

Schriftenreihe RdW 145

Die Kündigung im Arbeitsrecht

von
Karin Kramer

12., überarbeitete Auflage

Boorberg Stuttgart 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 415 05401 1

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

2. Kündigungsfristen

Wird ein Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet, müssen beide Seiten Kündigungsfristen einhalten. Die gesetzlichen Kündigungsfristen sind seit 1993 für Arbeiter und Angestellte einheitlich in § 622 BGB geregelt.

2.1 Gesetzliche Kündigungsfristen

2.1.1 Grundkündigungsfristen

Gemäß § 622 Abs. 1 BGB beträgt die Kündigungsfrist **vier Wochen** zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats.

▷ Berechnung der Kündigungsfrist

Die Kündigungsfrist beginnt mit dem Zugang der Kündigung (vgl. Kap. 1.2.3).

Für die Berechnung der Kündigungsfristen gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 186 ff. BGB. Der Tag, an dem die Kündigung zugeht, ist in die Frist nicht einzuberechnen.

Beispiel: Einem Arbeitnehmer soll zum 30. 6. gekündigt werden. In diesem Fall muss die Kündigung dem Empfänger spätestens am 2. 6. zugehen, da bei Zugang der Kündigung am 3. 6. die volle Vierwochenfrist nicht mehr gewahrt wäre.

Nach den allgemeinen Regeln über die Fristberechnung kann eine Willenserklärung auch noch am nächsten Werktag abgegeben werden, wenn die Frist zur Abgabe der Willenserklärung an einem **Sonntag**, einem am Erklärungsort staatlich anerkannten **Feiertag** oder an einem **Sonnabend** (= Samstag) abläuft. Das Bundesarbeitsgericht¹ und der Bundesgerichtshof² haben entschieden, dass – abweichend von dieser Regel – im Fall der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses die Kündigungserklärung spätestens am letzten Tag der Frist ausgesprochen und dem Arbeitnehmer zugegangen sein muss, auch wenn dies ein arbeitsfreier Sonnabend, Sonntag oder Feiertag ist. Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass das Interesse an der Einhaltung der Kündigungsfrist gegenüber der Arbeitsruhe am Wochenende vorrangig ist.

1 BAG, Urt. v. 5. 3. 1970 – 2 AZR 112/69

2 BGH, Urt. v. 28. 9. 1972 – VII ZR 186/71

Dem Kündigenden ist es unbenommen, mit einer **längeren Frist** als der gesetzlich vorgesehenen zu kündigen.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer mit vierwöchiger Kündigungsfrist erklärt dem Arbeitgeber schon Anfang des Jahres, dass er zum Ende des ersten Quartals ausscheiden wolle.

Hierin ist aber im Zweifel ein Verzicht auf eine ordentliche Kündigung zu einem früheren Termin zu sehen. Unberührt davon bleibt das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund.

2.1.2 Verlängerte Kündigungsfristen

§ 622 Abs. 2 BGB regelt für alle Arbeitnehmer einheitlich die **vom Arbeitgeber einzuhaltenden** Kündigungsfristen länger beschäftigter Arbeitnehmer. Ist nichts anderes vereinbart, gelten die längeren Fristen nur für die Kündigung durch den Arbeitgeber. Sollen auch für die Kündigung durch den **Arbeitnehmer** die verlängerten Kündigungsfristen nach längerer Betriebszugehörigkeit gelten, so kann und muss dies vereinbart werden. Für den Arbeitnehmer dürfen aber keine längeren Fristen vereinbart werden, als sie für den Arbeitgeber gelten (§ 622 Abs. 6 BGB).

Beginnend nach zweijähriger Betriebs- oder Unternehmenszugehörigkeit verlängert sich die Kündigungsfrist in sieben Stufen und erreicht nach zwanzig Jahren die Höchstdauer von sieben Monaten zum Monatsende.

Die Regelung in § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, nach der bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres liegen, nicht berücksichtigt werden, wird nicht mehr angewendet³, da sie nach einer Entscheidung des EuGH⁴ gegen europäisches Recht verstößt. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden daher alle Zeiten der vorangegangenen Beschäftigung berücksichtigt, auch Zeiten eines Ausbildungsverhältnisses⁵.

