

## In der Wartezeit und im Kleinbetrieb

# Kündigungen außerhalb des KSchG



**Dr. Reinhard Möller**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Bartsch Rechtsanwälte, Karlsruhe

**Das deutsche Arbeitsrecht hat einen Bestandsschutz vor willkürlichen und grundlosen Kündigungen. Auch in den Fällen, in denen das KSchG nicht gilt, gibt es kein unbeschränktes Kündigungsrecht. Es existieren äußere Grenzen, die bei jeder Kündigung zu beachten sind.**

## 1 Das System des Kündigungsschutzes

Arbeitsverhältnisse sind Dauerschuldverhältnisse und können deshalb – wenn sie nicht zeitlich befristet sind – nur durch Kündigung oder Aufhebungsvereinbarung beendet werden. Die Möglichkeit, einen Arbeitsvertrag zu beenden, ist ebenso wie die Möglichkeit, einen Vertrag abzuschließen, durch die grundrechtlich geschützte allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit auf Basis der Art. 12 Abs. 1, 14 GG geschützt. Auf der anderen Seite genießt auch die Berufsausübung der Beschäftigten grundrechtlichen Schutz (Art. 12 Abs. 1 GG).

Deshalb gibt es im deutschen Arbeitsrecht den Bestandsschutz vor willkürlichen und grundlosen Kündigungen. Nach dem KSchG ist eine Kündigung unwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist. Man darf also nur kündigen, wenn ein anerkannter Kündigungsgrund vorliegt. Von diesem – im internationalen Maßstab sehr strengen – Kündigungsschutz gibt es zwei Ausnahmen.

## 2 Wartezeit und Kleinbetrieb

Während der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses besteht für den Mitarbeiter kein Kündigungsschutz. Er muss also eine sechsmonatige Wartezeit bestehen, bevor das Arbeitsverhältnis den gesetzlichen Bestandsschutz genießt. Diese Wartezeit dient der Erprobung und wird deshalb auch oft als „Probezeit“ bezeichnet. Kündigungen während dieser Erprobungsphase müssen nicht gerechtfertigt oder begründet werden.

Das KSchG gilt zudem nur in Betrieben, in denen i. d. R. mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Denn der Kündigungsschutz bedeutet für Unternehmen eine erhebliche Einschränkung der unternehmerischen Freiheit und führt – auch wegen der Komplexität der richterrechtlich ausgeprägten Regelungen – zu erheblichen wirtschaftlichen Belastungen. Diese mutet der Gesetzgeber kleinen Unternehmen nicht zu. Kleinbetriebe haben oft keine wirtschaftlichen Reserven und sind nicht in der Lage,

Schwankungen in der Auftragslage durch Maßnahmen der Personalplanung auszugleichen. Im Interesse der Funktionsfähigkeit von kleinen Betrieben sollen deshalb Entlassungen leichter möglich sein. Mit diesen Kündigungserleichterungen sollen kleinere – insbesondere auch neu gegründete – Unternehmen zu Einstellungen ermuntert und nicht durch einstellungshemmende Vorschriften eingeschränkt werden. Wegen dieser wirtschaftspolitischen Zielsetzung wurde die Kleinbetriebsklausel mit Wirkung zum 1.1.2004 von Betrieben mit bis zu fünf auf Betriebe mit bis zu zehn Arbeitnehmern erweitert.

## 3 Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

Auch in den Fällen, in denen das KSchG nicht gilt, gibt es kein unbeschränktes Kündigungsrecht – äußere Grenzen der Kündigungsfreiheit sind bei jeder Kündigung zu beachten:

### ■ Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Das gilt auch für Kündigungen. Damit wird ein ethisches Mindestmaß bei allen Kündigungen geschützt, so dass auch Kündigungen im Kleinbetrieb und während der Wartezeit in krassen Fällen unwirksam sein können.

### ■ Maßregelungsverbot (§ 612a BGB)

Eine Kündigung darf nicht als Sanktion für ein zulässiges Verhalten des Beschäftigten ausgesprochen werden. Wenn eine Kündigung allein daran anknüpft, dass ein Mitarbeiter seine Rechte ausübt, ist diese Kündigung unwirksam.

