerbehindert ergangen ist oder jedenfalls ein entsprechender Antrag gestellt ist“ (BAG, Urteil vom 20. 1. 2005 – 2 AZR 675/03 NZA 2005, 689).**

### **III. Gleichstellung § 2 Abs. 3 SGB IX**

Gem. § 68 II SGB IX erfolgt die Gleichstellung behinderter Menschen mit schwerbehinderten Menschen auf Grund einer Feststellung nach § 69 SGB IX auf Antrag des behinderten Menschen durch die Bundesagentur für Arbeit. Die Gleichstellung wird gem. § 68 II 2 SGB IX mit dem Tag des Eingangs des Antrags wirksam. Die erst nach Zugang der Kündigung beantragte Gleichstellung hat für die ausgesprochene Kündigung keine Bedeutung mehr.

### **IV. Nachweis**

Der Arbeitnehmer kann den besonderen Kündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX beanspruchen, wenn seine Schwerbehinderteneigenschaft beim Zugang der Kündigung nachgewiesen ist. Durch welche Dokumente der Nachweis geführt werden kann, hat das BAG noch nicht entschieden. Als ausreichend sind jedoch ein Feststellungsbescheid des Versorgungsamts sowie der Schwerbehindertenausweis anzusehen.

### **V. Antragsfrist**

Die Antragsfrist für schwerbehinderte und gleichgestellte Menschen beträgt mindestens 3 Wochen vor Zugang der Kündigung Rechtzeitige (§ 90 II a 2. Alt. SGB IX).

Auf den besonderen Kündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX kann sich auch der Arbeitnehmer berufen, der beim Versorgungsamt rechtzeitig einen Feststellungsantrag gestellt hat, wenn der Antrag bis zum Kündigungszeitpunkt noch nicht beschieden worden ist. Der Sonderkündigungsschutz besteht jedoch nicht, wenn die unterbliebene Entscheidung der Behörde auf einer fehlenden Mitwirkung des Arbeitnehmers beruht. Bei gleichgestellten schwerbehinderten Menschen muss der Arbeitsverwaltung der Antrag auf Gleichstellung mindestens drei Wochen vor der Kündigung vorliegen (BAG, Urteil vom 1. 3. 2007 – 2 AZR 217/06 NZA 2008, 302 ff.)

### **VI. Kündigung, § 85 SGB IX**

Wie beim Mutterschutzgesetz hat man es in der Praxis mit 3 möglichen Fragestellungen zu tun:

- Der Arbeitgeber kennt weder die Schwerbehinderung noch die Gleichstellung, der Arbeitnehmer beruft sich auch nicht auf eine solche nach Ausspruch der Kündigung.
- Der Arbeitgeber kennt weder die Schwerbehinderung noch die Gleichstellung, der Arbeitnehmer beruft sich nach Ausspruch der Kündigung auf eine solche.
- Der Arbeitgeber kennt die Schwerbehinderung oder Gleichstellung.
- Eine 4. Konstellation hat jüngst durch die Rechtsprechung des BAG an Bedeutung erlangt, nämlich wenn der Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis nach der Schwerbehinderung fragt und der Arbeitnehmer wahrheitswidrig verneint.

### **1. Keine Kenntnis, keine nachträgliche Mitteilung**

Kennt der Arbeitgeber eine eventuelle Schwerbehinderung oder Gleichstellung nicht und beruft sich auch der Arbeitnehmer nicht binnen drei Wochen nach Zugang einer Kündigung darauf, ist die Kündigung nicht per se wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam (BAG, NZA 2006, 1035).

Eine Ausnahme wird für den Fall gemacht, dass die Schwerbehinderung offensichtlich ist. Solche Fälle der Offenkundigkeit sind beispielsweise der Verlust von Gliedmaßen, Blindheit etc. (Neumann/Palen/Majerski-Palen, § 85 SGB IX Rz. 34 mwN).