Im Einzelnen beträgt die Kündigungsfrist nach einer Beschäftigungsdauer von

zwei Jahren	einen Monat zum Monatsende
fünf Jahren	zwei Monate zum Monatsende
acht Jahren	drei Monate zum Monatsende
zehn Jahren	vier Monate zum Monatsende

3 BAG, Urt. v. 9. 9. 2010 – 2 AZR 714/08 – RdW 210/2011, EBE/BAG 2011, 44

4 EuGH, Urt. v. 19. 1. 2010 – C-555/07 – RdW 92/2010

5 BAG, Urt. v. 9. 9. 2010 – 2 AZR 714/08 – RdW 210/2011, EBE/BAG 2011, 44

zwölf Jahren	fünf Monate zum Monatsende
fünfzehn Jahren	sechs Monate zum Monatsende und
zwanzig Jahren	sieben Monate zum Monatsende.

Fehlzeiten während der Beschäftigungsdauer sind unschädlich. Die längeren Kündigungsfristen kommen aber nur zur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die für eine Verlängerung vorgesehene Zeit bestanden hat. Nicht ausreichend ist es also, wenn das Arbeitsverhältnis erst während der laufenden Kündigungsfrist zwei Jahre lang besteht.

Die Berechnung der Beschäftigungsdauer erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 187 ff. BGB. Die Frist beginnt grundsätzlich gem. § 187 Abs. 2 BGB mit dem ersten Arbeitstag. Auch wenn der schriftliche Vertrag erst im Laufe des ersten Arbeitstages abgeschlossen wird, wird dieser Tag in den Lauf der Frist voll einbezogen, sofern vorab mündlich die Arbeitsaufnahme für diesen Tag vereinbart wurde⁶.

Die nach § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB für eine Verlängerung der Kündigungsfrist vorgesehene Beschäftigungsdauer von zwei Jahren beginnt daher am ersten Arbeitstag und endet gem. § 188 Abs. 2, 2. Halbsatz BGB mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tag vorausgeht, der durch seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer, der am 3. 4. 2002 seinen ersten Arbeitstag hat, vollendet mit Ablauf des 2. 4. 2004 die Beschäftigungszeit von zwei Jahren. Eine Kündigung, die ihm am 3. 4. 2004 zugeht, fällt unter die verlängerte Kündigungsfrist. Die gleichen Grundsätze gelten für die Berechnung der Beschäftigungsdauer bei einer Probezeit (Kap. 2.2.1) und der Wartezeit nach § 1 KSchG (Kap. 5.2.1).

2.1.3 Kündigungsfristen im Insolvenzverfahren

Im Insolvenzfall haben sowohl der Insolvenzverwalter als auch der Arbeitnehmer ein Sonderkündigungsrecht. Sie brauchen weder auf eine vereinbarte Vertragsdauer noch auf einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung Rücksicht zu nehmen. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist (§ 113 InsO).

⁶ BAG, Urt. v. 27. 6. 2002 – 2 AZR 382/01 – RdW 163/2003, EBE/BAG 2003, 29

2.2 Einzelvertragliche Kündigungsfristen

Die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 Abs. 1 und 2 BGB sind grundsätzlich nicht abdingbare Mindestkündigungsfristen. Das heißt, es ist nicht zulässig, einzelvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung die Kündigungsfrist abzukürzen oder andere Beendigungstermine zu vereinbaren.

Die **Ausnahmen** werden im Folgenden dargestellt:

2.2.1 Probearbeitsverhältnis

Ist eine Probezeit vereinbart, gilt gemäß § 622 Abs. 3 BGB während ihrer Dauer automatisch eine **Kündigungsfrist von zwei Wochen**. Ein Kündigungstermin ist nicht einzuhalten⁷. Eine längere Kündigungsfrist kann vereinbart werden. Die Vereinbarung einer kürzeren Frist ist gemäß § 622 Abs. 5 BGB unwirksam.

Diese Regelung gilt allerdings gemäß § 622 Abs. 3 BGB nur in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses. Wird ausnahmsweise eine längere Probezeit vereinbart, so gilt nach Ablauf von sechs Monaten die gesetzliche Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB. Auch gelten nach Ablauf von sechs Monaten die Beschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes (vgl. Kap. 5.2.1), selbst wenn die Probezeit noch andauert. In Tarifverträgen wird häufig vorgeschrieben, dass die Probezeit eine Höchstdauer, oft sechs oder drei Monate, nicht überschreiten darf.

Entscheidend für die Frage, welche Kündigungsfrist anzuwenden ist, ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung. Die verkürzte Kündigungsfrist gilt, wenn die Kündigung bis zum Ablauf des letzten Tages der vereinbarten Probezeit zugeht, selbst wenn die Kündigungsfrist erst nach Beendigung der Probezeit abläuft. Bei der Berechnung der Dauer der Probezeit wird der erste Arbeitstag grundsätzlich voll einbezogen, unabhängig davon, wann der Vertrag schriftlich abgeschlossen wird.

