

# Arbeitsrecht

Holbeck / Schwindl

14. Auflage 2020  
ISBN 978-3-8006-6095-7  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Kläger in der mündlichen Verhandlung fragen, wie er seinen gestellten Antrag verstanden haben wolle. Diese Lösung war historisch betrachtet sicherlich ein Beitrag zum Rechtsfrieden, in methodischer Hinsicht bleibt sie aber unbefriedigend. Die Bedenken gegen die Rechtsprechung des BAG sollen hier im Rahmen dieses Buches jedoch nicht vertieft, vielmehr soll versucht werden, einen systematischen Leitfaden herauszuarbeiten.

Zunächst wird die Antragstellung »... darüber hinaus fortbesteht« bei der Klärung des *Streitgegenstands* relevant. Wie schon oben dargestellt, kann die Formulierung rein deklaratorisch sein oder einen eigenen prozessualen Antrag mit dem Streitgegenstand der Feststellung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bedeuten. Es ist ein eigener Antrag anzunehmen, wenn der Kläger seine Formulierung ausdrücklich als eigenen Antrag ausweist oder sich im Wege einer Auslegung ergibt, er habe einen solchen Antrag stellen wollen, etwa weil er konkret befürchtet, weitere Kündigungen zu erhalten. Diese Erklärung muss der Kläger innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG abgeben. Ist bis zu diesem Zeitpunkt nicht deutlich erkennbar, dass der AN einen zusätzlichen allgemeinen Feststellungsantrag stellen wollte, so kann er dies nicht mehr nachholen.<sup>236</sup> 227

Mit Urteil des BAG vom 7.12.1995<sup>237</sup> hat diese Rechtsprechung eine weitere Ergänzung gefunden. Für den Fall, dass der AN einen punktuellen Antrag mit einem allgemeinen Feststellungsantrag verbunden hat, gilt, falls tatsächlich eine weitere Kündigung während des Prozesses ausgesprochen wurde, folgende Besonderheit: Der AN muss die *zweite Kündigung ebenfalls mit einem punktuellen Antrag angreifen*. Dem AN stehen dann im Fall eines bereits erhobenen allgemeinen Feststellungsantrags zwei Wege offen: Er kann entweder unter Aufrechterhaltung des allgemeinen Feststellungsantrags einen zusätzlichen punktuellen Klageantrag nach § 4 KSchG stellen oder – wie im **Fall** – unter entsprechender Einschränkung des allgemeinen Feststellungsantrags iSv § 264 Nr. 2 ZPO einen dem Wortlaut des § 4 KSchG angepassten Antrag erheben, dh dem allgemeinen Feststellungsantrag die Formulierung des § 4 S. 1 KSchG geben und die weitere Kündigung konkret bezeichnen.<sup>238</sup> Dies kann auch ohne Weiteres nach Ablauf der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG erfolgen. Dadurch dass zunächst ein allgemeiner Feststellungsantrag gestellt wurde, ist auf jeden Fall die Frist gewahrt. Das BAG begründet die fristwahrende Wirkung mit einer entsprechenden Anwendung des § 6 KSchG. Der AG ist mit der Stellung des allgemeinen Feststellungsantrags hinreichend gewarnt, dass der AN sich gegen jegliche weitere Kündigung zur Wehr setzen will, sodass ein Beharren auf der Einhaltung der Frist für den weiteren punktuellen Antrag reine Förmerei wäre. Das Arbeitsgericht hat in diesem Fall nach § 139 ZPO auf eine entsprechende zusätzliche Antragstellung hinzuweisen. 228

*Streitgegenstand* im **Fall** ist also die Frage der Wirksamkeit der beiden Kündigungen (punktueller Klageanträge). Die *Klagefrist* ist auch für die 2. Kündigung gewahrt. Die Formulierung »... darüber hinaus fortbesteht« ist nicht als unselbstständiges Anhängsel zu werten, da der Kläger ihn ausdrücklich als eigenständigen Antrag ausgewiesen hat. Nachfolgende Kündigungen sind zwar auch in diesem Fall gem. § 4 KSchG immer punktuell anzugreifen, jedoch kann dies auch außerhalb der dreiwöchigen Klagefrist geschehen. Der allgemeine Feststellungsantrag hebt zwar nicht die *Klageerhebungspflicht* des § 4 KSchG, jedoch die dreiwöchige *Klagefrist* auf. Eine fristgerechte Klage gegen die Kündigung vom 5.4.2016 liegt daher vor. 229

