

Arbeitsrecht

Bearbeitet von
Thomas Holbeck, Ernst Schwindl

13. Auflage 2017. Buch. Rund 190 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8006 5191 7
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsgerichtliches Verfahren](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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 19.10.2015) ist regelmäßig auch das Begehren umfasst, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis bis zum vorgesehenen Auflösungszeitpunkt (hier Ablauf der Kündigungsfrist am 31.3.2016) noch bestanden hat. Daraus folgt, dass in einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG (*erweiterter punktueller 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 Auflösungstermin.²⁶⁰ 536

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 4.1.2016), 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*. 537

2. Streitgegenstand des punktuellen Kündigungsschutzantrags

Fall: X kündigt das Arbeitsverhältnis des A am 3.2.2017 fristlos. A erhebt Kündigungsschutzklage und obsiegt vor dem Arbeitsgericht. X legt dagegen Berufung ein. In der Berufungsverhandlung stellt sich die Sachlage aufgrund nachgeschobener Tatsachen ganz anders dar und X gewinnt den Prozess vor dem LAG. Das Urteil wird am 3.7.2017 rechtskräftig. Am 7.5.2017 hatte X wegen anderer Vorfälle das Arbeitsverhältnis nochmals fristlos gekündigt und A dagegen ebenfalls Kündigungsschutzklage erhoben. Wie entscheidet das Arbeitsgericht am 11.8.2017 über den punktuellen Kündigungsschutzantrag zur Kündigung vom 7.5.2017? 538

Das Arbeitsgericht kommt in diesem **Fall** bei Anwendung der Rechtsprechung des BAG²⁶¹ ohne jede Sachprüfung zum Ergebnis, dass der Kündigungsschutzantrag bzgl. der Kündigung vom 7.5.2017 unbegründet ist. Nachdem das LAG den Kündigungsschutzantrag rechtskräftig abgewiesen hat, ist klargestellt, dass das Arbeitsverhältnis am 3.2.2017 beendet wurde. Daher kann das Gericht nicht mehr zu einer Klagestattgabe dahingehend kommen, dass die Kündigung vom 7.5.2017 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 7.5.2017) noch ein Arbeitsverhältnis bestand. 539

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.²⁶² 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. 540

²⁶⁰ BAG NZA 2015, 635.

²⁶¹ DB 2001, 280; NZA 2002, 87; 2006, 491; 2008, 112; 2011, 804.

²⁶² BAG NZA 2013, 665; 2015, 1022; 2017, 55.

- 541 **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.²⁶³ Dasselbe gilt, wenn vor der zu prüfenden Kündigung sonstige Beendigungstatbestände wie eine Anfechtung oder ein Aufhebungsvertrag vorlagen.

XVI. Sonderkündigungsschutz

1. Schwangerschaft und Elternzeit

- 542 **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.
- 543 In § 9 I MuSchG hat der Gesetzgeber den Kündigungsschutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen dergestalt geregelt, dass jegliche Kündigung verboten ist, wenn die ANin
- 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.
- 544 Das Kündigungsverbot besteht damit ab dem ersten Tag der Schwangerschaft bis 4 Monate nach der Entbindung.²⁶⁴ 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 BAG²⁶⁵ 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.
- 545 **Hinweis:** Da § 9 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.
- 546 Die *Mitteilung* von der Schwangerschaft an den AG muss bei dessen Unkenntnis nach § 9 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.²⁶⁶ 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. § 9 I 1 Hs. 2 MuSchG *schadet* die *Fristversäumung nicht*, wenn die schwangere ANin
- unverschuldet die Frist versäumt hat und
 - die Mitteilung an den AG unverzüglich nachholt.

263 Vgl. BAG NZA 2009, 966.

264 Nicht bei Fehlgeburt oder Schwangerschaftsabbruch.

265 NZA 2015, 734.

266 BAG NJW 2014, 2893.

Zu beachten ist, dass sich die ANin nur dann nicht auf diese Ausnahmeregelung berufen kann, wenn sie *grobes Verschulden* trifft.²⁶⁷ 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. 547

Im Fall kannte 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 § 9 I MuSchG iVm § 134 BGB unwirksam. 548

Jegliche Form einer Kündigung gegenüber einer schwangeren ANin (auch außerordentliche Kündigung und Änderungskündigung) ist nach § 9 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 § 9 III MuSchG ausnahmsweise möglich, wenn die dort genannte Behörde²⁶⁸ 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. § 9 III 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. 549

§ 9 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.²⁶⁹ 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. 550

Hinweis: Zur Klageerhebungsfrist und der Anwendbarkeit von § 4 S. 4 KSchG s. → Rn 337.