Wird ausdrücklich vereinbart, auf eine Probezeit zu verzichten, kann hierin ein Verzicht auf die Wartezeit des § 1 KSchG liegen⁸, selbst wenn im Betrieb grundsätzlich das KSchG gilt.

Achtung Arbeitgeber:

Dies kann bedeuten, dass ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses und nicht erst nach Ablauf von sechs Monaten eine Kündigung nur ausgesprochen werden darf, wenn sie sozial gerechtfertigt ist (§ 1 KSchG, vgl. Kap. 5).

⁷ BAG, Urt. v. 13. 12. 2007 – 6 AZR 145/07 – NZA, 2008, 403

⁸ LAG Köln, Urt. v. 15. 12. 2006 – 9 Ta 467/06

Auch während der Probezeit muss vor einer Kündigung der Betriebsrat angehört werden (vgl. Kapitel 6).

▷ Probearbeitsverhältnis als befristeter Vertrag

Möglich ist es auch, für die Dauer der beabsichtigten Probezeit einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit Ablauf der vereinbarten Zeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Wünschen beide Vertragspartner ein Dauerarbeitsverhältnis, muss ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen werden.

Soll ein befristetes Probearbeitsverhältnis während seiner Dauer gekündigt werden können, so kann und muss dies vereinbart werden. Ohne Vereinbarung ist eine ordentliche Kündigung für die Dauer der Probezeit ausgeschlossen. Wird keine längere Frist vereinbart, gilt die Zweiwochenfrist des § 622 Abs. 3 BGB.

Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund besteht immer.

Wird ein Probearbeitsverhältnis mit einer Arbeitnehmerin als befristeter Vertrag abgeschlossen, so endet das Arbeitsverhältnis auch im Falle einer während der Probezeit eingetretenen Schwangerschaft, es sei denn, der Arbeitgeber beruft sich nur wegen der Schwangerschaft – nicht auch aus sachlich gerechtfertigten sonstigen Gründen – auf den Ablauf der Probezeit.

2.2.2 Aushilfsarbeitsverhältnis

§ 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB erlaubt es, bei vorübergehenden Aushilfsarbeitsverhältnissen **kürzere** als die gesetzlichen Kündigungsfristen zu vereinbaren. Dabei ist jede Frist zulässig, im Extremfall also auch eine jederzeitige Kündigung **ohne Frist**. Diese Regelung gilt allerdings nicht mehr, wenn das Arbeitsverhältnis über eine Zeit von **drei Monaten** hinaus fortgesetzt wird.

Die zulässigerweise in einem Aushilfsarbeitsverhältnis vereinbarte abgekürzte Kündigungsfrist kann bis zum Ablauf von drei Monaten ausgenutzt werden, selbst wenn das Ende der Kündigungsfrist erst nach diesem Zeitpunkt liegen sollte. Entscheidend ist der Zugang der Kündigungserklärung.

Zu beachten ist aber auch hier § 622 Abs. 5 Nr. 1 BGB, wonach für die Kündigung durch den Arbeitnehmer keine längere Frist vereinbart werden darf als für die Kündigung durch den Arbeitgeber.

2.2.3 Kleinbetrieb

Kleinunternehmern wird durch § 622 Abs. 5 Nr. 2 BGB ermöglicht, von der Vorschrift, dass die Kündigung nur zum 15. oder zum Ende des Kalendermonats erfolgen kann, abzuweichen. Sie dürfen **einzelvertraglich** vereinbaren, dass die Kündigung mit einer Frist von – mindestens – **vier Wochen** erfolgen kann, **ohne dass bestimmte Beendigungstermine** einzuhalten sind. Zulässig ist auch die Vereinbarung anderer als der gesetzlich vorgesehenen Beendigungstermine, wenn nur die Mindestkündigungsfrist von vier Wochen eingehalten wird.

Voraussetzung ist, dass das Unternehmen – nicht nur der Betrieb! – in der Regel nicht mehr als **zwanzig Arbeitnehmer** ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt. Dabei werden Teilzeitarbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und mit nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 berücksichtigt.

2.2.4 Einzelvertragliche Bezugnahme tariflicher Kündigungsfristen

Gemäß § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB können Vertragsparteien, die nicht tarifgebunden sind, im Geltungsbereich des für sie einschlägigen Tarifvertrages durch Einzelvertrag vereinbaren, dass die tariflichen Bestimmungen zwischen ihnen gelten sollen.