In der **Abwandlung** stellte der Kläger keinen allgemeinen Feststellungsantrag, sondern nur einen punktuellen Kündigungsschutzantrag. Dennoch hat er die Klagefrist des § 4 KSchG für die weitere Kündigung in entsprechender Anwendung von § 6 KSchG gewahrt: Von einem Antrag nach § 4 KSchG (hier zur Kündigung vom 18.10.2019) ist regelmäßig auch das Begehren umfasst, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis bis zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt (hier Ablauf der Kündigungsfrist am 31.3.2020) noch bestanden hat. Daraus folgt, dass in einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG (*erweiterter punktueller* 230

236 BAG NZA 2015, 635 Rn. 20.

237 NZA 1996, 334.

238 BAG NZA 2014, 443 Rn. 32, 33.

*Streitgegenstand*) zugleich der *Angriff gegen solche Kündigungen liegt, die dem AN noch während des Laufs der von der ersten Kündigung ausgelösten Kündigungsfrist zugehen und innerhalb dieser Frist oder zeitgleich mit ihrem Ablauf Wirkung entfalten sollen*. Der AG muss in entsprechender Anwendung von § 6 KSchG davon ausgehen, der AN wende sich mit seiner Klage zugleich gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch mögliche andere Tatbestände bis zu dem in der angegriffenen Kündigung vorgesehenen Auflösungs-termin.<sup>239</sup>

- 231 Eine Kündigungsschutzklage wahrt daher die Klagefrist des § 4 KSchG für eine Folgekündigung, die vor dem oder bis zum Termin des Ablaufs der Kündigungsfrist der ersten Kündigung wirksam werden soll (hier Kündigung vom 3.1.2020), wenn der Kläger ihre *Unwirksamkeit noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz* explizit geltend gemacht und mit einem *Antrag nach § 4 KSchG angegriffen hat*.

## 2. Streitgegenstand des punktuellen Kündigungsschutzantrags

- 232 **Fall:** X kündigt das Arbeitsverhältnis des A am 3.2.2020 fristlos. A erhebt Kündigungsschutzklage und obsiegt vor dem Arbeitsgericht. X legt dagegen Berufung ein. In der Berufsungsverhandlung stellt sich die Sachlage aufgrund nachgeschobener Tatsachen ganz anders dar und X gewinnt den Prozess vor dem LAG. Das Urteil wird am 3.7.2020 rechtskräftig. Am 7.5.2020 hatte X wegen anderer Vorfälle das Arbeitsverhältnis nochmals fristlos gekündigt und A dagegen ebenfalls Kündigungsschutzklage erhoben. Wie entscheidet das Arbeitsgericht am 11.8.2020 über den punktuellen Kündigungsschutzantrag zur Kündigung vom 7.5.2020?
- 233 Das Arbeitsgericht kommt in diesem Fall bei Anwendung der Rechtsprechung des BAG<sup>240</sup> ohne jede Sachprüfung zum Ergebnis, dass der Kündigungsschutzantrag bzgl. der Kündigung vom 7.5.2020 unbegründet ist. Nachdem das LAG den Kündigungsschutzantrag rechtskräftig abgewiesen hat, ist klargestellt, dass das Arbeitsverhältnis am 3.2.2020 beendet wurde. Daher kann das Gericht nicht mehr zu einer Klagestattgabe dahingehend kommen, dass die Kündigung vom 7.5.2020 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat, da zu diesem Zeitpunkt ein auflösungsfähiges Arbeitsverhältnis nicht mehr vorlag. Eine Klagestattgabe würde nämlich indizieren, dass bei Zugang dieser Kündigung (hier 7.5.2020) noch ein Arbeitsverhältnis bestand.
- 234 Dieselben Prinzipien gelten auch, wenn zuerst über die zweite Kündigung rechtskräftig entschieden wurde. Kommt das Arbeitsgericht zu einer rechtskräftigen Klagestattgabe (= Kündigung unwirksam), dann kann es bzgl. der ersten Kündigung keine Klageabweisung mehr aussprechen, ohne sich in Widerspruch zur rechtskräftigen Entscheidung zu setzen.<sup>241</sup> Zum Streitgegenstand des punktuellen Kündigungsschutzantrags gehört nämlich nicht nur die Wirksamkeit einer speziellen Kündigung, sondern auch die Frage, ob im Zeitpunkt des *Zugangs der Kündigung bzw. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ein Arbeitsverhältnis bestand*. Auch diese Frage wird, da zum Streitgegenstand gehörig, vom Arbeitsgericht *rechtskräftig* festgestellt. Das Arbeitsgericht muss also ohne Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung der Klage stattgeben. Mit der Klagestattgabe bzgl. der zweiten Kündigung steht fest, dass im Zeitpunkt der zweiten Kündigung ein Arbeitsverhältnis bestand. Damit kann die erste Kündigung nicht wirksam gewesen sein.
- 235 Zur *Rechtskraftwirkung* gelten folgende Gesichtspunkte: Beim *punktuellen Streitgegenstand* wird rechtskräftig festgestellt, dass die speziell angegriffene Kündigung wirksam oder unwirksam war. Bei einem klagestattgebenden Urteil ist aber damit nichts darüber ausgesagt, ob das Arbeitsverhältnis nicht *nach dem Ablauf der Kündigungsfrist* durch andere Auflösungsstatbestände wie eine weitere Kündigung, Anfechtung oder einen Aufhebungsvertrag beendet wurde.