### **2. Keine Kenntnis, nachträgliche Mitteilung**

Ist die Schwerbehinderung oder Gleichstellung vor Zugang der vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung gemäß § 69 I SGB IX beziehungsweise § 68 II SGB IX durch die zuständigen Behörden festgestellt worden, oder wurde der Antrag auf Schwerbehinderung oder Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt und beruft sich der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Ausspruch der Kündigung auf den bestehenden Sonderkündigungsschutz, bedarf es zur Zulässigkeit der Kündigung der Zustimmung des Integrationsamtes (BAG, NZA 2006, 1035; BAG, NZA 2008, 302).



Es genügt, wenn die Mitteilung in der Kündigungsschutzklage erfolgt (BAG, Urt. v. 23. 2. 2010 – 2 AZR 659/08 NZA 2011, 411):

„Der schwerbehinderte Arbeitnehmer hat das Recht, sich gegenüber seinem Arbeitgeber auf den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz zu berufen, in der Regel nicht nach § 242 BGB verwirkt, wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb der Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG gerichtlich geltend gemacht hat“.

„Nach den vom Senat hierzu aufgestellten Grundsätzen muss sich der Arbeitnehmer, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX erhalten will, nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die drei Wochen beträgt (BAGE 125, 345 = NZA 2008, 1055; BAG, NZA 2006, 1035 Rdnr. 45), gegenüber dem Arbeitgeber auf seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft berufen. Unterlässt der Arbeitnehmer die entsprechende Mitteilung, so hat er den besonderen Kündigungsschutz verwirkt. Die Dreiwochenfrist ist eine Regelfrist. Sie konkretisiert den Verwirkungstatbestand. Ihre Überschreitung führt danach regelmäßig, aber nicht zwingend zur Verwirkung (BAG, NZA 2006, 1035)“.

Die Mitteilung kann auch formfrei erfolgen. Sie muss zum Inhalt haben, dass der Arbeitnehmer schwerbehindert oder einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist oder dass er die Anerkennung der Schwerbehinderung oder die Gleichstellung beantragt hat und damit erkennen lassen, dass er sich auf den besonderen Kündigungsschutz beruft.

Unterbleibt die Mitteilung, verliert der Arbeitnehmer zwar diesen Sonderkündigungsschutz, nicht aber **seinen allgemeinen Kündigungsschutz**.

### **3. Kenntnis von der Schwerbehinderung**

Kennt der Arbeitgeber die Schwerbehinderung oder Gleichstellung, dann bedarf es einer vorherigen Zustimmung zur Kündigung durch das Integrationsamt. Eine ohne Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung wäre gemäß § 85 SGB IX, § 134 BGB

nichtig (BVerwG, NZA-RR 1996, 288, BAG, NZA 1994, 879). Bei der außerordentlichen Kündigung nach § 91 SGB IX bedarf es – anders als bei der ordentlichen Kündigung – vor Ausspruch der Kündigung keiner schriftlichen Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes. Es genügt hier vielmehr, wenn das Integrationsamt dem Arbeitgeber seine Zustimmungsentscheidung innerhalb der gesetzlichen Zweiwochenfrist (§ 91 Abs. 3 S. 1 SGB IX) mündlich oder fernmündlich bekannt gegeben hat (siehe Lansnicker, Prozesse in Arbeitssachen 2. Auflage 2010 § 1 Rn 90-93).

Hat der Arbeitgeber trotz Kenntnis keine Zustimmung eingeholt, greift wie beim MuSchG § 4 S. 4 KSchG (BAG 13.2.2008 NZA 2008, 1055), d.h. es besteht Klagemöglichkeit bis zur Verwirkung. Aber: Die Beweislast für die Kenntnis liegt beim Arbeitnehmer.

#### 4. Frage nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis

Eine weitere Konstellation lag der Entscheidung des BAG vom 16. 2. 2012 – 6 AZR 553/10 NZA 2012, 555) zugrunde.