### ■ Treuwidrigkeit (§ 242 BGB)

Eine Kündigung, die Treu und Glauben verletzt, ist unwirksam. Dieser Grundsatz hatte bis zum Inkrafttreten des KSchG 1951 eine große Bedeutung. Neben dem KSchG und § 138 BGB hat der Grundsatz der Treuwidrigkeit nur noch einen kleinen Anwendungsbereich. Jedenfalls soll durch die generalklauselartige Regelung des § 242 BGB kein besonderer Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und während der Wartezeit etabliert werden.

### ■ Verstoß gegen Diskriminierungsverbote

Obwohl nach § 2 Abs. 4 AGG für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, gewinnt das AGG als besonderer diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz zunehmend an Bedeutung. Die Rechtsprechung wendet das Gesetz auch bei Kündigungen an und begründet dies mit einer richtlinienkonformen Auslegung.

In den arbeitsgerichtlichen Entscheidungen der letzten Jahre – insbesondere in der Rechtsprechung des BAG – lässt sich eine Tendenz zur zunehmenden Kontrolle von Kündigungen außerhalb des KSchG feststellen. Den Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und während der Wartezeit kann man deshalb nur anhand der Rechtsprechung zu diesen Kündigungsschranken erfassen.

## 4 Sittenwidrige Kündigungen

Der schwere Vorwurf der Sittenwidrigkeit einer Kündigung kommt nur in besonders krassen Fällen in Betracht. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist eine Kündigung nur dann sittenwidrig, wenn sie auf einem verwerflichen Motiv des Kündigenden beruht, bspw. Rachsucht oder Vergeltung, oder wenn sie aus anderen Gründen „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“ (BAG, Urt. v. 19.7.1973 – 2 AZR 464/72).

Ein Beispiel für eine sittenwidrige Kündigung liegt der Entscheidung des BAG vom 12.12.2013 (8 AZR 838/12, AuA 9/15, S. 552) zu Grunde. Dort hatte der Arbeitgeber eines Kleinbetriebs einer schwangeren Mitarbeiterin an dem Tag die Kündigung ausgesprochen, an dem er die Mitteilung erhalten hat, dass die Leibesfrucht abgestorben war. Hier drängt sich das moralische Unwerturteil unmittelbar auf. An der Sittenwidrigkeit dieser Kündigung gibt es keine vernünftigen Zweifel. Allerdings war der Rückgriff auf die Sittenwidrigkeit in diesem Fall gar nicht erforderlich, da die Kündigung noch vor Einleitung der künstlichen Geburt, also noch während der Schwangerschaft, ausgesprochen wurde.

Das BAG nimmt aber inzwischen die Sittenwidrigkeit einer Kündigung schon dann an, wenn ein Zusammenhang zwischen der Kündigung und einfachen Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften besteht. Ein instruktives Beispiel ist die Entscheidung des BAG vom 15.11.2012 (6 AZR 339/11, AuA 7/13, S. 436). Im Bewerbungsverfahren für eine Tätigkeit als Hauptschullehrer hatte der Kandidat die Frage, ob in der Vergangenheit strafrechtliche Ermittlungen geführt wurden, wahrheitswidrig beantwortet. Tatsächlich gab es mehrere Verdachtsfälle und Ermittlungsverfahren wegen Kindesmissbrauchs, die z. T. aus Mangel an Beweisen, teils gegen Zahlung einer Geldauflage eingestellt wurden. Der Arbeitgeber hatte deshalb die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses und vorsorglich die außerordentliche – fristlose – und ordentliche Kündigung erklärt.

Die Ausgangsfrage bereitet in diesem Fall keine juristischen Schwierigkeiten. Die Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren ist grundsätzlich nicht von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt und verstößt deshalb gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen, in diesem Fall gegen § 29 Abs. 1 Satz 1 Datenschutzgesetz NRW. Deshalb durfte der Bewerber die Frage wahrheitswidrig beantworten. Eine Anfechtung des Arbeitsverhältnisses wegen arglistiger Täuschung kam also ebenso wenig in Betracht wie eine außerordentliche Kündigung wegen eines Fehlverhaltens im Bewerbungsverfahren.