239 BAG NZA 2015, 635.

240 DB 2001, 280; NZA 2002, 87; 2006, 491; 2008, 112; 2011, 804.

241 BAG NZA 2013, 665; 2015, 1022; 2017, 55.

Die Festsetzung des Streitwerts bei Vorliegen mehrerer Kündigungen ist in der Rechtsprechung nicht völlig einheitlich. Häufig wird angenommen, dass bei mehreren Kündigungen, die in engem zeitlichen Zusammenhang stehen, aufgrund wirtschaftlicher Identität nur einmal der Streitwert nach § 42 II 1 GKG angesetzt wird.<sup>242</sup> Nach anderer Ansicht<sup>243</sup> wird dagegen grundsätzlich jede Kündigung mit dem Vierteljahresverdienst des § 42 II 1 GKG bewertet. Der Streitwertkatalog der LAG<sup>244</sup> sieht ausgehend vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens verschiedener Kündigungen einen vermittelnden Weg und eine zeitanteilige Berücksichtigung vor. Dem zusätzlich gestellten allgemeinen Feststellungsantrag wird kein eigener Streitwert zuerkannt.<sup>245</sup> 236

**Klausurhinweis:** Bei einer Klagehäufung von mehreren Kündigungsschutzanträgen ist immer chronologisch vorzugehen, dh immer die *früher wirkende* Kündigung zuerst zu prüfen, da jede Begründetheitsprüfung mit der Frage beginnt, ob bei Zugang der Kündigung bzw. mit Ablauf der Kündigungsfrist noch ein Arbeitsverhältnis bestand.<sup>246</sup> Dasselbe gilt, wenn vor der zu prüfenden Kündigung sonstige Beendigungstatbestände wie eine Anfechtung oder ein Aufhebungsvertrag vorlagen. 237

## XVI. Sonderkündigungsschutz

### 1. Schwangerschaft und Elternzeit

**Fall:** A ist seit 6 Jahren bei der Z-GmbH beschäftigt. Sie erhält am 7.5. eine Kündigung zum 30.6., die Z mit Rationalisierungsmaßnahmen begründet. Am 4.6. legt A bei Z ein Attest vor, wonach sie seit 8.3. schwanger ist. Nachdem A schon seit längerem im Ungewissen über eine eventuelle Schwangerschaft gewesen war, hatte sie erst beim Besuch ihres Frauenarztes am 22.5. definitive Gewissheit erhalten. 238

In § 17 I MuSchG hat der Gesetzgeber den Kündigungsschutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen dergestalt geregelt, dass jegliche Kündigung verboten ist, wenn die ANin 239

- bei Zugang der Kündigung schwanger war oder sich im Schutzzeitraum von 4 Monaten nach der Entbindung befindet und
- ihre Schwangerschaft oder Entbindung innerhalb von 2 Wochen ihrem AG mitgeteilt hat oder der AG positive Kenntnis hiervon hatte.

Das Kündigungsverbot besteht damit ab dem ersten Tag der Schwangerschaft bis 4 Monate nach der Entbindung.<sup>247</sup> Da der tatsächliche *Beginn der Schwangerschaft* normalerweise nicht exakt festgestellt werden kann, benötigt man eine Berechnungsmethode, um zu definieren, ob der Eintritt der Schwangerschaft juristisch betrachtet vor oder nach dem Zugang der Kündigung lag. Nach dem BAG<sup>248</sup> ist vom ärztlichen Attest auszugehen, und zwar mittels einer Rückrechnung vom im Attest genannten voraussichtlichen (nicht tatsächlichen) Tag der Niederkunft um 280 Tage ohne den Tag der Niederkunft selbst. 240

**Hinweis:** Da § 17 I MuSchG auf den Zugang der Kündigung abstellt, ist eine Kündigung wirksam, die vor Beginn der Schwangerschaft zugeht, auch wenn das Ende der Kündigungsfrist in die Schwangerschaft fällt. Andererseits ist eine Kündigung unwirksam, die während der Schwangerschaft oder der viermonatigen Schutzfrist zugeht, auch wenn die Kündigungsfrist erst nach deren Ende abläuft. 241

242 BAG EzA Nr. 34 zu § 12 ArbGG 1979 – Streitwert.

243 ZB LAG Hamburg NZA 1995, 495.

244 → 1. Kap. Rn. 48.