In nicht seltenen Fällen wird die schwangere ANin innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist 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.²⁷⁰ 551

AN in *Elternzeit* haben ab dem Zeitpunkt der Beantragung, höchstens jedoch 8 bzw. 14 Wochen vor deren Beginn, einen dem § 9 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. 552

2. Schwerbehinderte

a) Ordentliche Kündigung

Fall: A ist vom Versorgungsamt seit 1.6.1994 als Schwerbehinderter mit einem Grad der Behinderung von 70 anerkannt und seit 1.1.1997 bei Arbeitgeber B angestellt. Am 17.7.2017 spricht B eine schriftliche ordentliche Kündigung aus. A reicht am 31.7.2017 Kündigungsschutzklage ein, 553

²⁶⁷ BAG DB 2002, 2602.

²⁶⁸ In den meisten Bundesländern ist dies das Gewerbeaufsichtsamt.

²⁶⁹ Sofern ein Anfechtungsgrund vorliegt, der aber nicht in der Schwangerschaft selbst begründet liegt, → Rn. 307.

²⁷⁰ Zu beachten ist auch die Vorschrift des § 4 S. 4 KSchG → Rn. 337.

die am 4.8.2017 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 Schwerbehinderteneigenschaft 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 haben nehmen müssen.

- 554 Der zweite praktisch relevante besondere Kündigungsschutz betrifft schwerbehinderte AN. Gem. § 85 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 § 90 SGB IX, insbesondere bei einer Kündigung in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses, § 90 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 *gleichgestellt* wurde.
- 555 Nach der – schwer verständlichen – Formulierung des § 90 II a SGB IX ist für den Schwerbehindertenkündigungsschutz das bloße Vorliegen der Schwerbehinderung allein nicht ausreichend. Er besteht nur, wenn im Kündigungszeitpunkt die Schwerbehinderteneigenschaft auch *nachgewiesen*, dh offenkundig oder durch Vorliegen eines Anerkennungsbescheides iSv § 69 SGB IX belegt ist. Die Bezugnahme in § 90 II a SGB IX auf § 69 I 2 SGB IX (Achtung: falsche Gesetzesverweisung – gemeint ist § 69 I 3 SGB IX!) ist nur im Zusammenhang mit der dort normierten Verpflichtung der Versorgungsverwaltung zu verstehen, über Schwerbehindertenanerkennungsanträge zügig, dh in der Regel innerhalb von 3 Wochen zu entscheiden, §§ 69 I 2, 14 II 2 und IV bzw. § 14 V 2 und 5 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 Wochen vor dem Kündigungsausspruch erfolgt ist.
- 556 Eine *Ausnahme* hiervon wird nur gemacht, wenn die Verwaltungsbehörde die 3-Wochen-Frist deswegen nicht einhalten konnte, weil der AN im Anerkennungsverfahren seiner Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist, etwa indem er notwendige Rückfragen nicht umgehend beantwortet hat.²⁷¹ 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.
- 557 Die Kenntnis des AG von der Schwerbehinderteneigenschaft bleibt zwar grundsätzlich unerheblich, jedoch fordert die Rechtsprechung des BAG,²⁷² dass der AN seine anerkannte *Schwerbehinderteneigenschaft oder die Antragstellung auf Anerkennung dem AG innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung mitteilt* (sofern die Schwerbehinderteneigenschaft dem AG nicht ohnehin bekannt ist). Geschieht dies im Rahmen einer Kündigungsschutzklage unter Berufung auf den Schwerbehindertenkündigungsschutz, so genügt eine fristgerechte Klageeinreichung.²⁷³ Unterbleibt dies, so ist das Recht, sich auf den Schutz des § 85 SGB IX zu berufen, verwirkt. Der Grund für diese Mitteilungspflicht 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.²⁷⁴

271 BAG NZA 2008, 302; 2008, 407.

272 BAG NZA 2017, 304; 2011, 411.

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

274 BAG NZA-RR 2011, 516.

Liegt die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen nach § 85 SGB IX vor, so ist der AG innerhalb des in § 88 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.²⁷⁵ 558

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 § 85 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. § 88 III SGB IX nur ein Monat Zeit bleibt, um die Kündigung auszusprechen. Die *Mindestkündigungsfrist* beträgt 4 Wochen, § 86 SGB IX. Inwieweit das Integrationsamt der geplanten Kündigung zustimmen muss bzw. soll, ist in §§ 89, 88 V SGB IX näher geregelt. 559

Hinweis: Gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung sind Widerspruch und Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht möglich, diese haben aber *keine aufschiebende Wirkung*, § 88 IV SGB IX. Auch der AG kann bei verweigerter Zustimmung eine Verpflichtungsklage erheben, ist aber gehindert, bis zur Klagestattgabe eine Kündigung auszusprechen. 560