Die ordentliche Kündigung in der Wartezeit wäre aber ohne einen besonderen Kündigungsgrund möglich gewesen. Diese hielt das BAG wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten für unwirksam. Allein der fahrlässige Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen im Bewerbungsverfahren genügte dem 6. Senat, um die Kündigung als sittenwidrig einzustufen. Die Erfurter Richter hielten also eine Kündigung für unwirksam, die wegen strafrechtlicher Ermittlungen aufgrund von Verdachtsfällen des Kindesmissbrauchs ausgesprochen wurde, obwohl der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis allein wegen des subjektiven Eindrucks der fehlenden Eignung des Beschäftigten hätte kündigen können.

### Wichtig

Das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit – und damit die Unwirksamkeit der Kündigung – droht nach der neuen Rechtsprechung nicht mehr nur in krassen Fällen, sondern bereits dann, wenn die Kündigung in einem Zusammenhang mit einfachen Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften steht.

## 5 Verstöße gegen das Maßregelungsverbot

Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht deshalb benachteiligen, weil dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat.

Als „Maßnahme“ i. S. d. § 612a BGB kommen auch Kündigungen in Betracht. Die Norm setzt aber ein besonderes Unwerturteil voraus. Eine Kündigung ist deshalb nur dann nach § 612a BGB unwirksam, wenn sie sich als unerlaubte Maßregelung – also gewissermaßen als „Racheakt“ – für eine zulässige Rechtsausübung durch den Mitarbeiter darstellt (BAG, Urt. v. 25.5.2003 – 2 AZR 426/02).

Verstöße gegen das Maßregelungsverbot hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit nur in Ausnahmefällen angenommen. Inzwischen häufen sich die praktischen Fälle, bei denen Kündigungen während der Wartezeit oder im Kleinbetrieb an Verstößen gegen dieses Verbot scheitern. Ein Beispiel ist das Urteil des ArbG Berlin vom 11.4.2014 (28 Ca 19104/13). Dort hatte eine Mitarbeiterin das Unternehmen um Kündigung ihres Arbeitsvertrags und Freistellung gebeten. Der Arbeitgeber lehnte das ab, insbesondere weil er die Arbeitskraft wegen Personalengpässen während der Weihnachtszeit benötigte. Am Folgetag legte die Arbeitnehmerin eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die nächsten 20 Tage vor. Das Unternehmen nahm dies zum Anlass für eine Kündigung während der Wartezeit.

Ein anderes Beispiel ist die Entscheidung des ArbG Dortmund vom 12.2.2014 (9 Ca 5518/13). Hier gab es eine Auseinandersetzung um die Genehmigung eines Urlaubs, über den die Arbeitsvertragsparteien bereits im Bewerbungsverfahren gesprochen hatten. Auf die Ablehnung des Urlaubsantrags durch den Arbeitgeber antwortete der Arbeitnehmer mit einem Schreiben seines Anwalts. Das Unternehmen reagierte auf das Anwaltschreiben nicht, sondern kündigte stattdessen das Arbeitsverhältnis während der Probezeit.

Beide Fälle sind gute Beispiele für die Wirkungsweise des Maßregelungsverbots. In beiden Fällen wäre eine Kündigung während der Wartezeit ohne Rechtfertigung zulässig gewesen.

### Wichtig

Wenn der Arbeitgeber ein rechtlich zulässiges Verhalten zum unmittelbaren Anlass für die Kündigung nimmt, geht die Rechtsprechung inzwischen von einem Verstoß gegen das Maßregelungsverbot aus. Als Nachweis lässt sie einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen der zulässigen Rechtsausübung und dem Ausspruch der Kündigung genügen.

## 6 Treuwidrige Kündigungen

Der Gesetzgeber hält für Kündigungen im Kleinbetrieb und während der ersten sechs Monate der Beschäftigung eine Rechtfertigung nicht für erforderlich. Deshalb darf auch die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht dazu führen, dass die Kündigungsfreiheit in diesen Fällen eingeschränkt wird. Nach der Rechtsprechung des BAG gewährt § 242 BGB aber eine Mindestabsicherung der Arbeitnehmer auch außerhalb des KSchG.