245 BAG ArbGG 1979 § 12 AP Nr. 8.

246 Vgl. BAG NZA 2009, 966.

247 Nicht bei Fehlgeburt oder Schwangerschaftsabbruch.

248 NZA 2015, 734.

- 242 Die *Mitteilung* von der Schwangerschaft an den AG muss bei dessen Unkenntnis nach § 17 I 1 MuSchG innerhalb von 2 Wochen nach Kündigungszugang erfolgen. Wird sie erst in der Klageschrift vorgenommen, so genügt zur Fristwahrung unter Anwendung von § 167 ZPO die fristgerechte Klageeinreichung.<sup>249</sup> Es gibt jedoch Fälle, in denen die Schwangere längere Zeit nichts von ihrem Zustand ahnt und die 2-Wochen-Frist längst abgelaufen ist, wenn sie von ihrer Schwangerschaft erfährt. Gem. § 17 I 2 MuSchG *schadet die Fristversäumung nicht*, wenn die schwangere ANin
- unverschuldet die Frist versäumt hat und
  - die Mitteilung an den AG unverzüglich nachholt.
- 243 Zu beachten ist, dass sich die ANin nur dann nicht auf diese Ausnahmeregelung berufen kann, wenn sie *grobes Verschulden* trifft.<sup>250</sup> Grobes Verschulden liegt jedoch nicht bereits dann vor, wenn bei der ANin eine bloße Schwangerschaftsvermutung besteht, sondern nur, wenn zwingende Anhaltspunkte vorliegen, die das Vorliegen einer Schwangerschaft als unabweisbar erscheinen lassen. Sie muss dann *unverzüglich*, dh ohne schuldhaftes Zögern iSv § 121 BGB, die Mitteilung nachholen. Dabei wird von der Rechtsprechung ein großzügiger Maßstab angelegt.
- 244 Im Fall konnte A ihre Schwangerschaft nicht und konnte so die Frist von 2 Wochen unverschuldet nicht einhalten. Die Nachholung der Mitteilung erfolgte jedoch nicht *unverzüglich* iSv § 121 BGB. Ab Kenntnis der Schwangerschaft (22.5.) war der Zeitraum bis zur Mitteilung (4.6.) zu lang. Die Kündigung war daher nicht nach § 17 I MuSchG iVm § 134 BGB unwirksam.
- 245 Jegliche Form einer Kündigung gegenüber einer schwangeren ANin (auch außerordentliche Kündigung und Änderungskündigung) ist nach § 17 I MuSchG verboten, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Um jedoch in gravierenden Fällen (zB Betriebsstilllegung, schwere Verfehlungen der ANin) die Kündigungsmöglichkeit nicht gänzlich zu blockieren, ist eine Kündigung nach § 17 II 1 MuSchG ausnahmsweise möglich, wenn die dort genannte Behörde<sup>251</sup> sie für zulässig erklärt hat. In welchen Fällen die Behörde zustimmen muss, bleibt im Hinblick auf die Klausur völlig ohne Belang. Entscheidend ist, dass eine Kündigung nur möglich ist, wenn die Zustimmung *vor* Ausspruch der Kündigung tatsächlich erfolgt ist. (Die Zustimmung der Behörde wirkt nicht zurück.) Weiterhin ist gem. § 17 II 2 MuSchG vorgeschrieben, dass die Kündigung in diesen Fällen *schriftlich unter Mitteilung der Kündigungsgründe* erfolgen muss. Es handelt sich hierbei um ein gesetzliches Formerfordernis iSv § 125 S. 1 BGB.
- 246 § 17 MuSchG schützt nach seinem ausdrücklichen Wortlaut die schwangere ANin nur vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes durch *Kündigung*. Dagegen ist eine Anfechtung des Arbeitsverhältnisses nicht ausgeschlossen.<sup>252</sup> Auch ein befristetes Arbeitsverhältnis endet trotz der Schwangerschaft vereinbarungsgemäß mit Ablauf der Befristungszeit (vorausgesetzt die Befristung war als solche zulässig). Selbstverständlich ist es der ANin auch unbenommen, ihr Arbeitsverhältnis selbst zu kündigen.
- 247 In nicht seltenen Fällen wird die schwangere ANin innerhalb der dreiwöchigen Klagfrist des § 4 KSchG noch nichts von ihrer Schwangerschaft wissen. Nach § 5 I 2 KSchG gibt es in diesen Fällen die Möglichkeit der nachträglichen Klagezulassung, wenn der Unkenntnis der Schwangerschaft kein Verschulden zugrunde lag.<sup>253</sup>

249 BAG NJW 2014, 2893.

250 BAG DB 2002, 2602.

251 In den meisten Bundesländern ist dies das Gewerbeaufsichtsamt.

252 Sofern ein Anfechtungsgrund vorliegt, der aber nicht in der Schwangerschaft selbst begründet liegt, → Rn. 5.

253 Zu beachten ist auch die Vorschrift des § 4 S. 4 KSchG → Rn. 35.

AN in *Elternzeit* haben ab dem Zeitpunkt der Beantragung, höchstens jedoch 8 bzw. 248  
14 Wochen vor deren Beginn, einen dem § 17 MuSchG ähnlichen Kündigungsschutz, § 18  
BEEG. Sie können jedoch gem. § 19 BEEG ihr Arbeitsverhältnis selber mit einer maximalen  
Frist von 3 Monaten zum Ende der Elternzeit kündigen.