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 Klagfrist zu laufen. Auch wenn die Zustimmung des Integrationsamtes überhaupt nicht beantragt war, läuft eine Klagfrist 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.²⁷⁶ 561

b) Außerordentliche Kündigung

Fall: Der schwerbehinderte Franz, welcher seit 3 Jahren bei M angestellt ist, erhielt am 28.7.2017 eine außerordentliche Kündigung wegen Unterschlagung von Arbeitgebergeldern iHv 10.000 EUR. M, der am 3.7.2017 von der Unterschlagung erfahren hatte, hatte am 7.7.2017 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. 562

Gem. § 91 I SGB IX ist auch für die außerordentliche Kündigung die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX nötig. In § 91 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 § 91 III SGB IX an, dass das Integrationsamt innerhalb von 2 *Wochen* über den Antrag des AG auf Zustimmung entscheiden muss. Trifft die Behörde bis dahin keine Entscheidung, dann gilt gem. § 91 III 2 SGB IX die *Zustimmung kraft Gesetzes* als erteilt (Zustimmungsfiktion). Im Fall war also mit Ablauf des 21.7.2017 die Zustimmung zur Kündigung erfolgt (§§ 187 I, 188 II Alt. 1 BGB). 563

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 564

²⁷⁵ BAG NZA 2008, 471.

²⁷⁶ BAG NZA 2008, 1055. → Rn. 337.

werden. Diesen Konflikt löst § 91 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 § 91 III 2 SGB IX gemeint ist.²⁷⁷ Nachdem im **Fall** die Zustimmung bereits mit Ablauf des 21.7.2017 erfolgt war, ist die Kündigung am 28.7.2017 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 § 91 III SGB IX die Kündigung auf den Weg gebracht werden. Damit ist die Kündigung unwirksam.

- 565 Eine weitere Schwierigkeit liegt in der Tatsache, dass § 91 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 BAG²⁷⁸ 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.²⁷⁹ Ansonsten ist die Entscheidung »getroffen«, wenn das Schreiben der Behörde fristgerecht zur Post gegeben wird. Da § 91 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. § 91 III 2 SGB IX als erteilt gilt.

- 566 **Hinweis:** Wie bei der ordentlichen Kündigung kann sich der AN nur dann auf § 85 SGB IX berufen, wenn die Voraussetzungen des § 90 II a SGB IX vorliegen und bei Unkenntnis des AG von der Schwerbehinderteneigenschaft der AN ihm diese innerhalb von 3 Wochen mitgeteilt hat.

3. Betriebsräte

- 567 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 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.²⁸⁰ 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.

277 Auch die Zustimmung (rechtskräftiges Urteil) des Verwaltungsgerichts nach einer Verpflichtungsklage des AG!

278 BAG NZA 2013, 507; 2005, 1173; 2007, 1153.

279 Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung, wo stets die Zustellung des schriftlichen Bescheids erforderlich ist, § 88 II SGB IX.

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

4. Wehrpflichtige

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. 568

5. Beendigung von Ausbildungsverhältnissen

a) Ablauf der Ausbildungszeit

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, längstensfalls für ein Jahr, jedoch nur auf Verlangen des Azubi. 569

b) Kündigung

Bei der Kündigung des Ausbildungsverhältnisses existieren zwei Varianten: 570

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.

Die Kündigung muss *schriftlich* und nach der Probezeit unter – genauer – *Angabe der Kündigungsgründe* erfolgen, § 22 III BBiG.²⁸¹ Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB wird hier durch die speziellere Regelung des § 22 IV BBiG ersetzt. 571

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. 572

c) Prozessuale Besonderheiten

Bei Klagen eines Azubi ist die etwas versteckt gelegene Vorschrift des § 111 II ArbGG zu berücksichtigen.²⁸² Demzufolge können nach § 111 II 1 ArbGG zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Ausbildenden und Auszubildenden aus einem noch *bestehenden* Ausbildungsverhältnis – hierunter fällt auch der strittige Bestand nach einer *Kündigung* – Ausschüsse gebildet werden. Dieser Ausschuss fällt nach Anhörung der Parteien über den Streitfall einen Spruch. Wird dieser Spruch nicht innerhalb einer Woche von beiden Parteien anerkannt, kann gem. § 111 II 3 ArbGG binnen zwei Wochen Klage beim Arbeitsgericht erhoben werden. Das Einhalten dieser Frist ist (ebenso wie die Durchführung des Verfahrens vor dem Ausschuss als solches, § 111 II 5 ArbGG) *Zulässigkeitsvoraussetzung* der Klage und verdrängt die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG. Existiert ein solcher Ausschuss nicht, so hat der 573

²⁸¹ Ein Verstoß dagegen führt gem. §§ 125 S. 1, 126 BGB zur Nichtigkeit der Kündigung.

²⁸² → Rn. 28.