Grundlegend ist das Urteil vom 21.2.2001 (2 AZR 15/00). In dieser Entscheidung hat das BAG die Grundsätze zur Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen im Kleinbetrieb entwickelt. Eine Sozialauswahl nach § 1 KSchG ist dort nicht erforderlich. Trotzdem muss der Arbeitgeber ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme wahren. Kündigt er von mehreren vergleichbaren Beschäftigten denjenigen, der sozial schutzbedürftiger ist, muss es für diese Entscheidung betriebliche oder persönliche Gründe geben. Die Kündigung ist unwirksam, wenn im Rahmen einer Interessenabwägung festgestellt wird, dass die sozialen Belange des Mitarbeiters auch unter Berücksichtigung der vom Unternehmen angeführten Gründe in treuwidriger Weise unberücksichtigt gelassen wurden. Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber einen 54-Jährigen mit einer Betriebszugehörigkeit von über 20 Jahren gekündigt, ohne sich darüber

Gedanken zu machen, dass die Kündigung auch einen 38-jährigen ledigen und kinderlosen Arbeitnehmer mit einer Betriebszugehörigkeit von nur sieben Jahren hätte treffen können.

### Wichtig

Das Hessische LAG geht von der Treuwidrigkeit einer Kündigung aus, wenn der sozial schutzbedürftigste Beschäftigte entlassen wird, obwohl der Arbeitgeber keine spezifischen eigenen Interessen, einen bestimmten Mitarbeiter zu kündigen, vorgetragen hat (Urt. v. 1.7.2014 – 15 Sa 1316/13). Der Treu-und-Glauben-Grundsatz führt also zur Notwendigkeit, die Kündigung des ausgewählten Arbeitnehmers zu rechtfertigen, wenn auch weniger strenge Maßstäbe als im Rahmen des § 1 KSchG angelegt werden.

## 7 Diskriminierende Kündigungen

Das im Jahr 2006 in Kraft getretene AGG regelt das Verhältnis zwischen Kündigungsschutz und Diskriminierungsrecht in § 2 Abs. 4: „Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.“

Damit wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass mit dem AGG kein zusätzlicher diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz etabliert wird. Inzwischen hat das BAG aber in mehreren Entscheidungen klargestellt, dass jede gegen das Diskriminierungsverbot des § 7 AGG verstoßende Kündigung unwirksam ist. In der Grundsatzentscheidung vom 6.11.2008 (2 AZR 523/07) entschied das BAG, dass eine diskriminierende Kündigung niemals sozial gerechtfertigt sein kann. Selbst wenn ein anerkannter Kündigungsgrund vorliegt, führt der Verstoß gegen § 7 AGG dazu, dass die Kündigung nach § 1 KSchG unwirksam ist. Außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes soll § 2 Abs. 4 AGG ohnehin keine Rolle spielen. Ordentliche Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben werden von den Erfurter Richtern unmittelbar am Maßstab des AGG gemessen (Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, AuA 10/14, S. 613). § 2 Abs. 4 AGG läuft also praktisch leer. Neben den Schutz des KSchG tritt ein eigenständiger diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz. Zwei Beispiele sollen dies verdeutlichen:

### Beispiel 1

Der Entscheidung des BAG vom 19.12.2013 (a. a. O.) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Arbeitgeber ist Produzent von Arzneimitteln zur Krebsbehandlung. Er stellte den Arbeitnehmer als Laborassistent zur Beschäftigung im Reinraumbereich ein. Nach Einstellung teilte der Beschäftigte mit, dass er HIV-infiziert sei. Das Unternehmen kündigte das Arbeitsverhältnis, da nach den Herstellerrichtlinien und dem EG-Leitfaden zur guten Herstellungspraxis eine Beschäftigung von Mitarbeitern mit HIV-Infektion unzulässig ist. Das BAG sah in dieser Kündigung eine Diskriminierung wegen einer Behinderung. Diese Benachteiligung war nicht nach § 8 AGG gerechtfertigt. Die Vorschrift erlaubt unterschiedliche Behandlungen wegen einer Behinderung, wenn damit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung verbunden ist. Dazu hätte der Arbeitgeber darlegen müssen, dass das Beschäftigungshindernis nicht durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen gewesen wäre.