## 2. Schwerbehinderte

### a) Ordentliche Kündigung

**Fall:** A ist vom Versorgungsamt seit 1.6.2004 als Schwerbehinderter mit einem Grad der 249  
Behinderung von 70 anerkannt und seit 1.1.2007 bei Arbeitgeber B angestellt. Am 17.7.2019  
spricht B eine schriftliche ordentliche Kündigung aus. A reicht am 31.7.2019 Kündigungsschutz-  
klage ein, die am 5.8.2019 zugestellt wird und begründet die Unwirksamkeit der Kündigung mit  
der Tatsache seiner Schwerbehinderteneigenschaft. Demzufolge hätte für seine Kündigung die  
Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt werden müssen. B entgegnet, die Schwerbehin-  
derteneigenschaft sei schon deshalb kein Hinderungsgrund für eine wirksame Kündigung, da A  
ihm diese vor Ausspruch der Kündigung nicht mitgeteilt habe und er deshalb auch keine  
Rücksicht darauf habe nehmen müssen.

Der zweite praktisch relevante besondere Kündigungsschutz betrifft schwerbehinderte 250  
AN. Gem. § 168 SGB IX iVm § 134 BGB ist eine Kündigung unwirksam, wenn nicht eine  
*vorherige Zustimmung* zur Kündigung durch das Integrationsamt stattgefunden hat (eine  
Ausnahme gilt für die Fälle des § 173 SGB IX, insbesondere bei einer Kündigung in den  
ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses, § 173 I Nr. 1 SGB IX). Gem. § 2 II SGB IX gilt  
als schwerbehinderter Mensch, wer einen *Grad der Behinderung von mindestens 50* hat oder  
wer nach § 2 III SGB IX vom Versorgungsamt einem schwerbehinderten Menschen *gleich-*  
*gestellt* wurde.

Nach der – schwer verständlichen – Formulierung des § 173 III SGB IX ist für den 251  
Schwerbehindertenkündigungsschutz das bloße Vorliegen der Schwerbehinderung allein  
nicht ausreichend. Er besteht nur, wenn im Kündigungszeitpunkt die Schwerbehinderten-  
eigenschaft auch *nachgewiesen*, dh offenkundig oder durch Vorliegen eines Anerkennungs-  
bescheides iSv § 152 SGB IX belegt ist. Die Bezugnahme in § 173 III SGB IX auf § 152 I 3  
SGB IX ist nur im Zusammenhang mit der dort normierten Verpflichtung der Versorgungs-  
verwaltung zu verstehen, über Schwerbehindertenanerkennungsanträge zügig, dh in der  
Regel innerhalb von 3 Wochen zu entscheiden, §§ 152 I 3, 14 II 2 und 3 bzw. § 17 I 1 und II  
1 SGB IX. Da eine schleppende Antragsbehandlung nicht zulasten des Antragstellers gehen  
soll, ist es – neben der objektiv im Kündigungszeitpunkt vorliegenden Schwerbehinderung –  
ausreichend, dass vom AN lediglich ein Anerkennungsantrag gestellt war, ohne dass bereits  
ein Anerkennungsbescheid vorzuliegen braucht, sofern die Antragstellung länger als 3 Wo-  
chen vor dem Kündigungsausspruch erfolgt ist.

Eine *Ausnahme* hiervon wird nur gemacht, wenn die Verwaltungsbehörde die 3-Wochen- 252  
Frist deswegen nicht einhalten konnte, weil der AN im Anerkennungsverfahren seiner Mit-  
wirkungspflicht nicht nachgekommen ist, etwa indem er notwendige Rückfragen nicht  
umgehend beantwortet hat.<sup>254</sup> Da einerseits der AG hierfür beweispflichtig ist, er aber  
andererseits das Verhalten des AN im Anerkennungsverfahren nicht kennt und auch die  
Behörde hierüber keine Auskunft geben darf, läuft diese Ausnahme in der Praxis weitgehend  
leer.