Es ist also möglich, durch einzelvertragliche Vereinbarung den gesamten Manteltarifvertrag oder nur die Kündigungsregelung des Tarifvertrages zur Vertragsgrundlage zu machen. Nicht zulässig ist es, nur einzelne tarifvertragliche Kündigungsregelungen zu übernehmen.

2.2.5 Verlängerung der Kündigungsfrist

Die Kündigungsfristen können **vertraglich** verlängert werden (§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB). Es ist auch zulässig, eine Verlängerung der Kündigungsfrist durch Vereinbarung von weniger Beendigungsterminen zu vereinbaren.

Sieht eine vertragliche Regelung vor, dass eine kürzere Kündigungsfrist mit einem späteren als gesetzlich vorgesehenen Beendigungstermin kombiniert wird, wird im Gesamtvergleich geprüft, ob die Regelung zulässig ist.

Beispiel: Der Vertrag sieht eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende, § 622 BGB sieben Monate zum Monatsende vor. Da die Kündigungsfrist kürzer als gesetzlich vorgeschrieben ist, ist die Regelung insgesamt unwirksam. Es gilt die gesetzliche Regelung von sieben Monaten zum Monatsende⁹.

⁹ BAG, Urt. v. 4. 7. 2001 – 2 AZR 469/00 – RdW 53/2002, EBE/BAG 2001, 178

Es ist auch zulässig, zu vereinbaren, dass die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB auch für Kündigungen durch den Arbeitnehmer gelten sollen.

Nicht zulässig ist es gemäß § 622 Abs. 6 BGB, für Kündigungen durch den Arbeitnehmer eine längere Kündigungsfrist zu vereinbaren als für Kündigungen durch den Arbeitgeber. Es ist auch verboten, für arbeitnehmerseitige Kündigungen weniger Kündigungstermine als für arbeitgeberseitige Kündigungen zu vereinbaren. Zulässig ist es aber, für Kündigungen durch den Arbeitgeber eine längere Kündigungsfrist und/oder weniger Kündigungstermine als für Kündigungen durch den Arbeitnehmer zu vereinbaren.

2.2.6 Rechtsfolgen unzulässiger Regelungen

Werden unzulässig kurze Kündigungsfristen oder unzulässig viele Kündigungstermine vereinbart, so sind diese Vereinbarungen unwirksam und an ihre Stelle tritt die **gesetzliche Regelung**. Im Fall einer Kündigung gilt dann **der nächste gesetzliche Kündigungstermin**, berechnet ab Zugang der Kündigungserklärung.

Dies gilt auch bei Vereinbarung einer Probezeit mit zu kurzen Kündigungsfristen. Es gilt dann die Zweiwochenfrist des § 622 Abs. 3 BGB.

Ist im Arbeitsvertrag entgegen § 622 Abs. 6 BGB für die Kündigung durch den Arbeitnehmer eine längere Frist als für die Kündigung durch den Arbeitgeber vereinbart, muss auch der Arbeitgeber die für den Arbeitnehmer vereinbarte (längere) Kündigungsfrist einhalten¹⁰. Gleiches gilt wohl, wenn für den Arbeitnehmer weniger Kündigungstermine vereinbart wurden.

2.3 Tarifvertragliche Kündigungsfristen

§ 622 Abs. 4 Satz 1 BGB lässt abweichende Regelungen durch Tarifvertrag zu.

Für tarifgebundene Arbeitsverhältnisse, also z. B. wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer Mitglieder der Tarifparteien sind, gilt der Tarifvertrag, also auch die tarifliche Kündigungsregelung, automatisch. Abweichende Regelungen sind nur zulässig, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger als die tariflichen Regelungen sind.

Nach der Rechtsprechung sollen selbst tarifliche Regelungen, die zwischen Arbeitern und Angestellten differenzieren, weiterhin zulässig sein, wenn ein

¹⁰ BAG, Urt. v. 2. 6. 2005 – 2 AZR 296/04 – EBE/BAG 2005, 146

sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Ob dies der Fall ist, wird ggf. durch die Gerichte entschieden.

Es empfiehlt sich, vor der Verwendung solcher Tarifverträge bei dem zuständigen Verband nachzufragen, ob eine höchstrichterliche Entscheidung bereits vorliegt.