### Beispiel 2

Ein anderer instruktiver Fall ist die Entscheidung des BAG vom 23.7.2015 (6 AZR 457/14, AuA 3/16, S. 184). Dort hatte der Arbeitgeber eines Kleinbetriebs eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen. Er hatte sich entschieden, das Arbeitsverhältnis einer Beschäftigten zu kündigen, die nach Ablauf des ALG-Bezugszeitraums abschlagsfrei Altersren-

te in Anspruch nehmen konnte. Dadurch konnte der Arbeitsplatz einer Arbeitnehmerin im Alter von 50 Jahren, die zwei minderjährigen Kindern unterhaltspflichtig war, erhalten werden.

Die Kündigung wäre nach den Grundsätzen der Sozialauswahl (§ 1 KSchG) nicht zu beanstanden. Trotzdem hält das BAG die Kündigung für unwirksam.

Aufgrund des im Kündigungsschreiben mitgeteilten Motivs der Rentennähe lag eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters vor. Das Unternehmen hatte zwar eine Reihe von Gründen vorgetragen, dass für die Entscheidung zur Kündigung dieser Mitarbeiterin andere betriebliche Gründe maßgeblich gewesen seien. Es konnte aber nicht beweisen, dass das Lebensalter für die Kündigungsentscheidung gar keine Rolle gespielt hatte. Auch einen Grund zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters hatte der Arbeitgeber nicht hinreichend dargelegt.

Diese Rechtsprechung kann auch erhebliche Auswirkungen auf verhaltensbedingte Kündigungen im Kleinbetrieb oder während der Wartezeit haben. Als Beispiel soll eine Entscheidung dienen, die eine erhebliche Aufmerksamkeit in der Presse erfahren hat. Das ArbG Mönchengladbach hatte mit Urteil vom 14.10.2015 (2 Ca 1765/15) eine verhaltensbedingte Kündigung für rechtmäßig erklärt. Ein Arbeitnehmer hatte sich geweigert, ein Dienstfahrzeug mit einem für sexistisch gehaltenen Aufdruck zu fahren. Auf dem Fahrzeug waren die unbedeckten Beine einer sich lasziv räkelnden Frau abgebildet. Trotz einer Abmahnung kam der Mitarbeiter der Beschäftigungsaufforderung nicht nach („Mit diesem Puffauto fahre ich nicht.“).

Der Betroffene war bekanntermaßen homosexuell. Er war zu diesem Zeitpunkt auch der erste Beschäftigte, der ein Fahrzeug mit dem sexistischen Aufdruck nutzen sollte. Darin kann man ohne Weiteres ein hinreichendes Indiz für eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität des Arbeitnehmers sehen. Den Gegenbeweis, dass die sexuelle Identität für die Entscheidung des Unternehmens keine Rolle gespielt hat, wird es nicht führen können. Man darf also gespannt sein, wie das LAG Düsseldorf den Fall in zweiter Instanz beurteilt (8 Sa 1381/15).

## 8 Zwischenfazit

Während der Wartezeit und im Kleinbetrieb gilt das KSchG nicht. Trotzdem gibt es eine Vielzahl von Vorschriften, die bei der Kündigung zu beachten sind.

Außerhalb des Kündigungsschutzes gibt es zunächst einen Minimalschutz, der durch die Regelungen zur Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB) gewährleistet wird. Daneben tritt mit dem AGG ein allgemeiner diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz.

### Wichtig

Kündigungen, die gegen ein Diskriminierungsverbot verstoßen, sind selbst dann unwirksam, wenn ein anerkannter Kündigungsgrund nach dem KSchG gegeben ist.

## 9 Das Problem Annahmeverzug

Kündigungen während der Wartezeit und im Kleinbetrieb sind also auch vom Risiko der Unwirksamkeit bedroht. Dieses hat eine für Arbeitgeber nur schwer kalkulierbare Seite, das sog. Annahmeverzugsrisiko. Während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens steht das Unternehmen auf dem Standpunkt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung beendet ist und beschäftigt den Arbeitnehmer nicht. Dieser wiederum ist der Auffassung, die Kündigung sei unwirksam und bietet deshalb seine Arbeitsleistung an. Wenn am Ende des Prozesses rechtskräftig entschieden ist,



dass die Kündigung unwirksam war, muss der Arbeitgeber nicht nur das Beschäftigungsverhältnis mit dem gekündigten Mitarbeiter fortsetzen. Er ist außerdem verpflichtet, die Vergütung für die komplette Prozessdauer nachzubezahlen, obwohl der Arbeitnehmer in dieser Zeit nicht für ihn tätig war (sog. Annahmeverzugslohn).