Die Kenntnis des AG von der Schwerbehinderteneigenschaft bleibt zwar grundsätzlich 253  
unerheblich, jedoch fordert die Rechtsprechung des BAG,<sup>255</sup> dass der AN seine anerkannte  
*Schwerbehinderteneigenschaft oder die Antragstellung auf Anerkennung dem AG innerhalb*  
*von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung mitteilt* (sofern die Schwerbehinderteneigen-  
schaft dem AG nicht ohnehin bekannt ist). Geschieht dies im Rahmen einer Kündigungs-

254 BAG NZA 2008, 302; 2008, 407.

255 NZA 2017, 304; 2011, 411.

schutzklage unter Berufung auf den Schwerbehindertenkündigungsschutz, so genügt eine fristgerechte Klageeinreichung.<sup>256</sup> Unterbleibt dies, so ist das Recht, sich auf den Schutz des § 168 SGB IX zu berufen, verwirkt. Der Grund für diese Mitteilungsobliegenheit liegt darin, dass der AG darauf vertrauen können soll, dass nach einem bestimmten Zeitpunkt die Wirksamkeit der Kündigung nicht mehr an einer ihm unbekanntem Schwerbehinderteneigenschaft scheitert. Ein Verwirkungstatbestand ist aber nicht gegeben, wenn die Schwerbehinderung offenkundig ist.<sup>257</sup>

- 254 Liegt die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen nach § 168 SGB IX vor, so ist der AG innerhalb des in § 171 III SGB IX vorgesehenen Zeitraums von einem Monat berechtigt, das Arbeitsverhältnis durch Ausspruch einer Kündigung zu beenden. Bei gleichbleibendem Kündigungssachverhalt können innerhalb des Zeitfensters auch wiederholt Kündigungen ausgesprochen werden, ohne dass es einer erneuten Zustimmung bedarf.<sup>258</sup>
- 255 Im Fall berief sich der AN in der Klageschrift auf seine Schwerbehinderteneigenschaft. Da die Zustellung der Klageschrift innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung an den AG erfolgte, wurde der Kündigungsschutz gewahrt. Die Kündigung ist damit wegen Verstoßes gegen § 168 SGB IX nach § 134 BGB unwirksam. Will B an seiner Kündigungsabsicht festhalten, so muss er eine zweite Kündigung (diesmal mit Einschaltung des Integrationsamtes) in die Wege leiten. Er muss dann noch beachten, dass ihm nach Zustellung der Zustimmung des Integrationsamtes gem. § 171 III SGB IX nur ein Monat Zeit bleibt, um die Kündigung auszusprechen. Die *Mindestkündigungsfrist* beträgt 4 Wochen, § 169 SGB IX. Inwieweit das Integrationsamt der geplanten Kündigung zustimmen muss bzw. soll, ist in §§ 172, 171 V SGB IX näher geregelt.
- 256 **Hinweis:** Gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung sind Widerspruch und Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht möglich, diese haben aber *keine aufschiebende Wirkung*, § 171 IV SGB IX. Auch der AG kann bei verweigerter Zustimmung eine Verpflichtungsklage erheben, ist aber gehindert, bis zur Klagestattgabe eine Kündigung auszusprechen.
- 257 Bei der Prüfung der Frist des § 4 KSchG ist zu beachten, wann dem AN die Zustimmung des Integrationsamtes mitgeteilt worden ist. Denn erst ab diesem Zeitpunkt beginnt gem. § 4 S. 4 KSchG die Klagefrist zu laufen. Auch wenn die Zustimmung des Integrationsamtes überhaupt nicht beantragt war, läuft eine Klagefrist nicht an. § 4 S. 4 KSchG kommt aber nicht zur Anwendung, wenn dem AG die *Schwerbehinderung oder Antragstellung nicht bekannt* war und er eine Zustimmung folglich auch nicht beantragt hat.<sup>259</sup>

#### b) Außerordentliche Kündigung

- 258 **Fall:** Der schwerbehinderte Franz, welcher seit 3 Jahren bei M angestellt ist, erhielt am 29.7.2020 eine außerordentliche Kündigung wegen Unterschlagung von Arbeitgebergeldern iHv 10.000 EUR. M, der am 3.7.2020 von der Unterschlagung erfahren hatte, hatte am 8.7.2020 einen Antrag beim Integrationsamt auf Zustimmung zur Kündigung gestellt (Eingang des Antrags beim Integrationsamt am selben Tag). Einen behördlichen Bescheid hatte M bis zum Ausspruch der Kündigung nicht erhalten.
- 259 Gemäß § 174 I SGB IX ist auch für die außerordentliche Kündigung die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes nach § 168 SGB IX nötig. In § 174 II bis V SGB IX sind allerdings einige Sonderregelungen vorgesehen. Da bei einem außerordentlichen Kündigungsgrund besondere Eilbedürftigkeit besteht (der AN soll möglichst schnell wissen, ob ihm gegenüber eine Kündigung ausgesprochen wird), ordnet § 174 III SGB IX an, dass das