Auszubildende die dreiwöchige Klagefrist der §§ 13 I 2, 4 KSchG einzuhalten, wenn er sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen will.²⁸³

6. Massenentlassungen

- 574 AN, die von einer Massenentlassung betroffen sind, können die Unwirksamkeit der Kündigung rügen, wenn der AG keine Anzeige nach § 17 I KSchG bei der Agentur für Arbeit erstattet hat. Eine Massenentlassung liegt vor, wenn innerhalb von 30 Tagen eine nach § 17 I 1 KSchG definierte Anzahl von AN entlassen wird, wobei gem. § 17 IV 2 KSchG außerordentliche Kündigungen nicht gezählt werden. Die Anzeigepflicht besteht auch bei anderen vom AG veranlassten Beendigungen des Arbeitsverhältnisses, zB durch Aufhebungsvertrag, § 17 I 2 KSchG.
- 575 Die Vorschriften der §§ 17 bis 22 KSchG sind zwar arbeitsmarktpolitischer Natur (die Agentur für Arbeit soll sich auf eine größere Zahl von Arbeitslosen vorbereiten können), doch erwächst aus der Verletzung der Anzeigepflicht auch ein privatrechtlicher Kündigungsschutz. Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁸⁴ und des BAG²⁸⁵ ist mit dem in den §§ 17 f. KSchG genannten Begriff »Entlassung« nicht der Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis, sondern der Kündigungsausspruch gemeint.
- 576 Die Massenentlassungsanzeige muss also vor der Kündigung erfolgen, ansonsten ist die Kündigung unwirksam.²⁸⁶ Der AG kann die Kündigung direkt im Anschluss an die erstattete Anzeige aussprechen. Liegt der Kündigungstermin vor Ablauf der Sperrfrist des § 18 I KSchG, so wirkt die Kündigung erst einen Monat nach Eingang der Anzeige bei der Arbeitsagentur.²⁸⁷

XVII. Kündigungsfrist

- 577 Die Grundkündigungsfrist für AG und AN beträgt nach § 622 I BGB 4 Wochen zum 15. oder zum Ende des Monats. Bei einer Beschäftigungsdauer ab 2 Jahren verlängert sich die Kündigungsfrist des AG stufenweise gem. § 622 II BGB bis zu 7 Monaten. Die verlängerten Kündigungsfristen gelten nach ihrem Wortlaut nur für die Kündigung durch den AG und nicht auch für den AN. Bei der Berechnung der Kündigungsfrist sind *auch Zeiten vor dem 25. Lebensjahr* zu berücksichtigen. § 622 II 2 BGB ist nicht mehr anzuwenden. Es liegt eine nach § 1 AGG verbotene Benachteiligung wegen des Alters vor.²⁸⁸ Während einer vereinbarten *Probezeit*,²⁸⁹ maximal für 6 Monate, reduziert sich die Kündigungsfrist auf 2 Wochen, § 622 III BGB.²⁹⁰
- 578 Kürzere als die gesetzlichen Fristen können in Tarifverträgen enthalten sein, § 622 IV BGB. Auch eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf tarifliche Kündigungsvorschriften und damit zusammenhängend auf die entsprechenden Kündigungsfristen ist möglich, § 622 IV 2 BGB. In Arbeitsverträgen kann gem. § 622 V BGB nur in sehr begrenztem Umfang von der Grundfrist des Abs. 1 abgewichen werden. Praktisch bedeutsam ist vor allem die Regelung

283 BAG DB 1999, 1408.

284 NZA 2005, 213.

285 NZA 2006, 971; 2007, 25; 2008, 753.

286 BAG NZA 2013, 845; 2016, 490.

287 BAG NZA 2009, 1013.

288 EuGH NZA 2010, 85 – Kückdevici; BAG NZA 2010, 1409 und 2012, 754 Rn. 22 ff.

289 **Hinweis:** Die in § 622 III BGB genannte Probezeit darf nicht mit dem *befristeten Arbeitsverhältnis zur Probe gem. § 14 I 2 Nr. 5 TzBfG* verwechselt werden, welches nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich oder der Vereinbarung einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit gem. § 15 III TzBfG gekündigt werden kann und ansonsten erst mit Ablauf der Befristungszeit endet. Ein solches liegt aber nur vor, wenn die Befristungsvereinbarung klar erkennbar ist (Formulierung zB: »Zwischen A und B wird ein befristeter Arbeitsvertrag bis ... geschlossen. Er dient der Erprobung des Arbeitnehmers.«).

290 Die Bedeutung der Probezeit in rechtlicher Hinsicht wird allgemein weit überschätzt. Außer der Verkürzung der Kündigungsfrist ergeben sich tatsächlich keine weiteren Rechtswirkungen daraus. Insbesondere wird der Kündigungsschutz als solcher davon nicht berührt, weil sämtliche Kündigungsschutzvorschriften unabdingbar sind.