Da ein durch mehrere Instanzen geführter Arbeitsgerichtsprozess Jahre dauern kann, ist das wirtschaftliche Risiko exorbitant. Insbesondere kleinere Unternehmen können schon durch einen einzigen verlorenen Kündigungsschutzprozess in existentielle wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Das Annahmeverzugsrisiko ist auch einer der wichtigsten Gründe dafür, dass die meisten Kündigungsschutzprozesse in einem frühen Stadium durch einen Vergleich enden, in dem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart und der Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung verpflichtet wird.

## 10 Fazit

Solange Kündigungen während der Wartezeit oder im Kleinbetrieb ohne Rechtfertigung möglich sind und eine Unwirksamkeit der Kündigung nur in extremen Ausnahmefällen droht, gibt es für Unternehmen in einer solchen Situation nicht die Notwendigkeit, den rechtssicheren Weg über einen Abfindungsvergleich oder eine außergerichtliche Abfindungsvereinbarung zu wählen. Wenn sich aber – wie die neuere Rechtsprechung zeigt – die Wahrscheinlichkeit der Unwirksamkeit einer Kündigung erhöht, steigt auch der Anreiz für Arbeitnehmer, sich dagegen zur Wehr zu setzen. Arbeitgeber müssen also zukünftig häufiger mit Auseinandersetzungen über die Wirksamkeit von Wartezeitkündigungen oder Kündigungen im Kleinbetrieb rechnen.

### Checkliste

#### Praxistipps

- Für Kündigungen außerhalb des KSchG sollte man immer eine rationale, nachvollziehbare und vor allem diskriminierungsfreie Begründung haben.
- Die Kündigung sollte nur in den Fällen schriftlich begründet werden, in denen eine Begründung der Kündigung gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschrieben ist. Gesetzlich besteht nur bei Ausbildungsverhältnissen eine Begründungspflicht für die außerordentliche Kündigung (§ 22 Abs. 3 BBiG). Außerdem besteht in Betrieben mit einem Betriebsrat die Verpflichtung, dem Betriebsrat die wesentlichen Gründe für die Kündigung mitzuteilen (§ 102 BetrVG).
- Die beste Begründung für eine Kündigung während der Wartezeit ist, dass die Leistung des Mitarbeiters nicht überzeugt hat. Es genügt das subjektive Werturteil des Arbeitgebers, der Beschäftigte sei für die Position nicht hinreichend geeignet. Dieses Werturteil sollte ggf. durch Beispiele plausibilisierbar sein.
- Kündigungen im Kleinbetrieb sollten sich an den Kündigungsgründen des KSchG orientieren, auch wenn die dafür geltenden strengen Anforderungen nicht erfüllt werden müssen.
- Es sollte unbedingt vermieden werden, einen Bezug zwischen einem Diskriminierungsmerkmal nach § 1 AGG und dem Kündigungsgrund herzustellen. Etwas anderes gilt allenfalls für die Berücksichtigung des Lebensalters bei einer Kündigung aus betrieblichen Gründen. Hier kann sich der Arbeitgeber nach den zur Sozialauswahl entwickelten Grundsätzen richten.
- Es ist in jedem Fall empfehlenswert, eine Kündigung sorgfältig vorzubereiten und sich schon vor Ausspruch der Kündigung Klarheit darüber zu verschaffen, welche sachliche Begründung hierfür gegeben werden kann. Nur dann lässt sich im Vorfeld das Risiko einer Unwirksamkeit hinreichend zuverlässig beurteilen.

# Aktuelle Arbeitsrechts-Urteile von Experten kommentiert



App Store

Google play



Arbeitsrecht-kommentiert-App –  
Jetzt kostenlos downloaden und testen!

www.arbeit-und-arbeitsrecht.de/  
arbeitsrecht-kommentiert

Neue  
Inhalte