256 BAG NZA 2011, 411; NJW 2014, 2893.

257 BAG NZA-RR 2011, 516.

258 BAG NZA 2008, 471.

259 BAG NZA 2008, 1055. → Rn. 35.

Integrationsamt innerhalb von 2 Wochen über den Antrag des AG auf Zustimmung entscheiden muss. Trifft die Behörde bis dahin keine Entscheidung, dann gilt gem. § 174 III 2 SGB IX die *Zustimmung kraft Gesetzes* als erteilt (Zustimmungsfiktion). Im Fall war also mit Ablauf des 22.7.2020 die Zustimmung zur Kündigung erfolgt (§§ 187 I, 188 II Alt. 1 BGB).

Sollte sich der AN auch auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Fehlens eines *wichtigen Grundes* nach § 626 BGB berufen, so sind dessen Voraussetzungen zu prüfen. Insbesondere die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 II BGB ist dabei problematisch. Sie kann bei Durchführung des Zustimmungsverfahrens nur in seltenen Fällen eingehalten werden. Diesen Konflikt löst § 174 V SGB IX dahingehend, dass die Versäumung der Frist des § 626 II BGB unschädlich bleibt, wenn die Kündigung *unverzüglich* nach Zustimmung des Integrationsamtes erfolgt. Der AG muss also ohne schuldhaftes Zögern iSd § 121 BGB für den Zugang der Kündigung sorgen. Zu beachten ist, dass mit dem Begriff »Erteilung der Zustimmung« auch die Zustimmung durch Fiktion nach § 174 III 2 SGB IX gemeint ist.<sup>260</sup> Nachdem im Fall die Zustimmung bereits mit Ablauf des 22.7.2020 erfolgt war, ist die Kündigung am 29.7.2020 unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, die einen strengen Maßstab an die Unverzüglichkeit legt, zu spät erfolgt. Im Normalfall muss am nächsten, spätestens am übernächsten Tag nach der Zustimmung oder Zustimmungsfiktion des § 174 III SGB IX die Kündigung auf den Weg gebracht werden. Damit ist die Kündigung unwirksam.

Eine weitere Schwierigkeit liegt in der Tatsache, dass § 174 III SGB IX davon spricht, dass eine Kündigung nach dem »Treffen der Entscheidung« durch das Integrationsamt möglich ist. Nach der Auslegung dieses Begriffs durch die Rechtsprechung des BAG<sup>261</sup> ist damit nicht die Zustellung des Verwaltungsakts an den AG gemeint, sondern der *Abschluss der Entscheidungsfindung* durch die Behörde. Das bedeutet, dass der AG bereits nach einer mündlichen oder telefonischen Zustimmung eine Kündigung aussprechen kann.<sup>262</sup> Ansonsten ist die Entscheidung »getroffen«, wenn das Schreiben der Behörde fristgerecht zur Post gegeben wird. Da § 174 V SGB IX Unverzüglichkeit nach der Entscheidung des Integrationsamtes anordnet, darf der AG nicht nach Ablauf der 2 Wochen nach Antragstellung noch einige Tage auf ein eventuelles Schreiben des Integrationsamtes warten, sondern muss nach Eintreten der Zustimmungsfiktion tunlichst sofort für den Zugang der Kündigung sorgen, um nicht wie im oben beschriebenen Fall eine Überraschung zu erleben. Im konkreten Fall wird dabei dem AG nichts anderes übrigbleiben, als am Ende der Zustimmungsfrist beim Integrationsamt telefonisch zu klären, ob eine tatsächliche Zustimmung bereits erfolgt ist oder ob wegen Untätigbleibens des Integrationsamtes eine Zustimmung gem. § 174 III 2 SGB IX als erteilt gilt.

**Hinweis:** Wie bei der ordentlichen Kündigung kann sich der AN nur dann auf § 168 SGB IX berufen, wenn die Voraussetzungen des § 173 III SGB IX vorliegen und bei Unkenntnis des AG von der Schwerbehinderteneigenschaft der AN ihm diese innerhalb von 3 Wochen mitgeteilt hat.

### 3. Betriebsräte

Die ordentliche Kündigung von Betriebsräten ist nach § 15 KSchG in dem dort genannten zeitlichen Rahmen unzulässig (Ausnahme: Betriebsstilllegung, § 15 IV KSchG). Bei einer zulässigen außerordentlichen Kündigung ist zu beachten, dass sie gem. § 103 I BetrVG nur mit – vorheriger – *Zustimmung* des Betriebsrats möglich ist. Das Verfahren nach § 103 I BetrVG ist rechtlich ein um das Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung des Betriebsrats

<sup>260</sup> Auch die Zustimmung (rechtskräftiges Urteil) des Verwaltungsgerichts nach einer Verpflichtungsklage des AG!