Hier hatte der Arbeitgeber im bestehenden Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Wartezeit (6 Monate) die MitarbeiterInnen nach bestehendem Sonderkündigungsschutz gefragt, was der schwerbehinderte Arbeitnehmer wahrheitswidrig verneinte. Nachdem er die Kündigung erhielt, berief sich der Arbeitnehmer nachträglich auf die im Zeitpunkt der Frage bereits bestehende Schwerbehinderung. Das BAG hat es ihm verwehrt, sich auf den Sonderkündigungsschutz zu berufen:

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Für die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderteneigenschaft bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag besteht ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers. Diese Frage ist **im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach Ablauf der Frist des § 90 I Nr. 1 SGB IX zuzulassen, um dem Arbeitgeber ein rechtstreu Verhalten zu ermöglichen.** Insbesondere im Vorfeld einer beabsichtigten Kündigung zeigt der Arbeitgeber mit dieser Frage, dass er seine zum Schutz des Schwerbehinderten bei einer Kündigung bestehenden Pflichten nach § 1 III KSchG und §§ 85 ff. SGB IX erfüllen will.

2. Die Einholung eines so genannten Negativattests ist für den Arbeitgeber keine gleich geeignete Alternative zur Frage nach der Schwerbehinderung.

3. Die Frage im Vorfeld einer Kündigung diskriminiert den Arbeitnehmer nicht wegen einer Behinderung unmittelbar i. S. des § 3 I 1 AGG. Sie setzt behinderte Arbeitnehmer nicht gegenüber Nichtbehinderten zurück. Die Frage dient vielmehr der Wahrung der Rechte und Interessen der Schwerbehinderten und ist Voraussetzung dafür, dass der Arbeitgeber die Belange des schwerbehinderten Menschen bei Kündigungen überhaupt wahren kann.

4. § 28 VI Nr. 3 BDSG lässt die Frage nach der Schwerbehinderung und damit nach sensiblen Daten i. S. von § 3 IX BDSG zu. Eine Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche als Voraussetzung einer Datenerhebung nach § 28 VI Nr. 3 BDSG liegt in Übereinstimmung mit der Formulierung des Art. 8 II lit. b Richtlinie 95/46/EG auch dann vor, wenn die Datenerhebung erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des Arbeitgebers Rechnung zu tragen. Dazu gehören auch die Pflichten des Arbeitgebers zur Beachtung der Schwerbehinderung im Rahmen der Sozialauswahl und zur Wahrung des Schwerbehindertenschutzes nach §§ 85 ff. SGB IX.

5. Die Frage nach der Schwerbehinderung im Vorfeld von Kündigungen verletzt den schwerbehinderten Arbeitnehmer nicht in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Aus dem Grundgesetz ergeben sich insoweit keine weitergehenden Anforderungen als aus dem Unionsrecht.

8. Verneint der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Frage nach seiner Schwerbehinderung im Vorfeld einer Kündigung wahrheitswidrig, ist es ihm im Kündigungsschutzprozess unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen.

Das Urteil ist von erheblicher praktischer Bedeutung, zumal es datenschutzrechtliche Belange und solche des AGG tangiert (siehe ausführlich Husemann, RdA 2014, 16 ff.):

„Zur Information über die Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis ist damit festzuhalten, dass der Arbeitnehmer auf eine entsprechende Frage des Arbeitgebers hin weder im Bewerbungsverfahren noch in

den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses wahrheitsgemäß antworten muss. Insoweit trifft ihn die Information lediglich als Obliegenheit, bei deren Nichterfüllung er mögliche Ansprüche verlieren kann. Dies ändert sich mit dem sechsmonatigen Bestehen des Arbeitsverhältnisses. Dann ist der Arbeitnehmer im Wege einer Rücksichtnahmepflicht dazu gehalten, die Frage des Arbeitgebers korrekt zu beantworten, da er ansonsten dem Arbeitgeber zum Ersatz des aus der falschen Auskunft resultierenden Schadens verpflichtet sein kann.

Vor Abschluss des Arbeitsvertrages sowie innerhalb der ersten sechs Monate muss der Arbeitnehmer nicht wahrheitsgemäß auf die Frage nach der Schwerbehinderung antworten. Dies gilt allerdings nur, sofern er tatsächlich schwerbehindert ist und sich nicht als nichtbehinderter Bewerber die vermeintlichen Vorteile des Schwerbehindertenstatus erschleichen will“.