2.4 Altverträge

Im Einzelfall kann die Frage schwierig sein, welche Kündigungsfrist bei sog. „Altverträgen“ gilt, die vor dem 15. 10. 1993 abgeschlossen wurden. Drei gängige Formulierungen in diesen Verträgen sind:

- „Es gelten die gesetzlichen Vorschriften“ (1),
- „Es gilt die gesetzliche Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende“ (2) oder
- „Die Kündigungsfrist beträgt sechs Wochen zum Quartalsende“ (3).

Letztendlich soll die Frage, ob die alten Kündigungsfristen oder das neue Kündigungsfristengesetz anzuwenden ist, danach entschieden werden, was die Vertragsparteien gewollt haben, also durch Auslegung. Dies kann bei jedem einzelnen Vertrag zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Als Auslegungshilfe kann von folgender Formel ausgegangen werden:

Wird lediglich auf die gesetzliche Vorschrift verwiesen (1), so gilt die gesetzliche Regelung in der im Zeitpunkt der Kündigung geltenden Fassung.

Wird die Frist genannt, also Formulierung (2) oder (3) verwendet, so soll die im Vertrag genannte Frist gelten, also nicht die neue gesetzliche Regelung angewendet werden.

2.5 Kündigung vor Dienstantritt

Wenn nichts anderes vereinbart ist oder aus den Umständen geschlossen werden kann, ist es **zulässig**, nach Abschluss des Arbeitsvertrages, aber vor dem Tag der vertragsgemäßen Arbeitsaufnahme zu kündigen. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Kündigungsfrist bereits mit Zugang der Kündigung oder erst mit Arbeitsaufnahme zu laufen beginnt. Haben die Parteien nichts vereinbart und kann auch aus den Umständen nichts anderes geschlossen werden, so beginnt die Kündigungsfrist mit Zugang der Kündigung¹¹. Eine außerordentliche Kündigung wird aber auf jeden Fall schon vor Beginn des Arbeitsver-

¹¹ BAG, Urt. v. 9. 2. 2006 – 6 AZR 283/05 – NZA 2006, 1207

hältnisses wirksam. Es ist zulässig zu vereinbaren, dass eine Kündigung vor Arbeitsantritt ausgeschlossen ist¹².

12 RdW 13/2005, XIX

3. Die außerordentliche (fristlose) Kündigung

3.1 Grundlagen

Das Recht der außerordentlichen Kündigung ist für sämtliche Arbeitsverhältnisse in § 626 BGB geregelt. In der Praxis wird die außerordentliche Kündigung häufig als **fristlose Kündigung** bezeichnet, da sie im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung an keinerlei Frist gebunden ist, sondern mit Zugang der Kündigungserklärung zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt, ohne Einhaltung der Kündigungsfrist.

Sowohl **Arbeitgeber** als auch **Arbeitnehmer** können eine außerordentliche Kündigung aussprechen. Voraussetzung ist aber für beide, dass **Gründe** vorliegen, die die Kündigung rechtfertigen.

Eine außerordentliche Kündigung kann auch bei **befristeten Arbeitsverhältnissen** ausgesprochen werden und auch gegenüber solchen Arbeitnehmern, die einen **besonderen Kündigungsschutz** genießen, z. B. Mitgliedern des Betriebsrats, der Jugend- oder Bordvertretung.

Im Streitfall hat der Kündigende die Tatsachen zu **beweisen**, auf die er seine Kündigung stützt.

Die außerordentliche Kündigung fällt nicht unter das **KSchG**. Die Regeln und Gründe zur sozialwidrigen Kündigung sind daher nicht anwendbar, auch wenn z. T. ähnliche Grundsätze gelten.

Achtung:

Da nie mit Sicherheit vorhergesehen werden kann, ob eine außerordentliche Kündigung Bestand haben wird, sollte bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung vorsichtshalber immer auch eine **hilfsweise ordentliche** Kündigung ausgesprochen werden.

3.1.1 Auslauffrist

Das Arbeitsverhältnis muss nicht mit sofortiger Wirkung gekündigt werden. Es ist auch zulässig, die außerordentliche Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt auszusprechen. Dies wird als außerordentliche Kündigung mit **Auslauffrist** bezeichnet. Diese Auslauffrist ist i. d. R. an keine Kündigungsfrist gebunden, kann sich aber an der ordentlichen Kündigungsfrist orientieren.

Bei Einräumung einer Auslauffrist ist zu beachten, dass die Einräumung der Frist unter Umständen als ein **Verzicht** auf das Recht zur **außerordentlichen Kündigung** angesehen werden könnte. Deshalb sollte in der Kündigung selbst unmissverständlich darauf hingewiesen werden, dass die Einräumung