<sup>261</sup> BAG NZA 2013, 507; 2005, 1173; 2007, 1153.

<sup>262</sup> Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung, wo stets die Zustellung des schriftlichen Bescheids erforderlich ist, § 171 II SGB IX.

erweitertes Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, muss der AG innerhalb der Frist des § 626 II BGB deren Ersetzung beim Arbeitsgericht beantragen, § 103 II BetrVG.<sup>263</sup> Da hierdurch zwangsläufig die Frist des § 626 II BGB für die Erklärung der Kündigung versäumt wird, gilt § 91 V SGB IX analog, dh, der AG muss unverzüglich nach Rechtskraft der Zustimmungsersetzung kündigen. Nach Ablauf des Betriebsratsmandats genießen Betriebsräte für ein Jahr nachwirkenden Bestandsschutz. Während dieser Zeit ist gleichfalls nur eine außerordentliche Kündigung möglich, jedoch bedarf es keiner Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG mehr.

#### 4. Wehrpflichtige

- 264 AN, die ihren Grundwehrdienst oder eine Wehrübung ableisten, können in dem in § 2 I ArbPISchG genannten Zeitraum nicht ordentlich gekündigt werden. Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung bleibt gem. § 2 III ArbPISchG unberührt. Im Übrigen darf unabhängig von dem Schutzzeitraum des § 2 I ArbPISchG auch nicht aus Anlass des Wehrdienstes gekündigt werden, § 2 II ArbPISchG.

#### 5. Beendigung von Ausbildungsverhältnissen

##### a) Ablauf der Ausbildungszeit

- 265 Der Normalfall der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ist nach § 21 I BBiG der Ablauf der Ausbildungszeit. Für den Fall, dass der Azubi die Abschlussprüfung schon vorher besteht, ordnet § 21 II BBiG das Ende des Ausbildungsverhältnisses mit dem Bestehen der Prüfung an. Bei Nichtbestehen der Abschlussprüfung verlängert sich das Ausbildungsverhältnis nach § 21 III BBiG bis zum nächsten Prüfungs- oder auch zweiten Wiederholungstermin, längstens für ein Jahr, jedoch nur auf Verlangen des Azubi.

##### b) Kündigung

- 266 Bei der Kündigung des Ausbildungsverhältnisses existieren zwei Varianten:  
*Während der Probezeit* (§ 20 BBiG) ist die Kündigung gem. § 22 I BBiG jederzeit ohne Einhalten einer Kündigungsfrist möglich. Dies stellt die einfachste aller Kündigungsmöglichkeiten dar, da die Kündigung weder einen Kündigungsgrund braucht noch irgendwelche Fristen beachtet werden müssen (sog. entfristete ordentliche Kündigung). *Nach der Probezeit* allerdings bedarf es nach § 22 II Nr. 1 BBiG des Vorliegens eines wichtigen Grundes iSd § 626 I BGB bzw. ist eine ordentliche Kündigung nach § 22 II Nr. 2 BBiG mit einer Kündigungsfrist von 4 Wochen nur bei Aufgabe oder Wechsel der Berufsausbildung möglich.
- 267 Die Kündigung muss *schriftlich* und nach der Probezeit unter – genauer – *Angabe der Kündigungsgründe* erfolgen, § 22 III BBiG.<sup>264</sup> Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB wird hier durch die speziellere Regelung des § 22 IV BBiG ersetzt.
- 268 Für alle in § 22 BBiG nicht geregelten Kündigungsfragen (zB Kündigung von schwangeren oder schwerbehinderten Azubis) ergibt sich die Lösung aus § 10 II BBiG. Diese Vorschrift bestimmt die Anwendbarkeit der für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze, soweit keine Regelung im BBiG existiert und sich aus Wesen und Zweck des Berufsbildungsverhältnisses nichts anderes ergibt. Das allgemeine Arbeitsrecht ist damit im Ergebnis weitgehend auch auf den Ausbildungsvertrag anwendbar.

##### c) Prozessuale Besonderheiten

- 269 Bei Klagen eines Azubi ist die etwas versteckt gelegene Vorschrift des § 111 II ArbGG zu berücksichtigen.<sup>265</sup> Demzufolge können nach § 111 II 1 ArbGG zur Beilegung von Streitig-

263 Auch in diesem Fall kann eine Kündigung erst dann wirksam ausgesprochen werden, wenn der gerichtliche Ersetzungsbeschluss *rechtskräftig* geworden ist, BAG DB 1998, 2124.

264 Ein Verstoß dagegen führt gem. §§ 125 S. 1, 126 BGB zur Nichtigkeit der Kündigung.

265 → 1. Kap. Rn. 31.