## **N. Elternzeit (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 BEEG)**

### **§ 18 BEEG – Kündigungsschutz**

(1) 1Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen. 2Der Kündigungsschutz nach Satz 1 beginnt

1.  
frühestens acht Wochen vor Beginn einer Elternzeit bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes und

2.  
frühestens 14 Wochen vor Beginn einer Elternzeit zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes.

3Während der Elternzeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen. 4In besonderen Fällen kann ausnahmsweise eine Kündigung für zulässig erklärt werden. 5Die Zulässigkeitserklärung erfolgt durch die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle. 6Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Durchführung des Satzes 4 erlassen.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen

1.

während der Elternzeit bei demselben Arbeitgeber Teilzeitarbeit leisten oder

2.

ohne Elternzeit in Anspruch zu nehmen, Teilzeitarbeit leisten und Anspruch auf Elterngeld nach § 1 während des Zeitraums nach § 4 Absatz 1 Satz 1 und 3 haben.

Ab Verlangen der Elternzeit, jedoch max. 8 Wochen vor Beginn und während der Elternzeit besteht Kündigungsschutz gem. § 18 Abs. 2 Nr. 1 BEEG.

Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann bei außergewöhnlichen Umständen auf Antrag der Kündigung während der Elternzeit ausnahmsweise zustimmen (§ 18 Abs. 1 S. 2 BEEG).

Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit (§ 18 Abs. 1 S. 4 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes) vom 3. Januar 2007 (BAnz 2007, Nr. 5 vom 9. Januar 2007, S. 247) besagt u.a. Folgendes:

2 Vorliegen eines besonderen Falles

2.1 Bei der Prüfung nach Maßgabe der Nummer 1 hat die Behörde davon auszugehen, dass ein besonderer Fall im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 23 des Gesetzes insbesondere dann gegeben ist, wenn

2.1.1 der Betrieb, in dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin beschäftigt ist, stillgelegt wird und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,

2.1.2 die Betriebsabteilung, in der der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin beschäftigt ist, stillgelegt wird und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht in einer anderen Betriebsabteilung des Betriebes oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,

2.1.3 der Betrieb oder die Betriebsabteilung, in denen der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin beschäftigt ist, verlagert wird und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin an dem neuen Sitz des Betriebes oder der Betriebsabteilung und auch in einer anderen

Betriebsabteilung oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens nicht weiterbeschäftigt werden kann,

2.1.4 der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in den Fällen der Nummern 2.1.1 bis 2.1.3 eine ihm vom Arbeitgeber angebotene, zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ablehnt,

2.1.5 durch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Elternzeit die Existenz des Betriebes oder die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers gefährdet wird,

2.1.6 besonders schwere Verstöße des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin gegen arbeitsvertragliche Pflichten oder vorsätzliche strafbare Handlungen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen.

2.2 Ein besonderer Fall im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes kann auch dann gegeben sein, wenn die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers durch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Elternzeit unbillig erschwert wird, so dass er in die Nähe der Existenzgefährdung kommt. Eine solche unbillige Erschwerung kann auch dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber in die Nähe der Existenzgefährdung kommt, weil

2.2.1 der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in einem Betrieb mit in der Regel 5 oder weniger Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt ist und der Arbeitgeber zur Fortführung des Betriebes dringend auf eine entsprechend qualifizierte Ersatzkraft angewiesen ist, die er nur einstellen kann, wenn er mit ihr einen unbefristeten Arbeitsvertrag abschließt; bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen, oder

2.2.2 der Arbeitgeber wegen der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Elternzeit keine entsprechend qualifizierte Ersatzkraft für einen nur befristeten Arbeitsvertrag findet und deshalb mehrere Arbeitsplätze wegfallen müssten.

Kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass ein besonderer Fall im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes gegeben ist, so hat sie im

Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden, ob das Interesse des Arbeitgebers an einer Kündigung während der Elternzeit so erheblich überwiegt, dass ausnahmsweise die vom Arbeitgeber beabsichtigte Kündigung für zulässig zu erklären ist (Ziff. 3).